



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

DIMENSÃO PENAL E PROCESSUAL DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Recebido em:	24/11/2016
Aprovado em:	28/11/2016

Chrislayne Aparecida Pereira de Figueiredo *
Elizio Lemes de Figueiredo **

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito a dimensão penal e processual penal da igualdade constitucional. A igualdade sempre foi uma constante no ordenamento jurídico brasileiro, em tempos pretéritos com dimensões tímidas nas proteções dos menos favorecidos na seara Penal. Com os valores axiológicos da atual Constituição Federal e sua obrigatória leitura pelas lentes da dignidade da pessoa humana, a igualdade vive outra realidade, compreendida na extensão de igualdade a todos perante a lei, respeitando as diferenças naturais e as juridicamente admitidas. Ancorado na metodologia de pesquisa bibliográfica, pautado em doutrinas jurídicas Pátria, em decisões dos Superiores Tribunais brasileiros, com vistas ao alcance do objetivo colimado, é necessário um breve olhar sobre a igualdade e sua dupla face constitucional de bem jurídico penal e de princípio constitucional de sustentação do perfil jurídico-constitucional adotado pelo Estado brasileiro. Na abordagem da dimensão da igualdade constitucional tratar-se-á igualdade como bem jurídico penal para impedir uma valoração subjetiva dos bens jurídicos, ao nível dos interesses deste ou daquele destinatário. Com a dimensão processual penal da igualdade constitucional, a igualdade é abordada como corolário do princípio basilar do devido processo penal.

PALAVRAS CHAVE: Igualdade Constitucional; Penal; Processual penal.

* Doutoranda no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestra em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Direito Civil e Direito Processual Civil” pelo ATAME; Graduada em Direito pela UNED – Diamantino (MT); Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil; Advogada.

** Doutorando no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Ciências Criminais com Ênfase em Direito Penal e em Processo Penal” pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Advogado.



PENAL AND PROCEDURAL DIMENSION OF CONSTITUTIONAL EQUALITY

ABSTRACT: This paper aims at a criminal and procedural criminal dimension of constitutional equality. Equality has always been a constant in the Brazilian legal system, in past times with timid dimensions in the protection of the underprivileged in criminal harvest. With the axiological values of the current Federal Constitution and its obligatory reading in lenses of the dignity of the human person, equality lives another reality, understood in the extension of equality to all before the law, respecting as laws and laws legally admitted. Anchored in bibliographic research methodology, based on legal doctrines homeland in decisions of the Superior Brazilian Courts with a view to the achievement of its objective, it is necessary a brief look at equality and its dual constitutional face and criminal legal and constitutional principle of legal-constitutional profile adopted by the Brazilian State. In dealing with the dimension of constitutional equality, equality will be treated as a legal right to prevent a subjective valuation of legal goods, in the interests of this or that addressee. With the criminal procedural dimension of constitutional equality, equality is approached as a corollary of the basic principle of due process.

KEYWORDS: Constitutional equality; criminal; criminal procedural.

1 INTRODUÇÃO

Com a atual Constituição Federal, o ser humano e suas complexidades passaram a efetivamente ser o destinatário da proteção jurídica e neste ponto, a igualdade deixa o plano formal e entra na intimidade social, tornando-se concreta a sua força e alcançando tecidos sociais antes imunes à ordem jurídica.

A seara penal não é uma mera espectadora das transformações sociais patrocinadas pela Constituição Federal de 1988. Os novos paradigmas penais ainda estão em construções, os ajustes sociais à nova ordem jurídica são lentos e necessários.

A leitura das normas penais pelo filtro dos valores constitucionais impede a manutenção do ordenamento jurídico voltado aos interesses destes ou daqueles grupos sociais, todos são iguais perante a lei e esta é a nova realidade do Direito Penal.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

O tema igualdade desperta interesses político, filosófico, econômico, social e jurídico, nesta oportunidade volta-se a atenção para a igualdade constitucional e seus reflexos para o direito penal e processual penal brasileiro, matéria eminentemente jurídica.

O estudo será dividido em três seções. A primeira visa o estudo da igualdade e sua dupla face constitucional, como bem jurídico penal, essencial para assegurar uma vida livre e digna e ao mesmo tempo, como princípio constitucional de sustentação do perfil jurídico-constitucional adotado pelo Estado brasileiro, vital para minimizar as desigualdades sociais, culturais e criar oportunidades para concretização dos ideais de Justiça social.

A segunda e a terceira tratam da dimensão penal e processual penal, respectivamente, da igualdade constitucional, para identificar o tratamento jurídico da igualdade e sua leitura a partir dos valores axiológicos emanados da atual Constituição Federal.

2 A IGUALDADE CONSTITUCIONAL

Em sentido *lato sensu*, igualdade significa paridade, identidade e uniformidade, entre outros significados e com a aquisição do *plus* da juridicidade, a igualdade é um Direito Fundamental de dupla face, ou seja, trata-se de um dos principais bens jurídicos tutelados pelo art. 5º, da Constituição Federal de 1988 e ao mesmo tempo atua como princípio de sustentação do perfil jurídico-constitucional adotado pelo Estado brasileiro.

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um de seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei. No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade¹.

¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Existem bens jurídicos essenciais para assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária e a importância destes patrimônios jurídicos os credenciam a serem protegidos constitucionalmente pelo conjunto de Direitos denominados Direitos Fundamentais.

A vida é o bem jurídico mais importante, sem ela não há qualquer razão para a própria existência do Direito. Em linhas primárias, Oscar Vilhena Vieira², conceitua Direitos Fundamentais como sendo "a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de Direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional". Luigi Ferrajoli³ propõe a seguinte definição teórica de Direitos Fundamentais:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de “direitos fundamentais”: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) negativa (ou não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também por esta norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

O conjunto de Direitos denominado “Direitos Fundamentais” é como se fosse um sistema imunológico jurídico constitucional do ser humano, protegendo sua vida, sua integridade física, sua liberdade, sua intimidade, seu patrimônio, enfim, assegura proteção constitucional a todos os seus bens jurídicos essenciais, para proporcionar uma vida com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet sustenta a “fundamentalidade” destes Direitos em três aspectos:

a) Trata-se de Direitos de natureza supralegal, pois se encontram no ápice do ordenamento jurídico pátrio; b) uma vez normas constitucionais, submetem-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional, ou seja, são Direitos

² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 09.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

pétreos; c) são normas de aplicação direta, que vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas⁴.

Os Direitos Fundamentais têm assento protetivo na Constituição Federal e sem eles, a norma constitucional é colocada em plano simétrico às normas ordinárias, fenecendo as marcas da fundamentalidade que lhe são peculiares. Como já regia o art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1.789), “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos Direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A igualdade, retratada sob a face de bem jurídico assume o caráter de impor a universalidade nos domínios da ordem jurídica do Estado Democrático e Social de Direito, sem qualquer distinção ou rótulo social. Neste cenário jurídico, a formatação da igualdade em sintonia com a força da dignidade da pessoa humana, coloca todos os seres humanos no mesmo plano jurídico e destinatários dos mesmos bens jurídicos.

A proteção do “ter” é necessária, mas, proteger o “ser” é essencial, pois, não existe liberdade onde às leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa⁵. Não basta a proteção genérica igualitária do ser humano, a ampliação do alcance da isonomia reverte-se em redução de desigualdades, colocando todos em plano único de oportunidades, concretizando a igualdade nos planos formais e materiais.

A universalidade da igualdade não implica a sua leitura como direito supremo e absoluto, as diferenças existem e precisam ser protegidas em prol do próprio bem jurídico. Ao menos, em princípio, não existe nenhum Direito que seja absoluto, totalmente imune a qualquer tipo de restrição⁶ e a dignidade humana é a barreira última contra a atividade restritiva dos Direitos Fundamentais⁷. Nas lições de Bandeira de Mello⁸, para que o tratamento diferenciado legal seja

⁴ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 75.

⁵ BECCARIA, Cezare. *Del delitti e delle pene*. Torino: Torinese, 1765. p. 316. Apud, PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78.

⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 137.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 1998. p. 124.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

conveniente com a isonomia, é necessário que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra 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 público.

Partindo da premissa de que as pessoas não são iguais, nem todas as desigualdades jurídicas são intoleráveis, apenas aquelas que limitam, sacrificam ou extirpam os demais bens jurídicos o são. O homem tem suas diferenças em relação à mulher, o idoso é diferente da criança, realidades que não podem ser desprezadas juridicamente.

2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Os princípios estabelecem mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas e preveem obrigações *prima facie*. Em caso de colisão entre princípios, deve ser efetuada uma ponderação que resulte no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada.

Luiz Regis Prado⁹ destaca que os princípios constitucionais tem aplicação direta e imediata, visto que integram a constituição. No sistema constitucional contemporâneo, a Constituição é norma jurídica – plena e diretamente invocável em sede judicial -, é norma fundamental dotada de supremacia geral e absoluta.

A convivência dos princípios na ordem jurídica é uma conquista social inerente à proteção dos direitos humanos e remonta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 10.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

confirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Alvacir Alfredo Nicz¹⁰ sintetiza a evolução das concepções do princípio da igualdade:

No mundo jurídico historicamente assistimos a uma evolução perceptível e dogmática do princípio da igualdade, o qual se desenvolveu sob três concepções distintas, ou seja:

1. o princípio da igualdade perante a lei, este com significado meramente formal.
2. o princípio da igualdade perante a lei, todavia, sob uma concepção material; e
3. o princípio da igualdade enquanto projeto real visando a obtenção da igualdade de oportunidades como concretização da ideia de justiça social.

A atual Constituição Federal é munida de princípios de caráter geral ou heterogêneo, com aplicabilidade ampla e irrestrita, atuando na construção das diretrizes básicas da ordem jurídica e social, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 apresenta os princípios fundamentais para a seara penal, denominados princípios penais, que são pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal¹¹.

Os princípios da legalidade, da individualização e da pessoalidade da pena, são exemplos de princípios voltados especificamente para o Direito Penal, ainda que possuam atuações em outros ramos do Direito. Princípios penais, na lição de Luiz Regis Prado¹² constituem:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os Direitos Fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado Democrático e Social de Direito. Em síntese, servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

¹⁰ NICZ, Alvacir Alfredo. **O princípio da igualdade e sua significação no Estado Democrático de Direito**. In, FACCHIN, Zulmar (org.). *Constituição cidadã*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

¹¹ MARTOS NÚÑES, J. A. **Princípios penais em el estado social y democrático de derecho**. RDPC, 1.991. p. 217-218. Apud: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: vol. I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: vol. I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 160-161.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

No momento o interesse recai sob o princípio constitucional da igualdade, uma das bandeiras erguidas pela Revolução Francesa. A igualdade é definida por Luiz Regis Prado¹³:

[...] reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica.

A aplicação do princípio da igualdade pressupõe adentrar um pouco no complexo universo masculino e feminino, do rico e do pobre, do letrado e do analfabeto, do branco e do negro, que, entrelaçados aos fatores culturais e econômicos, construiu-se uma ideologia autorizadora da desigualdade social sustentada em uma suposta superioridade branca, masculina e rica.

A igualdade não interessa apenas para o Direito, a complexidade do tema desperta interesses políticos, filosóficos, econômicos e sociais e a inspiração de sua formatação encontra berço na religião, onde todos são iguais perante Deus.

A juridicidade entra em pauta com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776 e ganha repercussão com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, legado jurídico da Revolução Francesa de 1.789, segundo o qual, “os homens nascem e são livres e iguais em Direitos”.

Neste momento histórico, a igualdade visada era a discordância com as vantagens e privilégios concedidos aos monarquistas e seus séquitos, estabelecendo-se a igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei.

O Estado Liberal não se sustentou com a igualdade formal, as desigualdades acabaram multiplicando-se com nefastas consequências para os grupos sociais distantes do poder. O Estado não pode ser afastado de seu papel social, privado de promover uma igualdade real e efetiva ao

¹³ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., 2014. p. 129.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

alcance de todos.

Com o Estado Social, no discurso da igualdade é adicionado à igualdade material, para propiciar uma efetiva proteção aos mais necessitados, permitindo-os acesso às benesses sociais. Alvacir Alfredo Nicz sintetiza a igualdade e sua relação com o perfil dos Estados Liberal e Social:

Enquanto no Estado Liberal o princípio da igualdade perante a lei foi bastante formal e demasiadamente limitado, já no Estado Social as Constituições têm tratado com bastante interesse a inclusão de normas de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência e assistências sociais visando dar uma maior igualdade material entre as pessoas¹⁴.

O perfil jurídico-constitucional adotado pelo Brasil, ou seja, Estado Democrático e Social de Direito, mantêm um intenso diálogo entre a igualdade formal alimentada pelo Estado Liberal e a igualdade material sustentada pelo Estado Social, conciliando as duas faces da igualdade em prol de ações sociais – mediante políticas públicas e privadas – para minimizar as desigualdades sociais, culturais e criar oportunidades para concretização dos ideais de Justiça social.

Há uma dúplici atuação do princípio constitucional da igualdade. De um lado, atua no campo da elaboração das normas jurídicas, evitando criar privilégios ou tratamentos abusivos às situações idênticas. As leis não podem ser fontes de benesses indevidas e perseguições. Lado outro, orienta os aplicadores e interpretes da lei, para concretizarem a mensagem de que 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.

2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Constituições brasileiras sempre trataram do princípio da igualdade e mereceu expressa atenção de Joaquim Osório Duque Estrada e Francisco Manuel da Silva, na composição

¹⁴ NICZ, Alvacir Alfredo. Op. cit., 2008. p. 7.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

do Hino Nacional Brasileiro, em 1831. Uma breve visão do tratamento histórico constitucional brasileiro é necessária.

Segundo o Art. 179, XIII, da Constituição Imperial de 1824¹⁵, “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” e infelizmente, mesmo sob o pálio da igualdade, a sociedade do Brasil Império convivia com o flagelo da escravidão. Eram tempos da igualdade formal, onde o princípio era exercido nos limites de interesses distantes da dignidade da pessoa humana.

Com o fim do Período Imperial, o alvorecer da República necessitou de uma nova ordem jurídica constitucional, levada a efeito com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. O momento histórico de transição do Império para a República exigiu postura rígida contra os privilégios Imperiais e neste ponto o Art. 72, § 2º, da Constituição de 1891¹⁶, não se limita a definir a igualdade de todos perante a lei, expressamente prevê que “a República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

Dois fatos históricos culminaram na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, a Revolução de 1930, que conduziu Getúlio Vargas ao poder e o Movimento Constitucionalista de 1932, cujo foco era pressionar o governo a convocar eleições para eleger a Assembleia Constituinte. Ao ser investido do poder, um dos primeiros atos de

¹⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. I. [...]. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XIV. [...]”.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - [...]. § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. § 4º - [...]”.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Getúlio Vargas foi à edição do Decreto 19.938, de 11 novembro de 1930, que institui o Governo Provisório e mascarou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, passando a ser a efetiva Lei Constitucional até a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

A Igualdade é consagrada no Art. 113, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934¹⁷, segundo o qual, “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

A Constituição Federal de 1934 teve vida curta, a mais breve em vigência no Brasil, em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas promove um autogolpe estatal e institui o período histórico denominado Estado Novo. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi outorgada com objetivo de prorrogar a permanência de Getúlio Vargas e o seu grupo no exercício do poder¹⁸ e no campo da liberdade individual seguiu a fórmula da Constituição anterior assegurando a igualdade constitucional no seu Art. 122¹⁹, com a mesma redação, ou seja, “todos são iguais perante a lei”.

A ordem constitucional foi restabelecida em 1945, com o afastamento de Getúlio Vargas do cargo de Presidente da República e convocação de eleições gerais e eleita a Assembleia Nacional Constituinte que, em 1946 promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Mais uma vez a igualdade foi lembrada no art. 141²⁰, com a mesma

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. 2). [...]”.

¹⁸ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 87.

¹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1.937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1º) todos são iguais perante a lei; 2º) [...]”.

²⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 141 - A



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

redação das Constituições de 1934 e de 1937, ou seja, “todos são iguais perante a lei”.

A ordem política inaugurada com o Golpe Militar de 1964 exigia uma Constituição para legitimar o regime político militar, missão cumprida com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Mesmo neste delicado momento histórico de supressão de liberdades e perseguições políticas, a igualdade estava prevista no art. 150, da Constituição Federal de 1967²¹, ainda que a vida fosse regida sob a batuta militar, “todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”.

A abertura política iniciada com as campanhas “Diretas Já” leva à redemocratização do Brasil e se consolida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e nela o princípio da igualdade tem papel dúplice, evita os privilégios pessoais e assegura o tratamento das igualdades na medida das suas desigualdades.

O próprio Preâmbulo da atual Constituição Federal está grifado com as letras da igualdade formal e material, quando revela a missão de “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

O campo de atuação do princípio da igualdade na temática penal é descrito por Antonio Garcia-Pablos de Molina²²:

O princípio da igualdade, no Direito Penal, tanto cumpre função político-criminal como dogmática. No primeiro plano, obriga o legislador a tratar todos os iguais de maneira igual, os desiguais de forma desigual (exemplo, ao

Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei. § 2º [...]”.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 out. 2016. “Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.

²² MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal: fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 461.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

imputável se prevê a imposição de pena, ao inimputável está prevista a medida de segurança; os desiguais devem ser tratados desigualmente). O legislador penal não pode fazer diferenciações injustificadas ou abusivas ou discriminatórias. No âmbito dogmático e interpretativo, tanto o intérprete como o juiz deve enfatizar a mesma regra para todos os casos iguais.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou inúmeras situações sob a ótica do princípio da igualdade, como no caso do tratamento jurídico dispensado aos estrangeiros submetidos à execução penal e neste ponto, o entendimento jurisprudencial é firme no sentido de assegurar o princípio da igualdade, garantido pelo artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País²³ na mesma medida.

Outro efeito prático do princípio da igualdade é o instituto do efeito extensivo do recurso previsto no art. 580, do Código de Processo Penal, segundo o qual, “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.

Gustavo Henrique Badaró²⁴ explica que “não se trata de extensão do recurso, mas de extensão da decisão proferida no julgamento do recurso. Se houvesse extensão do recurso, o corréu que não recorreu seria intimado a apresentar razões, poderia fazer sustentação oral, recorrer da decisão proferida no julgamento do recurso, etc. Entretanto, nada disto ocorre”.

A extensão da decisão proferida no julgamento do recurso somente é possível pelo tratamento igualitário aos corréus e as particularidades objetivas do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o debate do art. 580, do Código de Processo Penal, sob a ótica do princípio da igualdade, em sede de Habeas Corpus nº. 85.940-2, sob a relatoria do

²³ BRASIL. STJ. Sexta Turma. **AgRg no Habeas Corpus Nº 321.157 – SP**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 05.04.2016. “Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto.” (HC 324.231/SP, Rei. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015).

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 207.



Ministro Cezar Peluzo, julgado em 20.06.2016, pela Primeira Turma²⁵, oportunidade em que concedeu o direito à remição de pena a um corréu militar, em simetria ao mesmo benefício concedido para o outro correu também militar.

3 DIMENSÃO PENAL DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

O homem é um ser emblemático, necessita da convivência social para assegurar a própria sobrevivência, principalmente nos primeiros momentos de vida, na senilidade e nos momentos de dificuldades, em face das limitações naturais ou pontuais do momento vivido. Ao mesmo tempo, vive em conflitos com o próximo e esta relação de amor e ódio acaba se projetando para a seara penal em caso de ofensa ao bem jurídico tutelado e de instabilidade social, pontos de interesse para o Direito Penal.

O bem jurídico é o cerne do Direito Penal e seu elemento de interesse dogmático e ontológico. Pode se afirmar que sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito²⁶.

Em linhas restritas, bem jurídico tem a marca da vitalidade para o indivíduo, quando se trata de bem individual e para a própria sociedade, nos casos dos bens supra individuais. A importância da função protetiva dos bens jurídicos pelo Direito Penal é destacada por Antonio Garcia-Pablos de Molina²⁷:

O Direito Penal realiza uma função indispensável porque a vida em comunidade dos seres humanos só se torna viável quando são garantidos eficazmente esses

²⁵ BRASIL. STF. Primeira Turma. **HC 85940**. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgado em 20.06.2006. “EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. Remição. Dias remidos computados como pena cumprida. Benefício deferido a um dos corréus. Denegação ao outro. Inadmissibilidade. Cumprimento da pena em estabelecimento militar. Irrelevância no caso. Idêntica situação jurídico-processual. Extensão do benefício. HC deferido para esse fim. Aplicação do art. 580 do CPP. Se foram computados a um dos corréus condenados pelo mesmo fato, como pena cumprida, os dias remidos, não podem deixar de sê-lo ao outro que cumpra pena em estabelecimento militar”.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., 2014. p. 23.

²⁷ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. Op. cit., 2012. p. 199.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

“bens jurídicos”. Se não estivesse uma instância superior que procurasse assegurar a inviolabilidade da vida, da saúde, da liberdade, etc., não haveria convivência possível. Seria o belbum *omnium contra omnes* (isto é, guerra de todos contra todos).

A leitura do Código Penal sob as lentes do princípio da igualdade impede uma valoração subjetiva dos bens jurídicos, ao sabor deste ou daquele destinatário, todos os seres humanos gozam da mesma função protetiva, respeitando-se as limitações justificáveis. Não se trata de premissa vazia e destinada apenas a adornar a face formal da força principiológica emanada da igualdade constitucional.

A Constituição Federal de 1937, vigente ao tempo da edição do Código Penal, tinha a propriedade como um dos principais bens jurídicos a ser tutelado²⁸. Em consequência, na Parte Especial do Código Penal a propriedade é o segundo bem jurídico tutelado, tipificando as condutas atentatórias contra este bem jurídico a partir do seu art. 155. Os crimes contra a liberdade, a igualdade e outros bens jurídicos ficavam em segundo plano, primeiro a vida e depois a propriedade.

A topografia legislativa da Parte Especial do Código Penal reflete o momento social vivido ao tempo da edição do Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1.940. São tempos de leitura do Código Penal divorciado da dignidade humana e demais princípios estruturantes do Estado Democrático e Social de Direito. O bem jurídico essencial para este momento histórico e social é a vida e a propriedade e sem entrar no mérito da quantificação da pena, justamente a um crime contra a propriedade é cominada a maior pena mínima abstrata, trata-se da pena de reclusão de 24 (vinte e quatro) anos a 30 (trinta) anos prevista para o crime de extorsão mediante sequestro qualificada pela morte – art. 159, §3º, do Código Penal.

Com a atual Constituição Federal, a propriedade continua gozando da proteção constitucional, apenas cede espaço prioritário para outros bens jurídicos, como a liberdade e a

²⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1.937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 16 set. 2016. “ Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

igualdade. A Parte Especial do Código Penal não é inconstitucional, apenas a sua topografia legislativa não reflete a ordem protetiva dos bens jurídicos, quando a propriedade é o segundo bem jurídico tutelado.

A leitura do Código Penal obrigatoriamente deve ter como ponto de partida a Constituição Federal, para não se distanciar dos seus próprios propósitos jurídicos, políticos e sociais.

A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados²⁹. Nesta conexão, a propriedade continua gozando da força protetiva, mas, o homem passa a ser o elemento central da ordem jurídica.

A título de exemplificação da nova realidade jurídica do Direito Penal, o princípio da igualdade entra na intimidade familiar e com o propósito de proteger a mulher e suas diferenças em relação ao homem, culmina na edição da Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente³⁰. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos e acertadamente, homens e mulheres continuam sendo iguais perante a lei.

As grandes discussões momentâneas passam pelos bens jurídicos transindividuais, as recentes descobertas dos rumorosos casos de corrupção e desvios de verbas públicas levam ao debate a necessidade de rever o tratamento jurídico aos crimes cometidos contra a administração

²⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., 2014. p. 147.

³⁰ BRASIL. STJ. HC 55.030/RJ. Quinta Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23.06.2015.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

pública e suas relações estatais.

A partir da realidade jurídica trazida pela atual Constituição Federal, os bens jurídicos transindividuais passaram a receber atenção legislativa, com a edição de várias leis penais voltadas à ordem econômica – Leis nº. 8.137/1990 e 8.176/1991, às relações de consumo – Leis nº 8.078/1990 e 8.137/1990, ao sistema financeiro – Lei Complementar nº 105/2001, à ordem tributária – Lei 8.137/1990, ao sistema previdenciário - com alterações da matéria no Código Penal, à lavagem de capitais – Lei 8.615/1998 e Lei nº 12.683/2012 e aos crimes organizados – Lei 12.850/2013.

Os crimes contra a administração pública vêm tipificados entre os artigos 312 a 326, do Código Penal e todos tem um ponto em comum, a pena mínima abstrata não ultrapassa a 03 (três) anos e a leitura destas penas mínimas abstratas em sintonia com o art. 33, do Código Penal, conclui-se pela fixação do regime aberto, como regra, para os crimes contra a administração pública.

Da mesma forma, ainda com a atenção voltada às penas mínimas abstratas, todos os crimes contra administração pública atendem aos requisitos necessários para o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Sem o mergulho nas profundezas do debate das penas cominadas abstratamente, de forma sumária e simplória, sobressai uma certa dissonância entre a quantificação das penas e a gravidade das condutas praticadas contra a administração pública, especialmente em situações de vultuosa dilapidação do bem público.

No caso específico dos crimes contra a administração pública, o debate já existe a nível legislativo, o Projeto de Lei nº 204³¹ visa alterar o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para prever os delitos de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa, como crimes hediondos e altera os arts. 312, 316, 317 e 333, do Código Penal, para aumentar a pena dos delitos neles previstos.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 204**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

O Projeto de Lei nº 204 está em fase revisão pela Câmara dos Deputados Federais, onde tramita desde 05.07.2016, sob nº 5.900/2013. Com as mesmas essências são os Projetos de Leis nº 2812/2015³² e nº 3.315/2015³³.

Além da proteção do bem jurídico, a outra finalidade de destaque do Direito Penal é a proteção da paz social. Sob esta ótica, o Direito Penal pode ser visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrabilidade da ordem jurídica³⁴.

O Direito Penal é a última fronteira de contenção dos conflitos sociais e a sua contundente atuação justifica-se apenas nos imbróglis de efetiva perturbação social.

A atribuição ao Direito Penal do papel de guardião da paz pública, não implica dotá-lo de poderes para imiscuir em todos os conflitos sociais e em todos os demais ramos do direito.

O tecido social é composto de vários titulares do seu controle, como a família, a escola, as agremiações e associações, as empresas, as igrejas e a tutela jurídico-penal é apenas uma pequena parte do controle da vida social, dotada da força estatal para dispor das sanções preventivas e repressivas, em prol da vida em comum.

Neste ponto, o Direito Penal serve-se do instrumento de poder mais rigoroso disponível ao Estado, ou seja, a pena. Justificável o seu uso apenas quando as outras medidas sociais e estatais se apresentam insuficientes. O poder de aplicação da pena não é absoluto e não pode ser exercido ao sabor dos interesses divorciados do papel a ser exercido pelo Direito Penal.

De um lado, a pretensão punitiva do Estado e de outro lado o direito fundamental da

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2812/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016. “Altera dispositivos do Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para majorar as penas dos crimes contra a Administração Pública, suprime a regulação específica do crime de corrupção praticado no contexto tributário da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e do crime de peculato praticado por prefeito, previsto no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e inclui a forma mais gravosa de corrupção no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990”.

³³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.315/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016. “Inclui a corrupção no rol de crimes hediondos”.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., 2014. p. 63.



liberdade individual, duas faces da mesma moeda e nenhuma das faces pode sobrepor a outra. Já se foi o tempo da vingança particular, a impessoalidade e a imparcialidade do Estado impede a ação vingativa estatal.

A conduta criminosa atinge o bem jurídico e o infrator deve sofrer a reação do Estado, com a aplicação das consequências jurídicas inerentes ao crime, no limite da proteção do seu direito fundamental da liberdade individual.

Não se pode confundir paz social com repercussão social de uma conduta. Determinados crimes são marcados pelo interesse coletivo e explorado pela mídia à exaustão, todos querem dar as suas opiniões e nestes momentos, o clamor público muitas vezes é despido dos direitos e garantias fundamentais.

O Direito Penal não pode e não deve servir-se dos sentimentos inflamados da opinião pública para dar as respostas, ainda que a confirmação do clamor seja o caminho mais confortável. Estes momentos são terrenos férteis para florescer a força do princípio da igualdade e conceder o tratamento jurídico ao caso midiático nos mesmos moldes e limites jurídicos das situações análogas, partindo da premissa de que todos são iguais perante a lei.

O Direito à liberdade provisória, à progressão do regime de pena, à saída temporária, ao silêncio do réu, à produção probatória e outros direitos e garantias penais não estão adstritos à opinião pública, todos tem os seus pressupostos e requisitos definidos na lei e pela força do princípio da igualdade, todos são destinatários dos mesmos ônus e bônus, respeitando as exceções legalmente justificáveis.

4 DIMENSÃO PROCESSUAL PENAL DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

A emanção e exteriorização da força do Direito Penal está na pena, individualizada ao caso concreto, na medida da culpabilidade pessoal do infrator – desvalor do autor -, e em *quantum* necessário para as particularidades da imputação – desvalor do fato. Sem a pena, o Direito Penal perde a sua essência.

Diverso das relações particulares, onde os atos são praticados de forma imediata e direta,



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

a aplicação da pena é monopólio estatal e esta atividade não pode ser exercida nos mesmos moldes do direito privado.

Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal³⁵.

A aplicação da pena somente é possível após trilhar os caminhos do direito processual penal, restando nítido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena.

O processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem entre as três partes – juiz, acusação e defesa, verdadeiros direitos e obrigações recíprocos. Somente assim é possível admitir que o acusado não é um mero objeto do processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do *jus puniendi* estatal³⁶.

Na condição de sujeito de direito, o acusado é parte na demanda e o rol dos direitos e garantias fundamentais assegura o tratamento igualitário na relação processual penal. Antonio Scarance Fernandes destaca as duas principais manifestações do princípio da igualdade no processo penal³⁷.

1º. Exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo, como, por exemplo, o mesmo tratamento a todos os que ostentem a posição de testemunha, só se admitindo desigualdades por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis;

2º. A igualdade de armas no processo para as partes, *ou par condicio*, na exigência penal, igualdade entre Ministério Público e acusado.

³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book, 32 PDF.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., 2016. E-book, 34 PDF.

³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 49.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Com a consagração dos Direitos e Garantias Fundamentais, as marcas da inquisição não coadunam com o Estado Democrático e Social de Direito, o processo penal deve buscar a reconstituição do máximo possível do fato imputado fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal.

O princípio da igualdade é o corolário dos princípios basilares do devido processo penal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa necessitam da oxigenação trazida pela igualdade constitucional para propiciar a isonomia processual - a parte contrária deve ser ouvida em igualdade de condições, a igualdade processual de direitos entre a parte acusadora e acusada e da liberdade processual - faculdade que tem o acusado de nomear advogado de sua preferência, de apresentar provas, etc.

As pessoas não são iguais, essência da admissibilidade do tratamento desigual às partes em determinados e restritos momentos processuais e neste ponto Gustavo Henrique Badaró³⁸ faz o seguinte alerta:

A igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Todavia, a realidade demonstra, de forma incontestável, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há o Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição. Não basta, pois, a mera igualdade formal. Deve ser buscada uma igualdade substancial. É insuficiente proclamar que todos são iguais. É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade.

No processo penal existem muitas situações de tratamento diferenciado às partes da demanda, sem que implique ofensa ao princípio da igualdade, como ocorre na revisão criminal restrita ao *pro reo*. Lado outro, em regra, a acusação conta o aparelhamento estatal no seu *myster* e toda a fase de investigação ainda é executada sob império da força inquisitiva, neste cenário, o acusado sofre sérias limitações no curso do procedimento administrativo.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Os exemplos de incidência do princípio da igualdade são muitos e apenas a título ilustrativo, seguem alguns debates.

Para o Supremo Tribunal Federal é constitucional o tratamento diferenciado dado às intimações do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente, realizadas por meio de publicação oficial, em contraposição às do Ministério Público e do defensor nomeado, feitas pessoalmente (CPP, art. 370, §§ 1º e 4º)³⁹. Da mesma forma, sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o *quantum* da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça também tem as suas contribuições para a consolidação do princípio da igualdade. A competência firmada por prerrogativa de função (*ratione personae* ou *ratione muneris*) não é fixada em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função por ela exercida e, por isso mesmo, não viola nenhum dos princípios constitucionais, como, v.g., o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) ou da proibição de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); ao contrário, denota a importância dada pelo Estado a determinados cargos ou funções, dada a tradição do Direito brasileiro, tendo como pano de fundo a convicção de que órgãos colegiados detêm maior autonomia, isenção e capacidade técnica para o julgamento de pessoas que ocupem relevantes funções ou cargos públicos⁴¹.

Igualmente, não viola os princípios da individualização da pena e da igualdade o estabelecimento de pena mais acentuada para o acusado de tráfico que não se encontrava com a droga em seu poder⁴². Em respeito ao princípio da igualdade processual, devem ser observados pelo terceiro prejudicado os mesmos prazos recursais a que se submetem as demais partes do

³⁹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADI 2144**. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 02.06.2016.

⁴⁰ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **RE n. 358.315/MG**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/9/2003.

⁴¹ BRASIL. STJ. Sexta Turma. **HC 307.152/GO**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 19.11.2015.

⁴² BRASIL. STJ. Sexta Turma. **HC 119.213/PB**. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 06.10.2011.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

processo⁴³.

Segundo o art. 14, do Código de Processo Penal, “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, regra que o coloca em visível desigualdade com a acusação. O juízo de discricionariedade existe apenas em favor do indiciado, postura amparada na ultrapassada concepção inquisitiva do inquérito policial, a acusação tem ampla liberdade de produzir as provas conforme seus interesses. Exceto nos casos de produção de provas desnecessárias ou procrastinatórias, sob a luz da igualdade, revela-se inconstitucional à submissão da pretensão probatória do indiciado ao crivo discricionário da autoridade condutora da apuração administrativa.

No processo, a igualdade de partes garante a paridade de armas entre os sujeitos parciais. Todavia, a função de assegurar a igualdade de parte não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento. Também o legislador, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual⁴⁴.

Situação interessante ocorreu com a competência dos juizados especiais criminais, na redação primária do art. 61, da Lei 9.099/95, a competência foi fixada aos crimes de menor potencial ofensivo e estes seriam as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

A polêmica nasce com a edição da Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, segundo a qual, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

O princípio da igualdade dirimiui a polêmica e a competência dos juizados especiais criminais da justiça comum passou a ser fixada nos mesmos moldes da Justiça Federal. A discussão foi encerrada com a edição da Lei 11.313/2006, que alterou o art. 61, da Lei 9.099/95,

⁴³ BRASIL. STJ. Sexta Turma. **AgRg no REsp 1532759/SC**. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 18.08.2016.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2015. p. 55.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

estabelecendo o limite de dois anos para as infrações de menor potencial ofensivo.

CONCLUSÃO

Um simples olhar para os lados já é suficiente para constatar as diferenças entre os seres humanos, o idoso diferente da criança, o homem diferente da mulher e todos diferentes entre si, até mesmos os gêmeos tem as individualidades distintas.

Apesar de universo de desigualdades físicas, econômicas, sexuais, religiosas e outras inúmeras diferenças, para a lei todos são iguais e desde que esta igualdade não atinja qualquer bem jurídico tutelado, todos são destinatários dos mesmos tratamentos jurídicos.

O ordenamento jurídico sempre conviveu com a igualdade constitucional, todas as Constituições Federais pretéritas abordavam expressamente nos textos constitucionais e em tempos de primazia do ter, o tratamento jurídico da igualdade constitucional refletia o contexto histórico e social vivido.

A seara penal não é mera espectadora da ordem jurídica e imune aos ventos influentes ao tempo de prestígio do ter em detrimento do ser. A aplicação e interpretação do Direito Penal seguiam os mesmos trilhos com destinos distantes da dignidade humana. Neste momento, o Direito Penal tem certa mácula social, concebido como ramo de direito voltado à classe marginalizada e distante de algumas classes sociais.

A realidade contemporânea é outra, a Constituição Federal de 1988 jogou pelos ares o alicerce jurídico estruturado no “ter” e com muita razão, colocou o “ser” no seu devido lugar, como elemento central da ordem jurídica, para ostentar a condição de sujeito de direito.

Os reflexos para a seara penal ainda estão em fase assimilação, apesar de já decorrido mais de 27 (vinte e sete) anos da promulgação da atual Constituição Federal, mas, os progressos já estão sendo sentidos.

O Direito Penal está perdendo a pecha de marginalização social e entrando na intimidade de outras classes sociais para apresentar a sua força para condutas antes cobertas pelo manto da



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

impunidade. Casos rumorosos, com certas figuras públicas ostentando a condição de réu já são corriqueiros e chamados gentilmente de autores de “crimes do colarinho branco”.

Não poderia ser diferente, a proteção aos bens jurídicos não está afeta a esta ou aquela classe social, todos são iguais perante a lei, respeitando-se às justificáveis hipóteses de desigualdades e esta é a realidade jurídica construída sob os pilares da dignidade humana e da igualdade constitucional. Novos tempos jurídicos exigem novas formas de interpretação e aplicação do Direito Penal, em prol do bem jurídico e da paz social.

Com o processo penal não é diferente, as marcas inquisitórias ainda existem na persecução criminal, especialmente na sua fase administrativa, quando o inquérito policial é marcado por sérias restrições ao direito de defesa.

A tímida evolução processual pode ser vista no interrogatório, antes concebido como ato do juiz e sob a luz da igualdade, corolário dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a oitiva do réu passou a ser mais um elemento de prova do arcabouço probatório.

A mudança é significativa, o réu passa a ser ouvido após ciência de todas as provas produzidas na persecução criminal e com a liberdade inerente ao Estado Democrático e Social de Direito conduzirá o seu destino processual conforme os seus interesses, inclusive, com a opção de manter-se em silêncio.

A leitura do Código Penal ou do Processo Penal a partir da Constituição Federal não cria uma nova ordem jurídica penal, apenas cravam as suas estruturas no terreno sólido dos direitos e garantias individuais. O Estado não perde um milímetro do *ius puniendi* apenas deve exercê-lo de forma humanitária, sem qualquer ranço ou espírito de vingança e o réu não pode viver sob a ilusão de uma imunidade penal oriunda da sua condição econômica ou social, a igualdade constitucional existe justamente para promover o equilíbrio da balança.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **Processo Penal**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

_____. STJ. **HC 55.030/RJ**. Quinta Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23.06.2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 204**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2812/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.315/2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>>. Acesso em 16 set. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1.937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 16 set. 2016.

_____. STF. Primeira Turma. **HC 85940**. Relator Ministro Cezar Peluzo. Julgado em 20.06.2006.

_____. STF. Tribunal Pleno. **ADI 2144**. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 02.06.2016.

_____. STF. Tribunal Pleno. **RE n. 358.315/MG**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/9/2003.

_____. STJ. Sexta Turma. **HC 307.152/GO**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 19.11.2015.

_____. STJ. Sexta Turma. **HC 119.213/PB**. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 06.10.2011.

_____. STJ. Sexta Turma. **AgRg no REsp 1532759/SC**. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 18.08.2016.

_____. STJ. Sexta Turma. **AgRg no Habeas Corpus Nº 321.157 – SP**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 05.04.2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal: fundamentos e limites do direito penal.** 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NICZ, Alvacir Alfredo. **O princípio da igualdade e sua significação no Estado Democrático de Direito.** In, FACCHIN, Zulmar (org.). *Constituição cidadã.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tratado de Direito Penal brasileiro: vol. I: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 1999.