

IGUALDADE E DESIGUALDADE NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA (*)

Helena Fragoso

1. A igualdade é uma das expressões da justiça, apresentando-se de forma bem significativa no símbolo da balança. A noção de justiça, como diz Perelman, evidentemente sugere a todos a idéia de uma certa igualdade.¹ É bem conhecida a demonstração feita, a propósito, por Aristóteles, em passagem famosa de sua *Ética*, retomada e desenvolvida por S. Tomás de Aquino.²

2. No direito antigo, no entanto, sempre prevaleceram privilégios de classe e hierarquia social, fundados na nobreza, na riqueza ou na cidadania, condicionando a aplicação da lei. Assim, a mais grave forma de furto prevista na Lei das XII Tábuas implicava na pena de morte para o escravo e na de servidão para o homem livre. Os escravos eram sempre mais severamente punidos, seja na pena cominada, seja na forma de sua execução³. A igualdade proclamada em Roma, durante a república, era apenas para os homens livres. A partir do império, acentua-se e institucionaliza-se a distinção das pessoas conforme sua condição social, a princípio segundo o arbítrio do juiz e depois de Antonino Pio, obrigatoriamente.⁴ Surgem, então, de um lado, os *honestiores* (D. 48, 19, 28, § 29), e, de outro, as demais pessoas livres, denominadas *plebeii*, *humiliores* (D. 47, 11, 6 pr.) ou *tenviores* (D. 48, 19, 28, § 29). *Honestiores* eram os senadores, seus descendentes e agnados até o terceiro grau e suas esposas; os cavaleiros, os soldados e veteranos e seus filhos e o decuriões. O restante do povo constituía a *plebe*⁵. Os *honestiores* não podiam ser submetidos à tortura⁶; podiam apelar contra a sentença de morte e se beneficiavam de uma escala de penas menos grave do que a aplicável aos *humiliores*, excluindo por completo os castigos corporais. Se o crime praticado pelo *honestior* era grave a ponto de excluir os privilégios a que tinha direito, deveria ele ser degradado antes da condenação. Quando aos *humiliores* se aplicava a pena perpétua de trabalho nas minas (*ad metalla*), os *honestiores*, pelo mesmo crime, eram punidos com a deportação⁷. Essa desigualdade era resultante da estrutura social e dos privilégios que dela derivavam e tinha sua contrapartida na diversa punição conforme a inferioridade da vítima, que vai aparecer em todo o direito da época posterior. Gibbon, por exemplo, em sua famosa obra, observa que entre os bárbaros, após a conquista, as leis expressamente reconheciam que a vida de um romano valia menos que a de um bárbaro⁸.

O direito canônico proclamou a igualdade de todos perante a lei, concebendo o crime como infração de deveres morais e determinando a aplicação da

¹ PERELMAN. *De la Justice*. Bruxelas, 1945, p. 22.

² ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*, V. 3. Great Books: "The unjust is unequal, the just it equal", AQUINO, S. Tomás de. *Summa Theologica*, I. 2. Q. SXIV, Great Books: "absolutely justice is between those that are absolutely equal".

³ CALLISTRATO: "*Majores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos... punierunt*" (D. 48, 19, 28, § 16). Veja-se também ULPÍIA. NO. D. 48, 19, 1, § 1.º; 48, 19, 16, § 3.º.

⁴ ELLUL, Jacques. *Historia de las Instituciones de la Antigüedad*. Trad. ladri, Aguilar, 1970, p. 371.

⁵ MOMMSEN. *Droit Pénal Romain*. Trad. Duquesne. Paris, Albert Fontemoing, 1907, v. I, p. 391.

⁶ Salvo no crime de lesa majestade, que não conhecia exceções (D. 48, 1, 10, § 1.º).

⁷ Cf. FERRINI. *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*. In: *Enciclopédia de Pessina*. 1905, v. I, p. 153. Com a cristianização do império, o clero passou a constituir uma casta privilegiada e independente dentro do Estado. Cf. ELLUL, op. cit., nota 4, p. 434.

⁸ GIBBON, Edward. *The Decline and Fall of the Roman Empire*. V. I, Great Books, p. 617.

pena, não de acordo com a condição pessoal do réu, mas, sim, conforme sua culpabilidade. A igualdade proclamada, no entanto, não abrangia os escravos.⁹

3. Na época feudal, aos cavaleiros e membros da aristocracia, que possuíam o monopólio da atividade militar e detinham a riqueza, contrapunham-se os pobres, trabalhadores e camponeses, ou seja, o povo desarmado. Os primeiros sofriam apenas sanções morais pelos ilícitos que praticavam; os últimos, eram submetidos a severas sanções, num sistema opressivo de justiça, profundamente desigual.¹⁰

4. Exemplo impressionante de justiça de classe encontramos em nossas *Ordenações do Reino*, que previam penas diversas para o mesmo crime, conforme o réu fosse fidalgo, cavaleiro ou escudeiro, ou peão. As penas vis (açóites, mutilação, trabalhos forçados, galés etc.) não podiam ser aplicadas às pessoas de classes superiores (*Ordenações Filipinas*, V, 138), salvo se praticassem crime de lesa majestade (V, 6, 29), moeda falsa (V, 12, 2) ou aleivosia (V, 37, 3). Quando a pena era deixada ao arbítrio do julgador, mandava-se que fosse aplicada, considerando-se a qualidade das pessoas (V, 2, 2). Privilégios contra a tortura¹¹ estavam previstos (V, 133, § 3.º), salvo nos crimes que permitiam a aplicação de pena vil, ao lado de privilégios contra a prisão (V, 119, 3; 120). Exemplos de desigualdade em relação à vítima, podem ver-se nos crimes de rapto (V, 18, 3) e de sedução (V, 23) praticado por fidalgo contra mulher de baixa condição social. O marido enganado, achando sua mulher em adultério, licitamente poderia matá-la e ao homem que com ela estivesse, "salvo se o marido for peão, e o adúltero fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade" (V, 38).

5. Na Espanha, a Lei das Sete Partidas, que exerceu enorme influência, também previa a pena segundo a condição pessoal dos réus, distinguindo-os em diversos graus sociais (P. VII, 31, 8). Contemplava, por outro lado, privilégios de foro e quanto à tortura, salvo em casos de lesa majestade divina e humana, sodomia, assassinato e alguns outros (P. VII, 30, 2). A Inquisição não conhecia privilégios contra a tortura, como se pode ver no célebre manual do frei Nicolau Eymerich.¹²

6. Nos tempos das monarquias absolutas, que antecedem o Iluminismo, perduram os antigos privilégios. Tais privilégios não se referiam apenas a foro especial. Compreendiam processo menos rigoroso e penas mitigadas e não infamantes que, como diz Calamandrei, quase sempre se resolviam, mesmo nos crimes de sangue, em penas pecuniárias.¹³ Consagrava-se, nessa época, completa desigualdade entre fidalgos e plebeus em todos os setores do direito, sendo decisiva, na aplicação da pena, a condição pessoal do réu. A expressão "fidalgo" (*fijodalgo*) era usada com grande amplitude,

⁹ SCHIAPPOLI, Domenico. *Diritto Penale Canonico*. In: *Enciclopédia de Pessina*, v. I, p. 617-9

¹⁰ Cf. DUBY, G. *La Justice et le Juge aux temps féodaux*, In: *La Justice*. Paris, PUF, 1961, p. 224 *et seq.*

¹¹ A tortura sempre foi um meio de instrução. Cf. BRASIELLO, Ugo. *La repressione penale in Dirillo Romano*. Nápoles, Jovene, 1937, p. 257.

¹² EYMERICH, Nicolau & PEÑA, Francisco. *Le Manuel des Inquisiteurs*. Trad. Paris-Haia, Monton Editeur, 1973, p. 195: "Une question qui mérite particulièrement l'attention est celle de l'existence ou non de catégories de personnes non torturables en vertu de quelque privilege. On fait souvent valoir, en effet, que juridiquement certaines personnes ne peuvent être torturées • les soldats, les chevaliers, les notables • et qu'on doit se limiter à les terroriser • en leur montrant les instruments de torture et en les menaçant de s'en servir. Mais c'est là un droit qui ne joue pas dans les affaires d'hérésie: nul de ceux qui sont exempts de torture à propos de n'importe quel délit ne l'est dans de délit d'hérésie".

¹³ CALAMANDREI, notas ao livro *Dei Delitti e delle Pene*, de BECCARIA (Florença, Felice de Monier, 1950, p. 321).

incluindo os doutores e outras pessoas de destaque¹⁴. Os nobres eram, em geral, castigados com desterro e pena pecuniária. Os Grandes de Espanha não podiam sofrer sentença judicial que não fosse submetida à consulta do rei, em pessoa, o que, segundo Tomás y Valiente, equivalia a situá-los por cima de todos os juízes e tribunais do reino.¹⁵

O movimento de reforma que se processa à época do Iluminismo reclama a proteção da liberdade contra o arbítrio e a prepotência dos julgadores; a abolição da tortura, e, pelo menos, a restrição da pena de morte, acentuando o fim estatal da pena, em contraposição às exigências da Igreja ou puramente morais,¹⁶ pondo fim a um regime de insegurança e terror na administração da justiça criminal, que atingia, basicamente, os pobres e desfavorecidos.

7. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 1.º, proclama o princípio fundamental da igualdade dos homens perante a lei: "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*". Seu art. 6.º eloqüentemente afirmava: "(A lei) deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune. Todos os cidadãos são iguais a seu ver e são igualmente admitidos a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que não sejam as de suas virtudes e seus talentos."

8. Essas idéias apareciam em todos os grandes documentos políticos do século XVIII, como, por exemplo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos.¹⁷ Elas remontavam aos grandes jusnaturalistas (Hobbes, Puffendorf, Locke, Thomasius), que afirmavam a liberdade do indivíduo em estado de natureza e que somente o seu próprio consentimento poderia obrigá-lo em face do Estado. Em Montesquieu e Rousseau surge bem clara a idéia de que a lei impõe e garante a igualdade que a sociedade faz desaparecer.¹⁸ Em sua famosa dissertação sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens, Rousseau afirma que existem duas espécies de desigualdade na espécie humana: a natural ou física, estabelecida pela natureza, e a moral ou política, dependentes de uma espécie de convenção, estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta última consistiria em diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo de outros, tais como o de ser mais rico, mais .honorificado, mais poderoso ou mesmo o de estar em posição de exigir obediência. A desigualdade social é estabelecida pelo *estado de sociedade*. É precisamente porque a força das circunstâncias tende continuamente a destruir a igualdade, que a força da lei deve sempre tender à sua manutenção. Todo o sistema da legislação se reduz a dois grandes objetivos: liberdade e igualdade.¹⁹

9. É evidente que a lei não poderia, num passe de mágica, tornar iguais os desiguais. A desigualdade subsiste e o próprio princípio da justiça da igualdade a

¹⁴ VALIENTE, Francisco Tomás y. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*. Madri, Editorial Tecnos, 1969, p. 318.

¹⁵ *Autos Acordados por el Consejo Real de Castilla*. 1609. V. 11, p. 6, 18; VALIENTE, Tomás y. op. cit., p. 319.

¹⁶ LISZT-SCHMIDT. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlim e Leipzig, Walter de Gruyter, 1932, p. 61.

¹⁷ "We hold these truths to be self evident, that all men are created equal: that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these rights are life, liberty, and the pursuit of happiness".

¹⁸ MONTESQUIEU. *Esprit des Lois*. V. VIII, .p. 3: Dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité; mais ils n'y sçauroient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par la loi.

¹⁹ ROUSSEAU. A dissertation on the origin and Foundation of the Inequality of Mankind e The Social Contract. In: Montesquieu-Rousseau. *Great Books*, v. 38, p. 333, 362, 405, passim.

pressupõe, como nota Kelsen, acentuando: "A única norma que pode valer como princípio da justiça da igualdade é a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados e nenhuma das desigualdades que efetivamente entre eles existem deve ser tomada em consideração".²⁰ Trata-se, como se tem observado, de igualdade *perante* a lei que, como princípio lógico, deflui do caráter geral da norma. Pontes de Miranda ensina que o princípio da igualdade perante a lei exige apenas que perante a lei todos sejam iguais (ou seja, que a todos a lei trate igualmente)²¹. O princípio da igualdade, em consequência, não será violado se a lei tratar diversamente pessoas em situação desigual, de acordo com as regras da justiça distributiva.

10. O liberalismo que a generosa filosofia política do século das luzes estabeleceu, inspirada nos fisiocratas, encontrou no contrato sua mais solene expressão. Como notou Ripert, o capitalismo assegurou sua predominância, não através da lei, mas, sim, do contrato.²² Realiza-se, assim, a transição assinalada por Maine²³, do *status* ou da condição social ao contrato. O *Code Civil* (1804), em seu art. 1.134, em fórmula solene, proclamava: "As convenções legalmente formadas constituem *lei* entre as partes." Como nota Savatier, o código exaltava a liberdade do homem, criadora do direito, fixando, entre os corolários dessa liberdade, a *igualdade* humana, pois, no contrato, as duas partes estavam no mesmo nível, cada uma das quais concorrendo com sua liberdade.²⁴

É fácil, porém, compreender que o princípio da autonomia da vontade é puramente ilusório, se o contrato se celebra entre o forte e o fraco. O contrato se transforma virtualmente num sistema de poder²⁵, tornando-se a expressão da lei do mais forte. Por isso mesmo, como mostra Josserand, a evolução dos contratos degenerou em revolução, notadamente em matéria trabalhista, com a intervenção da lei para proteger o economicamente mais fraco. A locação de serviços era inteiramente contratual e as leis reprimiam como crime a coalizão de trabalhadores para reivindicar condições mais favoráveis na celebração do contrato de trabalho.

Na Inglaterra, lei de 1802 proibia o trabalho de crianças por mais de 12 horas ou durante a noite. Só em 1841, surgiu na França lei proibindo o trabalho de menores de 8 anos, fixando-se o limite da jornada de trabalho em 8 horas *para os menores de 12 anos*, e em 12 horas, para os menores de 16 anos. Na Itália, em 1843, proibiu-se o trabalho aos menores de 9 anos.

11. A greve pacífica foi por longo tempo considerada crime contra o livre exercício da indústria e do trabalho. A lei francesa de 2-17 de março de 1791 proibia as assembléias e deliberações de cidadãos da mesma profissão, declarando sediciosos os agrupamentos de operários²⁶ e o Código Penal francês de 1810, em seus arts. 414 e 415,

²⁰ KELSEN. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. Coimbra. Armenio. Amado., 1963, p. 72 *et seq.*

²¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. IV, p. 691, 1970. "O conceito de igualdade é *a priori*, preexiste como dado lógico à feitura da Constituição. A lei não o pode alterar, nem refazer: o § 1.º do art. 153 constitui direito fundamental absoluto" (p. 626).

²² RIPERT, G. *Le Déclin du Droit*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 1949, p. 6.

²³ MAINE, Henry. *Ancient Law*. Dent, 1917, p. 100.

²⁴ SAVATIER, R. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d' aujourd' hui*. Paris, Dalloz, 1948, p. 6.

²⁵ RENNER, K. *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. Routledge and Kegan Paul, 1949, p. 105. Como notava Lord Devlin, "The basic principles of freedom of contract included freedom to oppress", citado por MAYER, Martin. *The Lawyers*. DeU Publishing, 1968, p. 263.

²⁶ CHAVEAU & HÉLIE. *Théorie du Code Penal*. Paris, 1862, v. V, p. 522.

incriminava a coalizão de patrões para o rebaixamento dos salários, bem como a coalizão de operários para a cessação do trabalho, visando melhores condições. As disposições do código só foram alteradas em 1849 e 1864, restringindo-se a punição aos casos de violência ou fraude. Na Inglaterra, o direito de greve só foi realmente reconhecido em 1875 (*Conspiracy and Protection of Property Act*).

Nosso Código Penal de 1890, inspirado em várias legislações do século passado, incriminava a greve pacífica (art. 206), em disposição anacrônica e odiosa, revoga da logo a seguir. A Carta de 1937 declarava a ilegitimidade da greve e do *lock-out* (art. 139) e o projeto Alcântara Machado (art. 211) reintroduzia a incriminação da greve pacífica, que a comissão revisora restringiu ao caso de interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo (art. 201 do Código Penal em vigor), numa passagem inserida entre os crimes contra a "organização do trabalho", que constituem a única marca do Estado Novo no Código Penal de 1940. Atualmente está em vigor a Lei n.º 4.330, de 1964, que pune severamente a greve pacífica, mesmo quando tenha por objeto reivindicações legítimas, desde que sejam desobedecidos os prazos que prescreve (art. 29, I), eliminando virtualmente o direito de greve. Em relação aos empregadores, a novidade da nova lei consiste em incriminar um caso de falsidade documental (art. 29, V) que o Código Penal já punia, porém *nais severamente* (art. 298).²⁷

A lenta, penosa e, por vezes, sangrenta evolução do direito de greve, que está longe de ter-se completado, ilustra bem os esforços dos trabalhadores para vencer a desigualdade em que se situam na economia liberal, em face dos patrões. A greve é admitida, porque há consciência universal de tal desigualdade, e as medidas repressivas, no plano criminal, mesmo nas hipóteses de violência, são raramente aplicadas.²⁸

12. A intervenção do Estado em favor do mais fraco, submetendo a regulamentação matérias subtraídas à livre contratação das partes, é um dos aspectos mais expressivos da chamada crise de contrato²⁹, que leva Michel Villey a afirmar que percorremos agora caminho inverso ao que descreveu Maine, passando do contrato ao estatuto, tais e tantas são as matérias submetidas a regulamentação.³⁰

13. A igualdade perante a lei tornou-se princípio fundamental de todos os regimes democráticos e liberais. No pórtico do belo edifício da Corte Suprema dos Estados Unidos, em Washington,; está escrito: *Equal justice under law*.

Karl Mannheim observa, certamente, que a reivindicação de igualdade de direitos políticos para todos, numa democracia, não altera as grandes desigualdades na

²⁷ Dessa lei já afirmamos em outro trabalho (*A Justiça Penal e a Revolução*. Rio de Janeiro, 1965, p. 22): "É difícil evitar a conclusão de que a nova lei de greve está feita para perseguir e aterrorizar os trabalhadores e que é uma lei antiliberal, própria de regimes totalitários. Alia aos defeitos de técnica o rigor da repressão e da incriminação de condutas que não merecem pena. Nas disposições que incriminam a greve pacífica é, evidentemente, inconstitucional, estando atrasada de mais de um século. É uma nova lei *infame*, fadada a assegurar e justificar violências contra trabalhadores por parte da polícia política, mas, por ser anti-histórica e reacionária, jamais será aplicada pela Justiça brasileira".

²⁸ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. São Paulo, 1977, v. 11, p. 239.

²⁹ RIPERT, G. *Les Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*. Paris, Librairie Générale du Droit, 1946, n. 15; Cf. SAVATIER, R. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d' aujourd' hui*., nota 25, p. 11, e os autores por ele invicados.

³⁰ VILLEY, Michel. *Essor et décadence du volontarisme juridique*. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1957, p. 90.

esfera econômica, que subsistem em todo sistema capitalista. "Seria muito errado negar que o novo tipo de hierarquia, baseado na propriedade, nos rendimentos e outros motivos que estabelecem diferenças de prestígio, é menos rígido que o que predominava na sociedade feudal."³¹

14. Infelizmente, sabemos muito bem que a justiça não é igual para todos. Os advogados, que são órgãos da administração da justiça, devem examinar as responsabilidades que lhes cabem.

Em obra famosa, publicada em 1919, Reginald Heber Smith afirmava que "justiça é só para os que podem pagar". E denunciava a cumplicidade dos advogados, dizendo que tanto eles como os juízes ignoravam as desvantagens com que lutam os pobres ou eram indiferentes a elas.³²

Recentemente, Jerold S. Auerbach, em trabalho sugestivo, retoma a grave questão, afirmando que nos Estados Unidos a justiça tem sido distribuída de acordo com a raça e a riqueza, e não com a necessidade. Ricos e pobres. não estão em igualdade perante a lei. Os métodos tradicionais de proporcionar justiça, operam no sentido de fechar as portas dos tribunais aos pobres, causando grave denegação de justiça, em todas as partes do país, a milhões de pessoas. E declara que a elite profissional tem nisso especial responsabilidade.³³

15. As grandes organizações profissionais nos Estados Unidos terminaram por apresentar imagem negativa dos advogados que surgem como servidores inextricavelmente ligados ao *big business*.³⁴ É o que assinalava Frankfurter, em 1924, opondo-se à candidatura de John Davis à presidência da American Bar Association, por suas ligações profissionais com as grandes empresas. E acrescentava: "nos últimos tempos, os clientes têm advogados, e não os advogados têm clientes."³⁵

16. Sobre os advogados, descarrega-se uma responsabilidade que não lhes compete, pelo menos em tais proporções. Não tinha razão Robert Kennedy quando, em 1964, como Procurador-Geral, afirmava que os advogados devem assumir a responsabilidade por permitirem o crescimento e a continuação de dois sistemas de direito, um para os ricos; outro, para os pobres.³⁶ Seu pronunciamento, no entanto, tem o mérito de denunciar, da forma mais autorizada possível, uma situação de fato deplorável.

17. Não parece que no Brasil a desigualdade na administração da justiça ou na lei tenha merecido muita atenção, e dela certamente não se cogitou na Reforma Judiciária, que se prepara, secretamente, nos bastidores da República.

³¹ MANNHEIM, K. *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*. São Paulo, Mestre Jou, 1972, p. 297.

³² SMITH, R. H. *Justice and the Poor*. Nova York, 1919, p. 37.

³³ AUERBACH, J. S. *Unequal Justice. Lawyers and Social change in modern America*. Nova York, Oxford University Press, 1976, p. 12, 60.

³⁴ GOULDEN, Joseph C. *The Superlawyers*. Nova York, DeU, 1973. p. 353 *et seq.*

³⁵ Em obra publicada no começo do século, John dos Passos (*The American Lawyer*. Nova York, 1907, .p. 25) denunciava a "transformação de uma profissão num negócio".

³⁶ Citado por AUERBACH, *op. cit.*, nota 33, p. 269.

18. Como há pouco afirmávamos em relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, a administração da justiça em matéria criminal constitui o aspecto mais dramático da desigualdade da justiça, sendo aqui puramente formal e totalmente ilusório o princípio da igualdade perante a lei.³⁷

É importante ter presente que a criminalidade não é atributo das pessoas que fazem parte de grupos marginalizados ou que, como tal, são considerados. A identificação do criminoso com o marginal decorre do fato de atingir a justiça, sobretudo os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a clientela do sistema. Eles constituem apenas a *criminalidade aparente*, incomparavelmente menor do que a criminalidade oculta, em conjunto com a conhecida, mas não denunciada, e com a denunciada, mas não objeto de perseguição.

Como dizia Novoa Monreal, o direito penal é direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e seu rigor.³⁸ A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes ao sistema repressivo, de que se livram, seja através de defesa eficaz, seja pela influência ou pelo prestígio ou pela corrupção.

Os pobres, que vivem nas favelas, são os alvos prediletos do aparelho repressivo policial-judiciário e, quando colhidos, são virtualmente massacrados pelo sistema. São as grandes vítimas das detenções ilegais efetivadas nas *batidas* policiais, pelo simples fato de não trazerem documento de identidade ou de não terem carteira profissional *assinada*. Somente os pobres são presos por vadiagem, contravenção que não pode ser praticada pelos ricos, numa discriminação que torna o preceito inconstitucional. Vagabundo rico, pode; vagabundo pobre, não pode. Como dizia Maria Los, em notável comunicação apresentada ao congresso já mencionado (*Law and Social Relationship*), o sistema legal tem em comum com outros mecanismos de controle social a tendência a ser governado por preconceitos e estereótipos que são socialmente condicionados. Como um de tais mecanismos de controle, o sistema legal também tende a atacar os desviantes das normas sociais que estão mais expostos e sem defesa.

19. Seria interessante pesquisar os níveis de eficiência com que os pobres se defrontam com a justiça. Dooley dizia que o pobre tem nos tribunais a mesma chance que tem fora deles: ele tem uma esplêndida chance de homem pobre.³⁹ Pesquisa feita pelo Instituto de Ciências Penais, da Faculdade de Direito Cândido Mendes, sobre os processos por tráfico ilícito e consumo de drogas no Rio de Janeiro, em 1974, revelou que existe correlação entre o defensor e o relaxamento da prisão (em caso de flagrante) e a absolvição. Dos acusados que possuíam advogado constituído, 37% obtiveram relaxamento da prisão, contra apenas 25 % dos defendidos por defensor público. Por outro lado, 50% dos que tinham por defensor advogado constituído, como curador, tiveram sua prisão

³⁷ FRAGOSO, Heleno C. *Marginalité Sociale et Justice. Rapport général sur les aspects juridiques*. Milão, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 1976. Trabalho inédito no Brasil.

³⁸ MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 1975, p. 25.

³⁹ Citado por MAYER, Martin. *The Lawyers*, cit., nota 25, p. 261. As portas da justiça estão abertas para todos, como as dos hotéis de luxo. Anatole France ironicamente louvava a igualdade da lei, dizendo que proibia igualmente os ricos e os pobres de dormir sob as pontes de Paris.

relaxada, enquanto nenhuma pessoa defendida por defensor público, em tais condições, conseguiu a liberdade.⁴⁰ Conviria fazer pesquisa mais ampla sobre o trabalho dos defensores públicos, em geral, e sobre os níveis de eficiência da assistência judiciária, inclusive nos processos de justiça gratuita, para verificar a desigualdade na aplicação da lei.

20. Não existem apenas desigualdades na aplicação da lei, oriundas de uma série de fatores de ordem econômica e social. Existem também desigualdades na própria lei, como já vimos, a propósito da contravenção de vadiagem. Muitas outras desigualdades poderiam ser assinaladas. A título de exemplo, mencionamos a fixação do máximo do dia-multa na pena pecuniária prevista no Código Penal de 1969 (art. 44, § 19), que é apenas uma forma de proteger os ricos. Em matéria política, lembramos a desigualdade das partes no processo penal por crimes contra a segurança do Estado⁴¹ e a escandalosa cassação *perpétua* dos políticos atingidos pelos atos institucionais.

Os advogados fazem parte de um sistema que está em função de estrutura social profundamente injusta e desigual, que tem sido denunciada nos últimos tempos por inúmeros importantes documentos pontifícios e pela Organização das Nações Unidas. É verdade que os advogados aparecem muitas vezes como *profiteurs* desse sistema e participantes ativos do processo que mantém a desigualdade da justiça ou é indiferente a ela. Mas é necessário dizer que essa não é a sua missão social e que a função e a responsabilidade dos advogados num mundo em transformação é a de preocupar-se com a prevalência da pobreza, ignorância e desigualdade em tantas partes do mundo, e inspirar e promover o desenvolvimento econômico e social.⁴² Na *Declaração de Nova Déli*, firmada no Congresso Internacional de Juristas, de 1959, também se afirmou ser nosso dever estender e impulsionar a aplicação do império da lei, não só para salvaguardar e promover os direitos civis e políticos do indivíduo numa sociedade livre, mas também para criar condições sociais, econômicas e culturais, sob as quais possam cumprir-se plenamente as aspirações legítimas do homem e se garantir a sua dignidade.⁴³

Cumpre-nos batalhar para diminuir a distância entre os ideais do direito e o que se passa nos tribunais, em cumprimento aos mais importantes deveres de nossa profissão. Propõe-se, em conseqüência, sejam aprovadas as seguintes conclusões:

"Os advogados brasileiros, reunidos em sua VI Conferência Nacional, atentos às graves desigualdades existentes na justiça e no direito em nosso país, derivadas de diversa condição social e econômica ou resultantes de distintas convicções políticas,

reafirmam sua confiança no princípio da igualdade de todos perante

⁴⁰ CATÃO, Yolanda & FRAGOSO, Heleno C. *Abuso de Drogas na Legislação Brasileira*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1976, p. 51.

⁴¹ A acusação pode arrolar até *três* testemunhas, que serão intimadas. A defesa pode indicar *duas* testemunhas, que devem ser apresentadas independentemente de intimação, e o não comparecimento entende-se por desistência. A inconstitucionalidade (não reconhecida pelos tribunais) é manifesta. Cf. Decreto-lei n. 898, arts. 65 e 66 e seu parágrafo único.

⁴² International Commission of Jurists. *Executive Action and the Rule of Law*. Congresso Internacional de Juristas do Rio de Janeiro. Genebra, 1962, p. 23.

⁴³ *Conferência Africana sobre el Imperio de la ley*. Genebra. 1961, p. 10.

a lei, como direito fundamental absoluto num regime democrático republicano;

proclamam que a pobreza, a miséria e a ignorância tornam ilusória e puramente formal a igualdade perante a lei;

reconhecem sua responsabilidade na luta permanente por uma justiça mais justa e igualitária;

recomendam que a Reforma Judiciária em andamento seja submetida à discussão ampla e democrática, de que participem os advogados, e que ela tenha presente as desigualdades que entre nós apresenta a administração da justiça, notadamente no interior do país;

recomendam também sejam realizados estudos e pesquisas especificamente sobre a desigualdade na administração da justiça, para que possam ser corrigidos os seus defeitos com base na realidade;

indicam a necessidade de que o estudo e o ensino do direito se façam tendo presente os graves defeitos da administração da justiça, na perspectiva da realização do ideal de igualdade de todos perante a lei".

* Relatório apresentado à VI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Salvador, outubro de 1976); artigo publicado na obra "Direito Penal e Direitos Humanos", ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 19-31.