

Prisão especial para magistrados e membros do Ministério Público¹

Hugo Nigro Mazzilli, Advogado, Consultor jurídico e membro aposentado do Ministério Público de São Paulo

1) Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado PLS 151/2009, que revoga o inc. III do art. 33 e o § 2º do art. 112, ambos da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica Nacional da Magistratura – LOMAN), o inc. VII do art. 20 da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1941 (primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP), e a letra “e” do inc. II do art. 18 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1973 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU), cujo objetivo consiste em extinguir a prisão especial concedida a magistrados e membros do Ministério Público.

A fundamentação, apresentada pelo Senador Marcelo Crivella, é a de que recentemente aquela Casa Legislativa aboliu a prisão especial do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que as prisões especiais ainda subsistentes, que decorrem de leis especiais, também deveriam ser extintas, pois essa modalidade de prisão representa uma cultura preconceituosa e discriminatória, que de muito já deveria ter sido extinta entre nós.

2) Aqui não nos deteremos na questão do vício de iniciativa do projeto, por dizer respeito a garantias de magistrados e membros do Ministério Público (art.

1. **Parecer** oferecido à Comissão de Estudos Institucionais e Acompanhamento Legislativo – CEAL, da Associação Paulista do Ministério Público – APMP (maio, 2009). Publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 34, p. 77-82.

93, *caput*, e 128, § 5º, da Constituição). Discutiremos, mais especificamente, o alcance do princípio republicano da igualdade.

E, com efeito, para bem nos posicionarmos a respeito do PLS n. 151/2009, forçoso é identificar que a questão toda reside no alcance do princípio jurídico da igualdade. Afinal, se o Congresso Nacional quer abolir toda e qualquer forma de discriminação indevida entre brasileiros, torna-se natural a dúvida: como então manter a prisão especial para juízes e membros do Ministério Público, pergunta-se o eminente Senador Crivella, se essa prisão especial nada mais é do que o fruto da cultura de privilégios coloniais, neste País tão inçado de injustas desigualdades sociais?

Fosse, porém, a questão reduzida a argumentos assim simples, não haveria como negar razão ao ilustre Senador. Com efeito, não se justifica o resquício colonial de tratar com privilégios “as pessoas de qualidade” (como se dizia antigamente, cf. ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, notas ao art. 295, ed. Rio, 1976), só porque essas pessoas são detentoras de maior instrução, têm funções sociais de destaque ou são possuidoras de maiores recursos. Como conferir-lhes privilégios que se negam ao comum do povo? Isso é inadmissível numa sociedade igualitária e republicana.

Contudo, não se pode confundir uma questão simples com um raciocínio simplista. Há casos em que, efetivamente, não se justifica a prisão especial, antes ou depois da condenação definitiva, e aí muito bem faz o Congresso Nacional em querer abolir distinções gratuitas, decorrentes do privilégio da prisão especial; entretanto, casos outros há em que a prisão especial ainda se justifica, por razões e fundamentos jurídicos e constitucionais tão importantes como aqueles que embasam o princípio da igualdade.

Tudo se resume em bem compreender o alcance do princípio constitucional da igualdade.

Senão vejamos.

3) Com efeito, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais, a própria Constituição da República começa seu rol afirmando, com todas as letras, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*). Contudo, é a própria Constituição que logo a seguir começa a estabelecer algumas distinções que ela própria considera devidas, como entre brasileiros natos e estrangeiros (para ocupar alguns cargos públicos), entre os direitos de homens e mulheres (como para a especial proteção da maternidade), entre crianças e adultos (para conferir às primeiras uma forma mais intensa de proteção integral).

Assim, como já temos demonstrado alhures (MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22^a ed., Saraiva, 2009, p. 633 e s.), é preciso compreender o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, que consiste em tratar diferentemente os desiguais, buscando compensar juridicamente a desigualdade de fato e igualá-los em oportunidades. Por isso que, embora homens e mulheres sejam iguais perante a lei, a própria Lei Maior é a primeira a estabelecer diferenças entre ambos, para assegurar maior proteção à gestante; embora crianças e adultos sejam iguais perante a lei, a Constituição é a primeira a estabelecer uma proteção especial para as primeiras, em vista de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento; embora pessoas com deficiência e as demais sejam ambas aptas, em tese, a gozar e a exercer os direitos na vida civil, a aplicação correta do princípio da igualdade consiste em assegurar às primeiras um tratamento protetivo mais intenso, para compensar suas limitações e, somente assim, garantir-lhes pleno e efetivo exercício dos direitos individuais e sociais.

Tem sido, pois, escopo da lei compensar a situação de quem sofra limitação, de qualquer natureza, conferindo-lhe maior proteção jurídica. Por isso, como acentuou ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, “faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio” (FARIA, *Do princípio da igualdade jurídica*, ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 268).

4) Ora, no que diz respeito à questão de que ora nos ocupamos, em princípio cumpre dizer que a prisão das pessoas que cometeram um crime, e foram definitivamente condenadas por isso, ou as pessoas cuja prisão processual seja conveniente ao interesse público (prisão em flagrante, preventiva, temporária etc.), todas elas, em tese, merecem o mesmo tratamento da lei.

Contudo, colocar, por exemplo, um policial na mesma prisão comum que os demais presos, será condená-lo à morte ou, no mínimo, a sevícias de todo o tipo, causadas pela inevitável vingança de todos aqueles que foram presos por ação sua. O mesmo se diga de colocar o juiz que condenou o criminoso na mesma prisão onde este cumpre sua pena ou sua prisão processual. Não é diverso o que ocorreria, ainda, com o membro do Ministério Público que acusou o preso que ora está a seu lado na prisão.

Nem se diga que bastaria não colocar o policial, o juiz ou o membro do Ministério Público junto com uma das pessoas que eles colocaram efetivamente na prisão. Entretanto, a simples condição funcional presente, ou antiga, do policial, do juiz ou do membro do Ministério Público já seriam suficientes, no mais das vezes, para que velhas

animosidades ou vinganças se revelassem, motivadas não mais do que pelo *esprit de corps*, tão comum nos presídios.

No que diz respeito aos agentes do Estado que estão encarregados da repressão criminal, ou que alguma vez já estiveram disso encarregados, quanto a eles o verdadeiro princípio da igualdade consiste em conferir-lhes proteção jurídica adequada, para que, embora possam e devam cumprir a prisão processual ou definitiva como os demais indivíduos, o façam sem que sua integridade física, saúde ou vida sejam desnecessariamente expostas, como o seriam com certeza, a todo o tipo de vinganças de todos aqueles que sentiriam prazer em desferrar-se deles, e que se encontram nas mesmas prisões. E mesmo um juiz deável, ou um policial administrativo, ou um promotor de Justiça que jamais tivessem posto um só criminoso na cadeia, pagariam com sofrimentos atrozes por aqueles outros colegas que o fizeram, no julgamento simplista que se faz no dia a dia das prisões.

É preciso, entretanto, ir mais além na busca da razão.

Indispensável aqui lembrar a lição de RUI BARBOSA (*Oração aos Moços*, ed. Martin Claret, São Paulo, 2003, p. 19) que, retomando lição milenar que veio de ARISTÓTELES sobre o alcance do princípio da igualdade, assim pontificou: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

Tornou-se, pois, cediço na doutrina e na jurisprudência, de todos os países civilizados, que o verdadeiro princípio de isonomia consiste em tratar desigualmente os desiguais para torná-los substancialmente iguais.

Entre nós, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou inúmeras vezes, inclusive já sob a Constituição vigente, admitindo expressa ou implicitamente a constitucionalidade da prisão especial para juízes e membros do Ministério Público, sem que esteja ela a ferir o princípio republicano da igualdade de todos perante a lei (v.g., HC n. 85.431-SP, j. 08-11-05, v.u., 2ª Turma; MC no HC n. 85.431-SP, j. 17-05-05, v.u., 2ª Turma; HC n. 84.301-SP, j. 09-11-04, v.u., 2ª Turma; JSTF-Lex 172/330; HC n. 84.301-SP).

Com efeito, quando as leis conferem a alguns agentes públicos uma forma de prisão especial, em certos casos fazendo-o até mesmo por razões óbvias, não lhes está conferindo “um favor pessoal, inaconselhável e inconstitucional, mas simplesmente instituindo medida acauteladora da liberdade individual, excepcionalmente suspensa, medida duplamente acauteladora do acusado e da Justiça, visando à proteção da garantia consti-

tucional da integridade física e moral do acusado, possibilitando a apuração da verdade e a salvaguarda da própria função, sem influências estranhas e perniciosas” (RHC n. 61.436-1-Supremo Tribunal Federal).

Por isso que, quando a lei confere aos membros do Ministério Público e aos juízes não só a prisão processual especial, como até mesmo o direito ao cumprimento da pena em dependência separada no estabelecimento prisional, nada mais está fazendo do que assegurar a integridade física e moral desses agentes públicos, “o que é de todo justificável, em vista do risco de vinganças ou represálias, se ficarem juntos com aqueles a quem, antes, possam ter processado” (MAZZILLI, *Regime jurídico do Ministério Público*, 6ª ed., Saraiva, 2008, p. 432; ainda no mesmo sentido, defendendo a constitucionalidade da prisão especial, quando justificável, v. MIRABETE, *Código de Processo Penal interpretado*, 5ª ed., Atlas, 1997, notas ao art. 295).

O indispensável, porém, é verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, conferir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Caso contrário, uma discriminação gratuita geraria distorções indevidas, a pretexto de corrigir outras delas.

E esse é o caso da prisão especial para os magistrados e membros do Ministério Público: por razões totalmente inconfundíveis e especiais, existe justificativa racional para concedê-la, sem quebra alguma do princípio isonômico.

5) Daí o PLC n. PLS 151/2009, ainda que buscando a defesa de um princípio constitucional, não vai encontrá-la quando procura instituir ou moldar à força uma falsa igualdade meramente aritmética, que no caso obviamente não existe, e teria como único e real resultado o recrudescimento da barbárie nos presídios.

6) Do exposto, o parecer é no sentido de recomendar a rejeição do PLS 151/2009, o que é de todo necessário para manter-se a simetria entre as carreiras e as respectivas instituições do Ministério Público e da Magistratura, simetria esta querida expressamente pelo legislador constitucional.

**