

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO**

DANDARA ZAPAROLI

**A PRISÃO ESPECIAL PARA DIPLOMADOS FRENTE AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

PASSO FUNDO

2018

Dandara Zaparoli

**A PRISÃO ESPECIAL PARA DIPLOMADOS FRENTE AO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Esp. Rodrigo Graeff.

Passo Fundo

2018

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a prisão especial para diplomados e sua compatibilidade com o princípio constitucional da isonomia. Desta forma, foi feita uma pesquisa sobre os princípios essenciais, que legitimam a prisão no Brasil, discorreu-se brevemente acerca da história do cárcere, em um panorama mundial, diferenciou-se a prisão pena da prisão cautelar e falou-se sobre a prisão especial de um modo geral. Ademais, foi tratado dos aspectos positivistas presentes no Código de Processo Penal, da realidade carcerária brasileira e dos critérios utilizados para criminalizar alguém no país (três fases da criminalização). Por fim, foi analisada a prisão especial para diplomados, considerando os ensinamentos doutrinários e os entendimentos jurisprudenciais, para se chegar a uma efetiva resposta do problema proposto. Concluiu-se, assim, com ênfase na pesquisa, que a benesse da prisão especial para diplomados representa uma afronta ao princípio da isonomia, pois separar pessoas, dentro do cárcere, apartando quem possui diplomação de ensino superior de quem não possui é uma segregação que não se justifica, fazendo uma divisão social injusta, discriminatória e aristocrata dentro da prisão.

Palavras-chave: Prisão Especial. Diplomados. Princípio da Isonomia. Constituição Federal. Código de Processo Penal.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 2 PRINCÍPIOS LEGITIMADORES DA PRISÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO | 6 |
| 2.1 Princípio da Humanidade | 6 |
| 2.2 Princípio da Legalidade | 11 |
| 2.3 Princípio da Isonomia..... | 19 |
| 3 DA PRISÃO..... | 24 |
| 3.1 Breve Histórico..... | 25 |
| 3.2 Tipos de Prisão: Pena e Cautelar | 30 |
| 3.3 Prisão Especial..... | 41 |
| 4 PRISÃO ESPECIAL X PRINCÍPIO DA ISONOMIA..... | 47 |
| 4.1 Aspectos Positivistas do Código de Processo Penal..... | 47 |
| 4.2 Realidade Carcerária | 51 |
| 4.3 As Três Fases da Criminalização..... | 57 |
| 4.4 Prisão Especial para Diplomados na Doutrina e na Jurisprudência..... | 64 |
| 5 CONCLUSÃO | 70 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, *caput*, o princípio da igualdade, dispondo que todos serão tratados da mesma forma perante a lei, sem nenhuma diferenciação. No entanto, muitas vezes, tal igualdade não é verdadeiramente concretizada.

A prisão especial, por sua vez, está disciplinada no artigo 295 do Código de Processo Penal, e consiste, essencialmente, na segregação de um indivíduo em quartel, cela separada na prisão comum ou alojamento coletivo no cárcere, desde que condições existenciais mínimas, em virtude, principalmente, da função ou cargo que essa pessoa exerce ou exerceu, e que tem grande valia para a sociedade, ou em razão do diploma de curso superior que detenha, por qualquer das Faculdades da República.

A prisão especial para diplomados, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, é um benefício muito questionado, especialmente quanto a sua correspondência com o princípio constitucional da isonomia. E é partindo-se de tal premissa que se justifica a realização do presente estudo, que busca chegar a uma efetiva conclusão sobre a prisão especial para quem possui título de curso superior, e principalmente se sua aplicação respeitaria o mandamento constitucional de tratamento igual para todos perante a lei.

Assim, o objetivo principal deste estudo é buscar uma resposta concreta para a discussão acerca da prisão especial para diplomados e sua conformidade com o princípio da constitucional da igualdade, utilizando-se, para tanto, as instruções doutrinárias, a inteligência jurisprudencial, a Constituição Federal e as leis pátrias.

Para isso, desenvolve-se a pesquisa em três capítulos. No primeiro, serão estudados os princípios essenciais, que legitimam e orientam a prisão no Direito Penal Brasileiro, quais sejam os princípios da humanidade, da legalidade e da isonomia, conceituando-os e analisando sua aplicação e importância no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no sistema penal pátrio. Isso para verificar se a prisão, mormente a prisão especial para

diplomados, se adapta a tais princípios, especialmente ao da isonomia, a fim de bem compreender e resolver o problema trazido nesta pesquisa.

No segundo capítulo, se discorrerá sobre a prisão, fazendo-se um breve histórico do encarceramento, em uma perspectiva mundial, desde a antiguidade até os dias atuais. Será tratado, ainda, sobre os tipos de prisão, quais sejam a prisão pena e a prisão cautelar. Por fim, será explanado acerca da prisão especial, em um panorama geral. Assim, se buscará o devido entendimento sobre a pena de prisão, desde as suas origens, bem como assimilar no que consiste e quais são os fundamentos da prisão especial, pois não há como se chegar a uma efetiva conclusão neste trabalho, sem primeiramente entender seu objeto (a prisão, especificamente a especial), do qual decorreu o problema apresentado.

No terceiro capítulo, serão analisados, inicialmente, os aspectos positivistas presentes no Código de Processo Penal. Após, se discorrerá sobre a atual realidade do sistema carcerário brasileiro. Ainda, serão estudadas as três fases da criminalização no Brasil, expondo-se quais são os critérios para criminalizar um indivíduo no país. Desta forma, pretende-se verificar, após a explanação de tais tópicos, que são de suma importância para a análise e resolução do problema da pesquisa, por influenciarem a prisão especial para diplomados, se essa espécie de prisão é realmente compatível com o princípio da igualdade. Assim, se chegará ao último tópico do terceiro capítulo, que analisará o problema trazido nesta pesquisa, qual seja a prisão especial para diplomados, com base na Doutrina e na Jurisprudência.

Portanto, o presente estudo buscará, primeiramente, esclarecer no que consistem os princípios basilares que tornam possível e que devem pautar a prisão no Brasil, inclusive o princípio da isonomia, um dos objetos desta pesquisa, explanando-se sobre vários aspectos da pena privativa de liberdade, situando o leitor no panorama atual do sistema carcerário brasileiro, e ao mesmo tempo e finalmente, analisando-se a legitimidade da prisão especial para diplomados frente ao princípio constitucional da isonomia, demonstrando seus fundamentos sob os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, considerando, ainda, as disposições constitucionais e as previsões das leis pátrias.

2 PRINCÍPIOS LEGITIMADORES DA PRISÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Princípio, como o próprio nome indica, remete a um início, o começo de algo. No Direito, não é diferente. Os princípios são as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro e servem para conhecer, interpretar e bem aplicar o Direito. Ademais, em um panorama voltado ao Direito Penal, os princípios buscam, essencialmente, limitar o poder punitivo estatal, procurando evitar eventuais abusos e arbitrariedades, especialmente por parte do aplicador da norma jurídica.

Partindo-se de tais premissas, serão estudados neste capítulo os princípios da humanidade, da legalidade e da isonomia, por legitimarem a prisão no sistema penal brasileiro e também por pautarem sua execução, com o objetivo de balizar o poder punitivo exercido pelo Estado.

2.1 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade regula uma aplicação racional e proporcional das penas, até porque, seguindo-se a ideia de Zaffaroni, o preso continua sendo pessoa humana no cárcere. A execução de Damiens, na França, em 1757, foi um dos pontos mais baixos da história da humanidade, um espetáculo cruel, que não poderia mais se repetir. (BATISTA, 2001).

O Direito Penal Moderno, de origem iluminista, se orienta pela extrema oposição às penas cruéis, degradantes e desproporcionais, como as penas de morte, as fogueiras, as provas ilegais e as acusações descabidas. As penas devem ser proporcionais e humanas, e sua aplicação deve ter como fim ressocializar o agente, sendo que penas rigorosas, sejam elas físicas ou morais, além de constituir exercício ilegítimo do poder, não contribuem em nada com a finalidade buscada com a aplicação da pena, que é a ressocialização e reeducação do condenado. (BOSCHI, 2014).

O princípio da humanidade é também chamado de princípio da proscrição da crueldade e tem suas principais previsões no artigo 5º, incisos XLVII e XLIII, da Constituição Federal,¹ os quais proíbem as penas perpétuas, as sanções cruéis, as penas de morte e a prática de tortura. (ZAFFARONI et al., 2003).

Assim, a pena de morte e a prisão perpétua encontram seu principal entrave no princípio da humanidade, já que a sanção não pode desconstituir física ou psicologicamente o condenado, nem pode atingir sua dignidade como ser humano. (BITENCOURT, 2014).

A proibição da tortura, das penas cruéis e infamantes, bem como a obrigação que o Estado possui, como detentor do poder punitivo, de oferecer uma boa estrutura nos estabelecimentos prisionais, impedindo quaisquer tipos de danos aos condenados, são também efeitos do princípio da humanidade. (BITENCOURT, 2014).

Inclusive há uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um Recurso Extraordinário, que determinou que o Estado do Mato Grosso do Sul indenizasse um condenado, no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), porque o estabelecimento prisional não atendia aos padrões mínimos de humanidade, conforme determina a lei, considerando a superlotação do presídio, que abrigava muito mais apenados do que sua capacidade permitia, e que seria dever do Estado, detentor do poder punitivo, garantir aos presos condições existenciais mínimas.²

¹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

² Ementa: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de

Conforme Zaffaroni, embora amplamente assegurado pela Lei Maior, o princípio da humanidade é o princípio mais ignorado, não tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, mas principalmente quando sua aplicação depende das agências executivas. (ZAFFARONI et al., 2003).

O regime disciplinar diferenciado, instituído pela Lei 10.792/2003, em seu artigo 52,³ é o exemplo mais recente e notável na legislação brasileira de violação ao princípio da humanidade. Tal regime prevê, especialmente, o

humanidade estabelecidos em lei, bem inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

³ Art. 52 - A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º - O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º - Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

isolamento do preso por 360 (trezentos e sessenta) dias, prorrogável por igual período, em caso de prática de crime doloso, que ocasione transtorno na ordem ou disciplina interna da prisão. Tal previsão é cruel e desumana, promove a destruição física, moral e psicológica do preso, por causa do isolamento prolongado, e viola o objetivo ressocializador da pena, tendo o castigo como único objetivo. (BITENCOURT, 2014).

Veja-se que ainda existem disposições, na legislação penal brasileira, que não são tão antigas, e posteriores à Constituição Federal de 1988, que permitem a violação ao princípio da humanidade e não possibilitam a efetivação do objetivo da pena, que é a ressocialização do apenado. Afinal, não há como ressocializar alguém o mantendo isolado, dentro do cárcere, por um ou até dois anos, em virtude de “conduta subversiva à ordem do estabelecimento prisional”. Tal disposição, evidentemente, tem como objetivo penalizar o condenado, que, aliás, já está sendo punido, pelo crime que cometeu e simplesmente por estar na prisão, utilizando-se de método severo e contrário às garantias constitucionais, que asseguram dignidade ao preso (pessoa humana).

Boschi destaca que a força normativa do princípio da humanidade determina a realização de políticas públicas para a melhoria da situação das penitenciárias brasileiras, para bem garantir a eficácia de tal princípio, oferecendo condições humanas no cárcere, a fim de cumprir a função ressocializadora da pena. (BOSCHI, 2014).

É evidente que a superlotação nos presídios, bem como as condições desumanas a que são submetidos os presos não possuem a capacidade de ressocializar ninguém, por isso a pena de prisão mais contribui para a criminalidade do que a combate. Devem ser oferecidas condições mínimas de higiene e tratamento digno aos presos, que continuam sendo sujeitos de direitos e seres humanos dentro da prisão.

O princípio em comento considera que toda a pena que tenha más consequências é cruel, exemplo disso são aquelas sanções que comprometem a vida do indivíduo para sempre, como a amputação. Assim, os efeitos da pena devem cessar em algum momento, por mais longo que seja, até porque a Constituição Federal proíbe penas perpétuas e o Código Penal, em seu artigo

75⁴, prevê a duração máxima da pena privativa de liberdade em até 30 (trinta) anos, período que já é alto, considerando as disposições de legislações mais atuais. (ZAFFARONI et al., 2003).

O princípio em estudo também prevê que a pena nem sempre é cruel em abstrato, mas em concreto, dependendo da pessoa, por exemplo, sendo que o indivíduo deverá ser absolvido quando as consequências do crime são tão graves que tornam desnecessária a aplicação da pena, conforme dispõe o artigo 121, parágrafo 5º, do Código Penal⁵, como é o caso de um pai que mata o próprio filho, por imprudência sua, em um acidente de trânsito, situação na qual a pena seria mais cruel do que desnecessária. (ZAFFARONI et al., 2003).

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da humanidade está consagrado também no artigo 5º, inciso XLIX⁶, que assegura aos presos a integridade física e moral, e no inciso L⁷, garantindo às mulheres condições para que possam ficar com os filhos durante o período de amamentação. (BOSCHI, 2014).

Ademais, o Brasil aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que garante amplos direitos às pessoas, considerando como tal todo ser humano, proibindo a tortura, as penas cruéis, desumanas ou degradantes, garantindo-se a integridade física, moral e psíquica às pessoas, sendo que os presos deverão ser tratados com a dignidade inerente a toda pessoa humana, e a função da pena deve ser de reformar e ressocializar o condenado. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º,⁸ diz que os Tratados ratificados pelo país integram as normas constitucionais, pelo que devem ser cumpridos. (BOSCHI, 2014).

⁴ Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

⁵ Art. 121 - Matar alguém:

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

⁶ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁷ L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

⁸ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Boschi segue a ideia de Ferrajoli, defendendo a humanidade das penas aliada a um tempo não muito elevado de aplicação, ou seja, conciliar qualidade e quantidade. Assim, cabe ao juiz ter sempre um sentido humano ao aplicar a pena, para que ela realmente cumpra sua função ressocializadora e que não seja somente o “mal retribuindo o mal”. (BOSCHI, 2014).

Pelo que ficou demonstrado neste tópico, o princípio da humanidade busca garantir, especialmente na aplicação da pena e dentro das prisões, que o preso seja tratado como pessoa humana, já que ele não deixa esta condição ao ingressar no cárcere. Deste modo, são proibidas as penas de morte, a tortura, as penas perpétuas, bem como quaisquer sanções que tenham caráter cruel ou degradante. Ainda há resquícios na legislação brasileira de disposições que violam o princípio da humanidade. Pelo menos a Jurisprudência, ao que se vê, está respeitando o referido princípio, determinando que o Estado, detentor do poder punitivo e responsável por garantir as boas condições dos estabelecimentos prisionais, indenize o preso que sofrer, no cárcere, qualquer violação à sua qualidade de pessoa humana.

2.2 Princípio da Legalidade

Segundo Boschi, o princípio da legalidade afirmou-se somente na Magna Carta Inglesa, que proibia a prisão do indivíduo ou a privação de seus bens, exceto se tal ocorresse por um juízo legal ou pela lei do país, e cuja difusão só ocorreu com o Iluminismo. (BOSCHI, 2014).

O princípio da legalidade é definido por Ferrajoli (1997, p. 374, apud BOSCHI, 2014, p. 37 e 38), como sendo:

[...] o primeiro postulado do positivismo jurídico, porque, por meio dele, identificamos o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que só as leis – e não a moral ou outras fontes externas – podem dizer o que é o delito, o princípio da legalidade tornou-se conhecido desde 1813, a partir do enunciado de Anselm Von Feuerbach, o fundador da escola alemã moderna, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina”, nem “pena, sem prévia cominação legal.”

Tal princípio é a base do Estado de Direito, pois dá prévio conhecimento às pessoas de quais condutas são consideradas como crime e suas respectivas penas, bem como dá previsibilidade de intervenção do poder punitivo se os delitos previstos em lei forem praticados. Neste sentido, o artigo XI, 2., da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹ e artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰ (BATISTA, 2001).

Boschi refere que, no Brasil, o referido princípio se fez presente em todas as Constituições, inclusive na atual, de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX¹¹, bem como no artigo 1º do Código Penal¹², disposições quase idênticas, que trazem a lei como única fonte do direito punitivo, sendo que só ela pode criar crimes e penas. (BOSCHI, 2014).

A Constituição Federal não admite que a Doutrina, a Jurisprudência ou o costume sejam capazes de mandar no poder punitivo, sendo que só a lei pode, por meio do Congresso Nacional, responsável por exercer o Poder Legislativo, elaborando, debatendo e aprovando leis. (ZAFFARONI et al., 2003).

O princípio da legalidade controla o poder punitivo estatal, para sua aplicação sem abusos e autoritarismos, pois a intervenção deve ser em *ultima ratio*, ou seja, em último caso, além de proporcional. O princípio em comento não admite exceções e só os regimes totalitários o rejeitaram. Um dos pontos mais importantes deste princípio é a determinação de que a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, que deve definir com precisão e clareza a conduta proibida, para garantir segurança jurídica e evitar eventuais excessos na aplicação da norma. (BITENCOURT, 2014).

Toledo diz que há direitos inerentes à pessoa humana que não necessitam de reconhecimento pelo Estado, detentor do poder punitivo, o que

⁹ Art. XI 2. - Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

¹⁰ Art. 9º - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

¹¹ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹² Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

não o impede, no entanto, de estabelecer limitações, sendo que o que a lei não proibir, considera-se como sendo permitido. (TOLEDO, 1994).

Então, o princípio da legalidade é o ponto de partida do positivismo jurídico, ou seja, do Direito baseado no que está escrito, pois somente a lei pode definir o delito e a respectiva sanção, sendo que quando da ocorrência do fato já deve haver uma lei que o defina como crime e estabeleça a respectiva punição, em virtude da segurança jurídica, principal objetivo do princípio em comento, bem como para evitar entendimentos judiciais diversos sobre o mesmo dispositivo legal, além de buscar coibir eventuais abusos ou arbitrariedades por parte do aplicador da norma.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência¹³, na qual o núcleo do tipo do crime de exploração sexual, conforme o artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴, que se utiliza do verbo “submeter” (criança ou adolescente à exploração sexual ou prostituição), não ficou caracterizado. No caso, a vítima não era submetida à exploração sexual, mediante ameaça realizada por alguma pessoa ou de qualquer modo, sendo que se tratava de cliente ocasional da vítima e a relação era consentida, motivo pelo qual o comportamento não corresponde à definição legal, já que não houve qualquer tipo de submissão no caso concreto, tendo o princípio da legalidade como premissa, culminando no improvimento do recurso.

¹³ Ementa: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 244-A DA LEI N. 8.069/90. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES. CLIENTE OCASIONAL. NÚCLEO DO TIPO NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e de adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, exige o tipo penal a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, nesse limite se compreendendo necessária relação de poder sobre a adolescente, na família, empresa ou mediante ameaça por qualquer modo realizada. 2. Esta Corte Superior possui compreensão de que o crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de exploração sexual nos termos da definição legal. Precedentes. 3. Inobstante o relevante critério de proteção ao adolescente, dominante na formação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da legalidade não permite ampliar a compreensão da elementar submissão (com necessário poder sobre outrem) para abranger a conduta ocasional e consentida. 4. Recurso improvido.

¹⁴ Art. 244-A - Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2o desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Pena – reclusão de quatro a dez anos e multa, além da perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé.

Segundo Boschi, “A concepção original do princípio da legalidade acabou sendo modificada para, como gênero, desdobrar-se em três outros princípios: o da reserva legal, o da irretroatividade e o da enunciação taxativa.” (BOSCHI, 2014, p. 38).

A reserva legal diz que a regulação de certas matérias deve ser por lei formal, de acordo com a Constituição Federal. Nesse sentido, o artigo 22, I, da Carta Magna¹⁵, dispendo que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. (BITENCOURT, 2014).

Dessa forma, a reserva legal traz a dependência entre o crime e os tipos penais, pois só é crime o que a lei considera como tal. Boschi ainda diz que a criminalização deve ser sempre precedida de muita prudência, não devendo ser aplicada “à toa”, até para não ferir o princípio da mínima intervenção possível do Direito Penal, que só deverá atuar em *ultima ratio*. (BOSCHI, 2014).

O outro desdobramento do princípio da legalidade é o da proibição da retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu, em virtude da segurança jurídica. Então, a lei penal projeta seus efeitos apenas para o futuro, ou seja, para fatos ocorridos após a sua promulgação. (BOSCHI, 2014).

A última vertente do princípio da legalidade é a enunciação taxativa, que, segundo Luisi (1991, p. 18, apud BOSCHI, 2014, p. 41):

expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo tempo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.

No entanto, os conceitos normativos gerais são necessários, para melhor adequar a norma ao comportamento do agente no caso concreto. Mas

¹⁵ Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

não se pode exagerar no uso das normas gerais, pois não descrevem com precisão as condutas proibidas. (BITENCOURT, 2014).

Ainda nesse sentido Boschi exemplifica um tipo aberto utilizado pelo legislador brasileiro, que é o artigo 311 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁶, que tipifica como crime conduzir veículo em “velocidade incompatível”, onde haja “grande movimentação ou concentração de pessoas”. (BOSCHI, 2014).

No referido exemplo, verifica-se que as expressões “velocidade incompatível” e “grande movimentação ou concentração de pessoas” dão margem para a subjetividade do aplicador da lei, sendo disposição muito geral, que não prevê, com clareza, em quais situações a norma será aplicada e os limites de sua aplicação, indo de encontro com o princípio da enunciação taxativa.

Há muita discussão na Doutrina sobre as leis penais em branco, que se limitam a estabelecer uma cominação, enquanto outra lei complementa a ação proibida. Assim, o legislador penal transfere sua função ao Poder Executivo, o que é inconstitucional, pois abre as portas para a analogia e para a aplicação retroativa da lei. Não se pode dizer que há um tipo penal, se só foi estabelecida a pena, sem determinar a ação típica. (ZAFFARONI et al., 2003).

As leis penais em branco impróprias, de outro canto, podem ser consideradas constitucionais, porque remetem a outra norma nascida da mesma fonte, que pode ser outra disposição da própria lei ou previsão distinta de lei da mesma hierarquia ou de hierarquia superior. (ZAFFARONI et al., 2003).

Assim, necessários os princípios para interpretar e bem aplicar a lei, especialmente o princípio da legalidade, que é premissa para os demais, pois primeiro devem ser estabelecidos os crimes e as penas, pela lei, para que depois haja os demais princípios, regulando a aplicação da norma.

¹⁶ Art. 311 - Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

A importância dos princípios se dá, inclusive, em situações nas quais a lei não prevê solução para um caso concreto, as chamadas lacunas na lei, caso em que poderão ser usados os princípios para solucionar a situação. (BOSCHI, 2014).

O princípio da legalidade tem quatro funções, a fim de atender à função garantidora da lei. Tais desdobramentos foram inspirados nas ideias do professor alemão Feuerbach, que apesar de não constar em suas obras a fórmula pronta do “*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*” (não há crime, nem pena sem lei prévia), criou a “*Nulla Poena Sine Lege*” (não há pena sem lei), “*Nullum Crimen Sine Poena Legali*” (não há crime sem pena legal) e “*Nulla Poena (Legalis) Sine Crimine*” (não há pena (legal) sem crime). (BATISTA, 2001).

O *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia* (não há crime, nem pena sem lei prévia) é o primeiro desdobramento do princípio da legalidade, que consiste, segundo Toledo, no fato de que “a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir”. (TOLEDO, p. 29, 1994).

Então, quando o fato ocorrer já deve ter uma lei que o considere crime e estabeleça a respectiva sanção, em virtude da segurança jurídica, tendo o agente a previsibilidade de que, se cometer o crime, poderá ser punido, sabendo qual a sanção que deverá cumprir por sua conduta faltosa, pois, pela lei, ela é considerada crime.

Tal função do princípio da legalidade busca proibir a retroatividade da lei, que só pode ocorrer se beneficiar o réu. É a função “histórica” do princípio em comento, que surgiu como reação contra as leis criadas depois do fato e aplicadas a ele. O Tribunal de Nuremberg, na Alemanha, por exemplo, violou o referido princípio, sob o prisma da irretroatividade da lei penal, pois se constituiu logo após a Segunda Guerra Mundial, de forma inédita, para julgar os nazistas por crimes de guerra e contra a humanidade cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. (BATISTA, 2001).

Nesse sentido, sabe-se que o Brasil não admite os chamados tribunais de exceção, ou seja, tribunais criados após o fato, especialmente para o seu

juízo, não poderão fazê-lo, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVII.¹⁷

O segundo desdobramento do princípio abordado é o *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Scripta* (não há crime, nem pena sem lei escrita), que consiste na proibição de fundamentar ou agravar a punibilidade, pelo Direito Costumey, ou seja, pelos costumes. (TOLEDO, 1994).

O costume é a consciência de um povo em certo momento histórico, mas só a lei, aprovada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas e, conseqüentemente, fundamentar ou agravar a punibilidade, pois seria muito simplista poder agravar ou fundamentar punição, com base na ideologia de certa população em certo período. (BATISTA, 2001).

Mas isso não deve servir de argumento para dizer que o Direito Consuetudinário está abolido do sistema penal, até porque os costumes constituem importante fonte do Direito Penal, mas quando beneficiarem o réu, como no caso de atenuação da pena, não ferindo, assim, o princípio da legalidade. (TOLEDO, 1994).

Por sua vez, o *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Stricta* (não há crime, nem pena sem lei estrita) consiste na proibição do agravamento ou fundamentação da punibilidade, por analogia, ou seja, a aplicação da mesma lei para casos semelhantes, por não haver norma regulamentando ambas as situações. (TOLEDO, 1994).

A analogia é utilizada para suprir uma lacuna na lei, por não haver norma legal específica, baseando-se na semelhança entre as situações, motivo pelo qual também não pode servir para agravar ou fundamentar a punibilidade do réu, já que esta é função específica da lei, com base no princípio da legalidade.

A analogia era muito utilizada no Direito Nazista. Na Doutrina brasileira é unânime a inaplicabilidade da analogia para agravar ou fundamentar a punibilidade, pois é função exclusiva da lei prever a conduta proibida, suas agravantes e sua respectiva sanção. Também não há como a analogia

¹⁷ XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

embasar uma fundamentação sobre a punibilidade, pois a lógica é insuficiente para justificar a aplicação da analogia nestes casos. (BATISTA, 2001).

Deve-se entender que cada caso é um caso e a semelhança entre duas situações não é razão suficiente para agravar ou fundamentar a punibilidade de alguém, até porque ninguém tem culpa se o ordenamento jurídico não editou lei regulamentando a situação, não podendo arcar com punição mais severa por causa disso.

A analogia pode ser aplicada de um Código para outro e de um ramo do Direito para outro. Pode, ainda, ser *in malam partem* ou *in bonam partem*. A primeira consiste em agravar a situação do acusado, fundamentando a aplicação ou agravação da pena em um caso concreto não previsto em lei, mas semelhante a um previsto, o que, como já visto, não é possível no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto a segunda trata de beneficiar o acusado, fundamentando a diminuição ou não aplicação da pena, em semelhantes situações, o que pode ocorrer no sistema penal brasileiro, como também pode acontecer com os costumes, desde que seja mais benéfico ao réu. (TOLEDO, 1994).

Por fim, o *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Certa* (não há crime, nem pena sem lei certa), segundo Toledo é “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas, nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”. (TOLEDO, 1994, p. 29).

Conforme Nilo Batista, a lei genérica, vazia ou com previsões indeterminadas ou de duplo sentido equivale a nada prever, dando margem ao subjetivismo, tanto do juiz (na aplicação da lei, pois é imprecisa), quanto das pessoas (que não sabem exatamente a conduta correta a seguir e os limites do seu comportamento, que é livre até que a lei não proíba alguma conduta, não se tendo certeza se é proibido ou não e até que ponto, pois a lei não dispõe com clareza o comportamento proibido), podendo se instaurar, assim, a insegurança jurídica e o livre arbítrio judicial. (BATISTA, 2001).

Logo, a lei não pode, em sua redação, deixar margem a entendimentos diversos e contraditórios, usando expressões muito gerais, ambíguas, ou não

sendo clara, em nome da segurança jurídica, para evitar abusos e subjetivismos, e bem cumprir a função da lei como determinadora dos crimes e penas, dispondo com precisão suas previsões.

Por fim, a lei penal, para que possa bem desempenhar seu mister e motivar o bom comportamento humano, deve ser acessível a todos, não só aos operadores do Direito, já que as pessoas precisam ter acesso a uma linguagem clara para entender a lei e saber que se praticarem aquela conduta poderão ser punidas e qual a sanção a ser aplicada. (TOLEDO, 1994).

Foi discorrido neste tópico, então, sobre o princípio da legalidade, em suas várias facetas, sendo que o mais importante a ser destacado é que apenas a lei pode definir um fato, que se praticado constitui crime, e sua respectiva sanção. Quando o fato for praticado já deve haver essa lei que o estabeleça como delito e preveja a pena cabível, de forma clara e precisa, a fim de bem garantir a segurança jurídica e evitar excessos e subjetivismos, garantindo, assim, a plena efetivação do Direito e, sobretudo, da justiça.

2.3 Princípio da Isonomia

Primeiramente, registre-se que os princípios legitimadores do poder punitivo estatal não possuem aplicação absoluta, até porque, se aplicados estritamente, levariam à extinção da pena, seguindo-se a ideia de Naucke. Os princípios também não podem ser enumerados de forma exaustiva, pois vão se renovando, conforme surgem novos conflitos e discursos. (ZAFFARONI et al., 2003).

Ressalte-se, ainda, que conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁸, o juiz é obrigado a decidir o caso, e se a lei não apresentar solução deverá ele se socorrer por meio de outras fontes, dentre elas os princípios, assegurando, assim, a supremacia do Direito. Ademais, os princípios são dotados de força normativa, ou seja, são considerados uma espécie de norma, já que formam a base de todo o ordenamento jurídico. (BOSCHI, 2014).

¹⁸ Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Pode-se dizer que a Constituição Federal Brasileira é o suporte do Direito Penal, pois nela estão contidos princípios fundamentais que devem ser observados por todos os ramos do Direito, é o caso, por exemplo, do princípio da isonomia, o qual, ainda que não seja uma norma constitucional penal, é um princípio constitucional muito influente no ramo do Direito Penal. (LIMA, 2012).

A isonomia está consagrada na Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, *caput*,¹⁹ que garante aos brasileiros e estrangeiros que estão no país o direito à igualdade diante da lei, não se admitindo qualquer discriminação. Nesse mesmo sentido, o artigo 19, III, da Constituição Federal²⁰, dispõe que os entes da federação não poderão promover nenhuma distinção entre brasileiros ou ofertar privilégios a alguns deles.

Há uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²¹, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Presidente da República contra o Estado de Santa Catarina, na qual o Estado discriminou alguns, dando privilégios a outros, pois criou uma lei isentando do pagamento de pedágio veículos emplacados em municípios do Estado, em que foram instalados pedágios de rodovias federais. A lei criada pelo Estado foi declarada inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, e até porque não cabe ao Estado legislar sobre o assunto, e sim à União, conforme determinação constitucional.

¹⁹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

²⁰ Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

²¹ Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL 14.824/2009 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ISENÇÃO DA TARIFA DE PEDÁGIO EM RODOVIAS FEDERAIS DO ESTADO PARA VEÍCULOS EMPLACADOS EM MUNICÍPIOS DETERMINADOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 19, III, 37, XXI, E 175, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. 1. Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, *caput*, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. A lei impugnada tem o claro propósito de conferir tratamento mais favorável a veículos emplacados em Municípios catarinenses em que instaladas praças de pedágio das rodovias federais BR-101 e BR-116, estando em desacordo com o art. 19, III, do texto constitucional. 2. A lei catarinense interferiu em política tarifária de serviço explorado pela União, em afronta ao pacto federativo e à competência da União para legislar sobre o tema (art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal). Precedentes desta CORTE. 3. Ao isentar determinados veículos do pagamento do pedágio em rodovias federais, a lei catarinense afetou o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de exploração de rodovias federais, contrariando o art. 37, XXI, da Carta Constitucional. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente.

Segundo Boschi, o princípio da igualdade possui três acepções, quais sejam a igualdade das pessoas (quanto ao fato de que as pessoas não são iguais), a igualdade das pessoas perante a lei (diz respeito ao fato de que ninguém está acima da lei e que ela aplica-se para todos) e a igualdade das pessoas na lei (no sentido de que, na lei, o legislador não pode promover desigualdades). (BOSCHI, 2014).

Sobre a igualdade das pessoas, Boschi diz o seguinte:

A pergunta é: as pessoas são iguais? A resposta negativa é óbvia, sendo suficiente lembrar que todos os indivíduos pensam, valoram, têm expectativas e se comportam no dia a dia ao seu modo próprio. São genética, física e esteticamente singulares, crescem e se desenvolvem em ambientes culturais bem específicos, estão mais ou menos abertos ao mundo, etc., de modo que cada um é um, não havendo dois iguais. (BOSCHI, 2014, p. 42).

Então, a igualdade das pessoas diz respeito ao fato de que não se pode exigir que as pessoas sejam iguais, até porque isso seria impossível, já que os indivíduos são física e intelectualmente diferentes, podendo ser parecidos em certas características, mas, obviamente, nunca serão totalmente iguais.

Boschi conclui, então, que a regra geral é a diferença, e não a igualdade. Diz, ainda, que é dever do Estado defender e respeitar os desiguais, até porque não seria democrático e iria contra a sua própria razão de ser querer tornar todos iguais. (BOSCHI, 2014).

No mesmo sentido, Roxin (ROXIN, 1997, p. 808, apud BOSCHI, 2014, p. 44), afirma que:

Quando o ordenamento jurídico parte da idéia de igualdade de todas as pessoas, não pretende propor a máxima absurda de que todas as pessoas sejam realmente iguais, senão ordena que os homens devam receber da lei um tratamento igual.

Assim, a igualdade das pessoas perante a lei, por sua vez, significa dizer que, embora as pessoas sejam diferentes, serão consideradas sempre iguais diante da lei, que não poderá fazer distinção alguma em relação aos indivíduos. Logo, a lei se aplica a todos, indistintamente, e ninguém está acima dela. (BOSCHI, 2014).

Deste modo, cada fato será tratado como um fato isolado, também por ser todo acusado diferente do outro, sob diversas perspectivas, justificando,

assim, a individualização da pena (artigo 5º, XLVI, Constituição Federal)²², que concilia igualdades e diferenças, o que explica, ainda, sentenças distintas para fatos tipificados no mesmo tipo penal, em virtude da diferença entre os agentes. (BOSCHI, 2014).

Nesse sentido, há uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²³, que não proveu um Agravo Regimental, em que um acusado por tráfico de drogas foi solto, pois foi preso preventivamente anteriormente, respondeu à ação penal e foi condenado. Mas outro acusado, paciente do Habeas Corpus, objeto do Agravo Regimental, estava foragido e ficou nesta condição até ser preso pela polícia em abordagem, motivo pelo qual foi decretada sua prisão preventiva, pelo risco de fuga, o que não fere o princípio da isonomia, dada a diferença das situações e dos agentes, embora tenham praticado juntos o mesmo crime.

Assim, de modo algum se poderia punir , da mesma forma , infrações graves e infrações menos graves , pois haveria desordem na pirâmide de valores e comportamentos sociais, bem como quebra da lógica de aplicação da pena. (LIMA, 2012).

Há um dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que prevê o regime integralmente fechado, para quem cometa esta espécie de crime , o que realmente viola o princípio constitucional da igualdade , por isso há muito deveria ter sido considerado inconstitucional, algo que só aconteceu a partir do julgamento de um Habeas Corpus em 2006 pelo Supremo Tribunal Federal ,

²² XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

²³ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PEDIDO DE EXTENSÃO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL COM O RÉU SOLTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na fuga do distrito da culpa, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. Não há que se falar em violação ao princípio da isonomia em relação ao acusado solto, uma vez que esse foi preso e respondeu a ação penal que resultou em sua condenação, ao passo que o paciente encontrava-se foragido e permaneceu nesta condição até 10/10/2017, quando foi preso em abordagem de rotina de autoridade policial . 3. Agravo regimental improvido.

motivando a edição da Lei nº 11.464/2007, que estipulou um regime inicialmente fechado para quem cometeu estes crimes. (RODRIGUES, 2012).

Assim sendo, os autores de crimes considerados hediondos, ou a eles equiparados pela Lei nº 8.072/90, passaram a ter a possibilidade de progredir gradativamente de regime, de acordo com seu comportamento durante o cumprimento da pena, conforme as regras previstas na Lei nº 11.464/2007, que, além de possibilitar a progressão, estipulou novas determinações para tanto. (RODRIGUES, 2012).

Por fim, a igualdade das pessoas na lei se refere ao fato de que as pessoas são diferentes, mas isso não autoriza a lei a privilegiar apenas algumas. O Legislador, na elaboração da lei, não pode promover qualquer discriminação entre as pessoas. (BOSCHI, 2014).

Boschi exemplifica um dispositivo legal ofensivo ao princípio da igualdade na Lei 9.249/95 que prevê a extinção da punibilidade para crime de sonegação fiscal, se o agente efetuar o pagamento antes da ação penal, o que não é cabível a outros agentes de delitos patrimoniais, como o furto, cujo bem tutelado é o mesmo, e ainda que a coisa seja devolvida ou que o transgressor tenha indenizado a vítima. Logo, há discriminação na lei, pois privilegia os agentes de certos delitos em detrimento dos transgressores responsáveis pelo cometimento de outros tipos de crimes, cujos bens jurídicos tutelados são os mesmos. (BOSCHI, 2014).

Há situações peculiares que não são, no entanto, inconstitucionais, como é o caso do artigo 227 da Constituição Federal²⁴, que dispõe sobre o tratamento preferencial à criança e ao adolescente, pois o Estado busca, nessas situações, reduzir ou até eliminar desigualdades, inclusive de oportunidades, o que não constitui nenhum tipo de privilégio, até porque a Constituição assegura o dever de apoio a essas pessoas, protegendo-as por estarem em condições de desigualdade perante os demais, até pela vulnerabilidade própria de sua idade, para assegurar a efetiva igualdade. (BOSCHI, 2014).

²⁴ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O exemplo mencionado se trata de igualdade material. Neste sentido cabe diferenciar a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal se dá perante a lei, ou seja, visa subordinar todas as pessoas aos ditames da legislação, independentemente de qualquer característica de tais pessoas. Já a igualdade material consiste em igualar as pessoas, que são desiguais, considerando suas desigualdades. Então esse tipo de igualdade observa a realidade social e realmente concretiza a isonomia, buscando dar as mesmas condições para as pessoas, mesmo que para isso tenha que tratá-las de forma diferente, até porque certos indivíduos já estão em situação de desigualdade, por algum motivo, como é o caso do exemplo dado anteriormente (artigo 227 da Constituição Federal).

Neste tópico foi tratado sobre o princípio da igualdade, que consiste, basicamente, em entender que as pessoas nunca serão iguais, sempre terão um aspecto que as diferencia, sendo impossível haver duas pessoas idênticas. A isonomia também ocorre na lei, isto é, nas previsões legais, que não podem dispor de forma a discriminar as pessoas, bem como perante a lei, ou seja, a lei se aplica a todos, sem distinção alguma, e ninguém nunca estará acima dela.

No próximo capítulo será tratado sobre a prisão, fazendo-se um breve histórico do encarceramento no mundo, diferenciando-se a prisão como pena da prisão cautelar e falando sobre a prisão especial, em um panorama geral, para que, posteriormente, se possa discutir e chegar a uma efetiva conclusão sobre o problema que o presente estudo apresenta.

3 DA PRISÃO

Para o bom desenvolvimento e devida compreensão desta pesquisa, é necessário falar sobre a prisão, começando por sua história, em um panorama mundial, pois o cárcere, inicialmente, assumia outras funções, tendo se tornado uma pena somente no século XVIII.

Ainda, relevante se diferenciar a prisão pena da prisão cautelar, bem como explicar acerca do Sistema Misto, adotado pelo Brasil para justificar a aplicação da pena e definir sua finalidade. Por fim, será tratado sobre a prisão

especial, em uma perspectiva geral, pois entender no que consiste esse tipo de prisão e quais são os seus fundamentos é decisivo para que se possa chegar a uma conclusão efetiva sobre o problema trazido no presente trabalho.

3.1 Breve Histórico

Inicialmente, a reação aos delitos assumia um papel de vingança coletiva contra quem havia infringido a regra social, sendo que as penas eram corporais e tão cruéis que chegavam a ser mais repugnantes do que o próprio delito que as originou. (LOPES JR., 2014).

A privação de liberdade existe desde a Idade Antiga, mas tanto na Antiguidade, quanto na Idade Média, não possuía a natureza de pena, sendo que a prisão servia somente como local de custódia, onde o réu aguardava seu julgamento, que normalmente culminava em uma sanção corporal ou em sua execução. (LOPES JR., 2014).

Bitencourt considera a prisão como uma “[...] exigência amarga, mas imprescindível.” (BITENCOURT, 2004, p. 1). Diz, ainda, que o histórico da prisão tem a ver com a sua transformação ao longo dos anos, sendo que sua origem é muito antiga, tanto quanto é a humanidade, apresentando-se muitas contradições em relação à sua história, especialmente divergências de ordem cronológica, pelo que é mais fácil, para compreendê-la, se ater aos períodos da biografia humana. (BITENCOURT, 2004).

Na Antiguidade, até fins do século XVIII, a prisão tinha condições subumanas e servia apenas para conter e “guardar os acusados”, preservando-os fisicamente, até o seu julgamento ou execução. Durante esse período as penas consistiam em trabalhos forçados, sanções corporais e injuriosas e penas de morte. Também se usava da tortura para descobrir a verdade dos fatos. Logo, a prisão não era uma sanção, mas um compartimento precedente dos sofrimentos. (BITENCOURT, 2004).

A prisão na Idade Antiga era nos piores lugares possíveis, como calabouços ou conventos abandonados, sendo locais bem diferentes um do outro, pois na época não havia um modelo padrão de estabelecimento prisional. Os romanos, grandes influenciadores do Direito Civil, no Direito Penal

foram insignificantes, pois só conheceram a prisão com o fim de custódia. A Grécia também conheceu a prisão apenas como local de custódia, para que ninguém fugisse de sua pena. O Direito Germânico, da mesma forma, não conheceu a prisão como pena, pois aplicava apenas sanções corporais e penas de morte. (BITENCOURT, 2004).

Verifica-se que o corpo do indivíduo era o alvo da repressão penal e a punição era um espetáculo público, para intimidar a população, a fim de combater a prática de crimes. O banimento (exclusão do indivíduo do meio social, o que, na época, era algo horrível) e a multa (normalmente utilizada como sanção acessória de uma pena corporal bárbara) eram as sanções mais aplicadas. (FOUCAULT, 2009).

Na Idade Média, a prisão continuou servindo apenas como local de custódia. Havia predomínio do Direito Germânico, então as penas eram cruéis, envolvendo sanções como a amputação de braços, pernas e língua do condenado, além de mutilações diversas e da pena de morte, todas as sanções apresentadas em um espetáculo público. (BITENCOURT, 2004).

As sanções eram impostas pelos governantes, que as aplicavam de acordo com a classe social do réu, sendo que as penas poderiam ser substituídas por dinheiro ou metal e a privação da liberdade era aplicada para os delitos não tão graves, enquanto a pena de morte ou as mutilações eram executadas em crimes mais graves. O Direito da Idade Média foi corrompido, em virtude de erros judiciários e delitos dos juízes para obter provas do crime. (BITENCOURT, 2004).

Os costumes do local, a natureza do delito e a pessoa do criminoso eram os critérios usados para a escolha da pena a ser aplicada, que muitas vezes vinha com uma sanção acessória, de menor, igual ou maior gravidade. (FOUCAULT, 2009).

Na época surgiram a prisão de Estado e a prisão Eclesiástica. Na primeira eram recolhidos os inimigos do poder, a qual se dividia em prisão-custódia, em que o acusado esperava a execução de sua pena (de morte ou mutilações), ou em detenção, quer fosse ela perpétua, quer fosse temporal, ou até o réu receber o perdão do rei. Já a prisão Eclesiástica destinava-se aos sacerdotes rebeldes, para penitência e meditação, a fim de que se arrependessem do mal causado e para corrigi-los. (BITENCOURT, 2004).

Na Idade Moderna, séculos XVI e XVII, as penas predominantes continuavam a ser a pena de morte e as sanções corporais, estas últimas que envolviam mutilações no corpo do condenado, atos injuriosos contra ele, além de tortura e barbárie. (LOPES JR., 2014).

Veja-se que desde a Antiguidade até a Idade Moderna (séculos XVI e XVII) as penas utilizadas eram basicamente as mesmas, sendo a pena de morte muito usada, além das sanções que recaiam sempre sobre o corpo do condenado, ocorrendo de diversas formas, como com os trabalhos forçados, a tortura para se extrair a “verdade”, além de sanções cruéis e degradantes, consistindo em mutilar, de alguma forma, o físico do réu. Assim, nesse período, observa-se que a privação da liberdade resultava na morte ou na aplicação de uma sanção brutal, com o único fim de castigar o transgressor.

No entanto, na Idade Moderna, a pobreza começou a se estender pela Europa, por causa das guerras, e as pessoas subsistiam de esmolas ou de roubos, pelo que foram tentadas várias respostas penais, que falharam. A pena de morte não era mais viável, pois se tratava de muita gente que deveria ser punida. (BITENCOURT, 2004).

Mas já na segunda metade do século XVI iniciou-se o desenvolvimento da privação de liberdade como pena, criando-se prisões para correção dos apenados, por meio do trabalho e da disciplina, bem como para prevenção, desestimulando a população para a prática de crimes, e até para que o preso pudesse alcançar algum benefício econômico, diante da pobreza predominante no período. O trabalho prevalecente na época era o têxtil e as instituições de correção eram destinadas à pequena delinquência, pois para os crimes mais graves se aplicavam outras penas, como os açoites, mas já se dava o início da pena privativa de liberdade. Buscava-se educar os presos, nas instituições, por meio do trabalho contínuo, do castigo corporal e dos ensinamentos religiosos. (BITENCOURT, 2004).

Logo, o Direito Canônico influenciou muito o surgimento da prisão moderna, tanto que a expressão “penitência”, própria da Igreja, deu origem à palavra “penitenciária”, que é a prisão. O Direito Canônico considerava o crime como um pecado contra as leis dos homens e de Deus, até o século XVIII, e as ideias da Igreja passaram para o direito punitivo, a fim de corrigir o criminoso. (BITENCOURT, 2004).

Aury diz que foi no século XVII que a pena corporal começou a ser questionada, por não se mostrar eficaz diante do aumento da prática de crimes. Foi então que a Europa, na segunda metade do século XVII, influenciada pelo sistema capitalista, construiu prisões para correção dos condenados, por meio do trabalho útil e produtivo, o que ajudou muito no desenvolvimento da pena privativa de liberdade. (LOPES JR., 2014).

Nesse sentido, a prisão consistia em uma espécie de indústria, pois os apenados eram disciplinados para, obrigatoriamente, produzirem trabalho útil no cárcere, necessário ao funcionamento do sistema capitalista que estava sendo implantado, buscando, igualmente, combater o ócio. Assim, o cárcere era comparado à fábrica, pois exigia dos apenados trabalho e disciplina, visando adestrar os presos, tornando-os meros operários de fábricas. (MELOSSI e PAVARINI, 2010).

Então, para Melossi e Pavarini, a prisão como pena surge quando se estabelecem as casas de correção na Holanda e na Inglaterra, visando submeter os detentos ao regime dominante, que era o capitalismo, servindo como instrumento de dominação política, econômica e ideológica, buscando a primazia de uma classe sobre as outras. (BITENCOURT, 2004).

Igualmente, para Foucault, a prisão como pena se constituiu fora do Poder Judiciário, quando se repartiam os indivíduos, para o trabalho, nas prisões corretivas, com o fim de disciplinar os apenados e torná-los úteis, com a influência capitalista da época. (FOUCAULT, 2009).

Em meados do século XVIII, a legislação criminal na Europa fez com que vários pensadores expusessem suas idéias, em nome da razão e da humanidade. Cesare Beccaria dizia que era melhor prevenir o crime do que castigar os criminosos. Jeremy Bentham considerava que a pena tinha como principal objetivo prevenir delitos semelhantes, e fez o panóptico, desenho de como a prisão deveria ser, para resolver os problemas de segurança e controlar o estabelecimento, permitindo ao inspetor ver todas as celas, sem ser visto pelos presos. O panóptico teve muitas críticas, Foucault, por exemplo, disse que a prisão, como consta no panóptico, não tem um propósito reabilitador, mas de dominação. Melossi e Pavarini, por sua vez, disseram que o estabelecimento prisional, conforme desenhado por Bentham, é uma intimidação aos presos. (BITENCOURT, 2004).

A partir da segunda metade do século XVIII, as pessoas já protestavam em todos os lugares contra os suplícios, ou seja, contra as penas corporais dolorosas, pois traduziam apenas a vingança, o excesso e o poder/prazer em torturar. (FOUCAULT, 2009).

O sofrimento físico não era mais o grande instrumento para punir. Isso porque o que deveria haver era a certeza da punição aos homens, não necessitando ser ela um espetáculo público, bastando atingir a vida do indivíduo, de forma instantânea, sem usar a tortura como instrumento. A pena passou a ser aplicada com mais seriedade, atingindo bens e direitos do transgressor. (FOUCAULT, 2009).

As penas foram suavizadas, com respeito à condição do criminoso como ser humano, buscando punir melhor, ao invés de punir mais, aplicando a sanção em defesa da sociedade, equilibrando o delito cometido com a pena aplicada, não para reparar o mal causado, mas para evitar a prática de mal futuro, levando-se em conta, ainda, as características de cada criminoso para aplicação da sanção, o que veio a se tornar a individualização da pena. (FOUCAULT, 2009).

As causas principais para o surgimento da prisão foram a valorização da liberdade e da racionalidade, a partir do século XVI, a substituição da publicidade dos castigos pela vergonha do acusado, bem como, e principalmente, as mudanças socioeconômicas com a passagem da Idade Média para a Moderna, com muitos pobres surgindo, que cometiam delitos ou mendigavam para sobreviver, e a pena de morte não respondia mais aos anseios da justiça. Assim, houve a mudança da prisão-custódia para a prisão-pena. Logo, a prisão não surgiu como uma ideia humana de transformar e melhorar os delinquentes, mas em virtude dos acontecimentos da época. (BITENCOURT, 2004).

Então, somente no século XVIII a privação de liberdade se tornou uma pena realmente, quando, com a evolução social, surgiu o sistema de composição, que consistia no pagamento de um valor aos familiares da vítima, o que foi assumido pelo Estado, que passou a exercer o poder de penar, considerando o crime como uma transgressão da ordem social e jurídica e a pena como uma reação do Estado contra o indivíduo infrator. (LOPES JR., 2014).

Bitencourt defende que as penas privativas de liberdade deveriam ser apenas para penas mais duradouras, criminosos de alta periculosidade e de difícil recuperação. Logo, a pena privativa de liberdade deveria ser aplicada só quando extremamente necessária. Diz que o problema da prisão é ela mesma, pois denigra e embrutece o apenado, sendo que pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar a falência da pena de prisão, que ao invés de corrigir o apenado, o doutrina na carreira do crime. (BITENCOURT, 2004).

A ideia de Bitencourt é muito adequada, especialmente para ser aplicada no momento atual, em que os estabelecimentos penais brasileiros estão superlotados, sendo que as más condições e as brutalidades que ocorrem nas prisões poderiam ser reduzidas se elas recolhessem apenas os indivíduos que têm capacidade de comportar, selecionando, assim, para ficarem no cárcere, só os indivíduos que realmente necessitam ser recolhidos, por sua periculosidade, por exemplo.

Desde o início do XIX, a pena privativa de liberdade passou a ser a sanção principal aplicada ao criminoso, buscando corrigi-lo e melhorar seu comportamento pela privação da liberdade, o que foi inspirado na prisão canônica, pois buscava despertar no indivíduo o arrependimento pelo delito cometido, buscando o melhoramento do apenado, e não apenas castigá-lo, nascendo, assim, o processo penal, que faz o caminho necessário entre o delito e a aplicação da pena. (LOPES JR., 2014).

Discorreu-se, assim, de forma breve, sobre a história da prisão e como ela se transformou de castigo em uma verdadeira pena, em virtude dos acontecimentos que se verificaram no corpo social. Considerou-se o cárcere, em uma perspectiva mundial, analisando-se suas características e objetivos, desde a Antiguidade até os dias atuais, em que é a principal pena aplicada aos transgressores no Brasil.

3.2 Tipos de Prisão: Pena e Cautelar

A presunção de inocência é garantia assegurada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII²⁵, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo o princípio essencial do processo penal, pois busca proteger os inocentes, mesmo que para isso algum culpado fique impune. (LOPES JR., 2014).

Então, sempre se partirá da premissa de que o réu é inocente, e como tal deverá ser tratado. Esse tratamento se dá em duas dimensões, quais sejam na dimensão interna e na dimensão externa. Na dimensão interna, o tratamento de inocente ao réu ocorre dentro do processo, no qual o juiz deve determinar a produção probatória pela acusação, pois se a ideia inicial é a de que o réu é inocente, ele não tem o dever de provar nada, bem como, em caso de dúvida, o acusado deverá ser absolvido, já que é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente. Ainda, em tal dimensão as prisões cautelares devem ser aplicadas com prudência, já que não há sentença penal condenatória transitada em julgado no momento de aplicação da prisão cautelar. Logo, não há que se prender um inocente. (LOPES JR., 2014).

Registre-se que a aplicação prudente das prisões cautelares não ocorre atualmente no sistema penal brasileiro, que pune o acusado antes mesmo de ter sido instaurado um processo para apurar sua culpa, para transmitir, desta forma, uma ideia de efetividade do sistema penal, desacreditado pela sociedade, não sendo as prisões cautelares usadas da forma como deveriam, isto é, em último caso, especialmente para proteger o bom andamento processual ou para assegurar a ordem pública, até porque o acusado é considerado inocente neste momento.

Na dimensão externa, o tratamento de inocente dispensado ao réu é fora do processo, tendo como maior exemplo a exploração midiática em torno do crime, do acusado e do próprio processo, pressionando o magistrado a condená-lo imediatamente, o que deve ser evitado, a fim de preservar o princípio da presunção de inocência. (LOPES JR., 2014).

²⁵ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Muito se vê a pressão da mídia em casos penais, especialmente os que, por suas características, geram grande repercussão nacional, sendo muito falado do réu, do caso, do juiz, do processo e do próprio sistema penal, o que pode influenciar no julgamento, já que muitos desses casos, por exemplo, são julgados pelo Tribunal do Júri, composto por pessoas da sociedade, que podem ser inspiradas pelo que foi difundido pela mídia. Assim, o princípio da presunção de inocência fica vil frente à exploração midiática, que condena o acusado de plano, fazendo com que a sociedade, diante do poder e da influência da qual se reveste a mídia, se deixe manipular pelo que foi divulgado e apele por uma punição severa e imediata ao réu, sem considerar que o caso deve seguir um devido processo.

Então, a prisão cautelar ou provisória, também chamada de prisão sem pena, como o próprio nome indica, não decorre de uma condenação definitiva. São várias as hipóteses de prisão sem pena, como é o caso da prisão civil. No âmbito processual penal, a prisão sem pena é na modalidade cautelar, que pode ser a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão domiciliar e a prisão temporária. (TOURINHO, 2013).

Para a decretação da prisão cautelar deve haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, usando-se como fundamento o artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal²⁶, isto é, a prisão cautelar deve ser decretada para fins de preservar a instrução criminal, assegurar a aplicação da pena (evitando a fuga do agente, se houver esse risco), bem como para garantir a ordem pública ou econômica. (TOURINHO, 2013).

Observa-se que a prisão cautelar consiste, assim, em privar a liberdade de locomoção do acusado, servindo como instrumento para garantir, especialmente, o bom desenvolvimento do processo. Logo, quando aplicada, não há processo e muito menos sentença, sendo o indivíduo presumidamente inocente, preso. Por isso a prisão cautelar deve ser aplicada com prudência. (LOPES JR., 2014).

²⁶ Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Para a decretação da prisão cautelar é necessário haver o requisito do *fumus comissi delicti*, ou seja, a fumaça do cometimento do delito, que consiste na probabilidade da ocorrência de um crime e nos indícios suficientes de autoria. Já o fundamento da prisão cautelar é o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que a liberdade do acusado pode oferecer ao processo, especialmente em relação à ameaça de fuga do réu e à destruição de provas por ele. (LOPES JR., 2014).

Há alguns princípios que permitem a prisão cautelar, ou seja, a prisão sem sentença condenatória transitada em julgado, mesmo com o princípio da presunção de inocência protegendo o réu, quais sejam a jurisdicionalidade e a motivação, o contraditório, a provisionalidade, a excepcionalidade e a proporcionalidade. (LOPES JR., 2014).

A jurisdicionalidade e a motivação são a necessidade da prisão cautelar ser decretada por autoridade judiciária de forma fundamentada e escrita, sob pena de nulidade, conforme o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁷, artigo 315 do Código de Processo Penal²⁸, artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal²⁹ e artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal³⁰. (LOPES JR., 2014).

Logo, tal princípio prevê que a prisão só pode ser decretada por juiz competente para tanto, que o magistrado deverá motivar suas decisões, não apenas aplicando a lei, mas explicando o porquê de sua aplicação naquele caso concreto. Ademais, as decisões do juiz devem ser escritas. Se não preenchidos tais requisitos, a decisão pode ser considerada nula.

²⁷ Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²⁸ Art. 315 - A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

²⁹ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

³⁰ Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O contraditório está consubstanciado no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal³¹ e artigo 282, § 3º, do mesmo diploma legal³², este último que diz que o juiz, ao receber o pedido da medida cautelar, determinará a intimação da outra parte, no caso, o réu. No entanto, não menciona o motivo para o qual o acusado será intimado. Aury diz que o ideal seria a intimação para audiência, na qual a acusação defenderia os motivos do pedido de prisão, enquanto o réu defenderia a desnecessidade da medida. O contraditório dependerá, no entanto, do caso concreto, como dispõe o referido artigo, sendo que nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida não haverá contraditório, justamente pelas características da situação, como por exemplo, no perigo de fuga. Aury diz que o maior espaço para o contraditório seria nos casos de substituição, cumulação e revogação da medida cautelar, para decretar a prisão preventiva. (LOPES JR., 2014).

A provisionalidade diz respeito ao fato de que a prisão cautelar durará enquanto durar a situação que a ocasionou, bem como que poderá ser novamente decretada se surgir a necessidade, conforme o artigo 282, §§ 4º e 5º do Código de Processo Penal³³. A provisionalidade diz respeito ao tempo de duração da prisão cautelar, que é situacional, pois não há dispositivo regulamentando o tempo de duração desse tipo de prisão, exceto a prisão temporária, nem há disposição prevendo sanção em caso de excesso, para evitar ilegalidade e abusos, o que deveria ser imediatamente discutido, segundo Aury. (LOPES JR., 2014).

³¹ Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

³² Art. 282 - As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 3º - Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

³³ § 4º - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º - O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Sabe-se que a prisão cautelar ou provisória, como o próprio nome indica deve ser temporária, perdurando apenas enquanto existir o motivo que a deu causa. Mas não é o que ocorre no sistema penal brasileiro, uma vez que, por não haver tempo estabelecido em lei para a duração da prisão cautelar, ela acaba mantendo-se por um longo período, até porque não existe nenhuma sanção em caso de excesso em sua duração, situação fértil para a ocorrência de arbitrariedades.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, consiste no fato de que a prisão cautelar deve ser excepcional, devendo ser aplicada apenas quando não for cabível outra medida cautelar, conforme o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal³⁴ e artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal³⁵. No entanto, conforme Aury, a prisão cautelar está sendo banalizada no Brasil, desnaturando o instituto, para dar uma noção de eficácia ao poder punitivo estatal, com influência da cultura punitivista do país. Nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal³⁶ estão elencadas várias medidas cautelares que

³⁴ § 6º - A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

³⁵ Art. 310 - Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

³⁶ Art. 319 - São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º - A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

podem ser aplicadas pelo juiz, sendo elas de natureza pessoal e patrimonial, diversas da prisão, a qual deverá ser utilizada apenas quando for extremamente necessário. (LOPES JR., 2014).

O princípio da proporcionalidade é norteador da conduta do magistrado em relação à aplicação das medidas cautelares em cada caso concreto. A medida aplicada deve ter correspondência com o delito praticado e suas consequências, além de considerar as circunstâncias em que o crime foi realizado e as características do indivíduo que o praticou. A medida deve corresponder aos motivos e à finalidade do delito, reservando-se a prisão para os casos mais graves, conforme artigo 282, II, do Código de Processo Penal³⁷. A prisão cautelar não deve ser uma forma de antecipação da pena, até porque não se sabe se ao final do processo será aplicada pena definitiva ao acusado. Aí também se encaixa a necessidade, ou seja, a medida deve ser apta a realizar a finalidade para a qual foi aplicada, não devendo passar disso. (LOPES JR., 2014).

Então, os referidos princípios devem existir para que seja possível a decretação da prisão cautelar, mesmo com o princípio da presunção de inocência protegendo o acusado, pois é legítima a prisão cautelar se decretada por autoridade judiciária, de forma fundamentada e escrita, via de regra com direito ao contraditório pelo acusado, devendo ser uma prisão situacional, bem como de caráter excepcional, proporcional e necessário, ou seja, a prisão cautelar deve ser a última medida a ser aplicada, de acordo com o delito praticado, seus motivos, circunstâncias, consequências e as características do infrator, bem como ser necessária para a finalidade a que se destina, mormente a de assegurar a ordem pública e proteger as provas e o bom andamento do processo.

A prisão-pena, por sua vez, decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, da qual não se pode mais recorrer, sendo esse

Art. 320 - A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

³⁷ Art. 282 - As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

tipo de prisão a resposta do poder punitivo estatal ao cometimento do delito. A prisão-pena é imposta, então, àquele que foi reconhecidamente culpado pela prática de um crime, como retribuição do mal por ele realizado, restabelecendo-se a ordem jurídica e social. (TOURINHO, 2013).

Segundo Salo de Carvalho, a Constituição Federal, ao falar dos crimes e das penas, diz que o tipo penal (conduta abstrata que constitui crime), quando violado, dará como resposta uma pena, seja ela qual for, baseada na coerção jurídica, que é a reação estatal em face da conduta do indivíduo. (CARVALHO, 2015).

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que a pena deve estar prevista em um tipo penal, pois para cada crime deve haver uma sanção correspondente, o que é definido pelo estado, que exerce o poder punitivo, e até para não dar margem à discricionariedade do juiz, observando o princípio da proporcionalidade, tendo o Estado o poder e o dever de punir, objetivando o bem comum, que foi violado pelo delito. (LOPES JR., 2014).

Por mais que se queira negar, a pena é um castigo. Se a pessoa cometer um crime sujeito à pena privativa de liberdade, uma vez proferida sentença condenatória irrecorrível, o indivíduo deverá ser recolhido e afastado do convívio social, retribuindo a ele o mal que causou, bem como para servir de exemplo aos demais, buscando a prevenção de novos delitos. (TOURINHO, 2013).

Tourinho ainda diz que:

O cárcere não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. As nossas casas de detenção e penitenciárias são verdadeiras universidades do crime, já se disse também. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança. (TOURINHO, 2013, p. 437).

O renomado autor continua:

[...] Daí as rebeliões... Justas, por sinal, uma vez que a Constituição proíbe (art. 5º, III) tratamento desumano ou degradante. E não deixa de ser desumano permitir que 200 ou 300 pessoas fiquem numa cadeia com capacidade para 50... (TOURINHO, 2013, p. 438).

Assim, observa-se que a prisão, como uma pena, não cumpre seu papel de reeducação e reinserção do indivíduo no meio social, pois além de manter a pessoa fora do corpo social por um bom tempo, o que já dificulta sua reinserção, é cruel e degradante, não reeducando ninguém diante das duras condições que oferece aos apenados, os quais se submetem as mais indesejáveis situações na prisão, como ameaças, abuso sexual, falta de intimidade, superlotação nas celas e ausência de higiene na alimentação e no ambiente.

Nesse sentido, a pena de prisão não tem como cumprir sua função ressocializadora. Salo de Carvalho fala das Teorias da Pena, que compreendem a fundamentação, a aplicação, a execução e a extinção da pena, mas, em especial, que buscam justificar o porquê de aplicar uma pena. (CARVALHO, 2015).

As principais teorias contemporâneas de justificação da pena são a Teoria da Pena Merecida, isto é, a pena deve ser proporcional à gravidade do delito cometido, seguindo critérios precisos para tanto, e as Teorias Neoconservadoras, que consistem, basicamente, em controlar os riscos gerados pelos infratores, buscando incapacitar a atividade criminal para coletividades (grupos perigosos), não apenas para indivíduos singulares. Há também a Teoria Garantista da Pena, que visa mitigar e controlar as penas, buscando defender os direitos dos infratores, destinatários das sanções, objetivando o mínimo sofrimento a estes indivíduos. (CARVALHO, 2015).

Salo segue a ideia de Roxin, de que as Teorias Absolutas ou Retributivistas da pena consistem em usar a pena para retribuir ao infrator o mal causado por ele, pela prática do delito, sendo que o Estado se apropria do tempo e da liberdade do infrator, retribuindo o mal pelo mal. Tal teoria baseia-se na ideia do contrato social, ou seja, a pena é a reparação do dano causado pelo descumprimento da regra social. As Teorias Relativas, por outro lado, buscam prevenir o cometimento de novos delitos pelos condenados, bem como

se utilizam do poder de penar para atuar sobre os que não cometeram um delito, para que não venham a fazê-lo. (CARVALHO, 2015).

Considerando as Teorias da Pena, que buscam explicar o porquê de aplicar uma sanção, verifica-se que o Brasil não adota nem a Teoria Absoluta, nem a Teoria Relativa da Pena, mas adere à Teoria Mista da Pena, também chamada de Teoria Unificadora da Pena, conforme se observa da leitura do artigo 59 do Código Penal³⁸, que dispõe que o juiz, observando a certos requisitos, como a conduta social do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima, aplicará pena necessária para reprovação e prevenção do crime.

Então, a Teoria Mista ou Teoria Unificadora da Pena une a Teoria Absoluta e a Teoria Relativa da Pena, e consiste tanto em retribuir ao infrator, por meio da aplicação da pena, o mal causado por ele pela prática do delito, quanto em prevenir que o condenado venha a delinquir novamente, bem como que a própria sociedade se convença de não cometer crimes, por saber que haverá punição.

A pena serve, então, para a prevenção do cometimento de novos delitos e para proteção da sociedade e dos bens jurídicos tutelados. A pena é efeito jurídico do delito e do processo, conforme bem coloca Aury: “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.” (LOPES JR., 2014, p. 51).

A prisão-pena, resultante de sentença penal condenatória transitada em julgado, se aplica de diversas formas, sendo as principais a pena de reclusão ou detenção (reguladas pelo Código Penal) e a prisão simples (regulada pela Lei das Contravenções Penais). A reclusão se aplica para condenações mais severas e admite o regime inicial fechado. A detenção se aplica para

³⁸ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

condenações menos graves e não admite o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena. A prisão simples, por sua vez, se destina para contravenções penais e não admite o regime fechado em nenhuma situação. (TOURINHO, 2013).

A prisão-pena tem o processo penal como instrumento necessário pra se chegar a ela. A pena é a essência do poder punitivo, este último que é monopólio estatal, passando a existir quando se suprime a vingança privada, a autodefesa e a justiça pelas próprias mãos, e se implantam os critérios de justiça, por meio da pena pública (estatal). (LOPES JR., 2014).

Desta forma, a prisão-pena pressupõe um delito e um devido processo penal, e é aplicada pelo Estado, a fim de evitar as arbitrariedades da justiça pelas próprias mãos, sendo a pena a concretização do poder punitivo estatal, com a finalidade de punir o indivíduo transgressor, buscando prevenir a prática de novos delitos, bem como proteger a sociedade, os bens jurídicos e o próprio condenado. (LOPES JR., 2014).

Alessandro Baratta, seguindo as idéias de Beccaria e Romagnosi, afirma que a pena tem como finalidade a defesa da sociedade, tendo uma função de contraestímulo ao criminoso, mas que o maior esforço do corpo social deve ser no sentido de prevenir o cometimento do delito, não de punir. (BARATTA, 2011).

Observa-se que, atualmente, pela própria cultura brasileira, que é punitivista, bem como pela influência dos meios de comunicação, não se busca tanto a prevenção ao cometimento de crimes, como se busca punir o criminoso. Isso para transmitir uma ideia de que o sistema penal brasileiro, tão criticado pela sociedade, é eficaz. Só que não exerce a função de contraestímulo ao condenado, justamente por não buscar a prevenção da prática de novos delitos, mas tão somente a punição.

Neste tópico discorreu-se, então, sobre os tipos de prisão, pois ela pode ser aplicada como pena, ou seja, decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado, para punição pelo cometimento de um delito, ou pode se dar de forma cautelar, sem haver sentença, muito menos processo, para assegurar a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da pena (em

caso de risco de fuga do acusado). Relevante explicar sobre os dois tipos de prisão, pois quando se fala nela, logo se pensa em uma pena, mas nem sempre funciona assim, como é o caso da prisão cautelar, em que o condenado é recolhido, por um tempo, para atender a uma finalidade, buscando proteger o bom desenvolvimento do processo ou para garantir a paz social.

3.3 Prisão Especial

A prisão especial consiste em uma forma diferenciada de cumprimento da prisão preventiva, não sendo modalidade de prisão cautelar, mas que se aplica somente ao preso provisório (cautelar), pois após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há que se falar em prisão especial. (LOPES JR., 2014).

A prisão especial ocorre dentro da prisão provisória, pois quando há condenação definitiva, o benefício deixa de existir e a pessoa passa a cumprir a pena normalmente, conforme determinado na sentença. Os detentores da benesse da prisão especial estão elencados no rol taxativo do artigo 295, incisos I a XI, do Código de Processo Penal.³⁹ (TOURINHO, 2013).

Tal dispositivo determina, então, as pessoas que podem gozar do benefício da prisão especial, como é o caso, por exemplo, dos magistrados (inciso VI do artigo 295) e dos diplomados por qualquer faculdade do país

³⁹ Art. 295 - Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

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

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

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

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

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

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

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

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

(inciso VII do dispositivo em comento), em virtude da função pública desempenhada por essas pessoas e de sua formação escolar (no caso dos diplomados), sendo que os presos especiais serão recolhidos em local diverso do presídio comum. (LOPES JR., 2014).

O artigo 295, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que os presos especiais ficarão em quartéis ou em prisão especial. Logo, primeiramente, será analisado se há quartéis disponíveis para esses presos. Tais quartéis são os da Polícia Militar Estadual. Subsidiariamente, em não havendo os quartéis, os presos especiais serão recolhidos em prisão especial, sendo que a lei, conforme prevê, dá a entender que a prisão especial será em local distinto da prisão comum. No entanto, com a inclusão dos parágrafos 2º e 3º ao artigo em comento⁴⁰, pela Lei 10.258/2001, foi trazida a possibilidade de, em não havendo estabelecimento especial, o preso ficar em cela distinta na prisão comum, ou ainda em alojamento coletivo também no cárcere comum, desde que em boas condições. O fato de os presos especiais ficarem em estabelecimento prisional comum sempre aconteceu, por não haverem quartéis, nem salas separadas no estabelecimento prisional comum à disposição, mas só em 2001 houve a regulamentação. (TOURINHO, 2013).

Registre-se que não se admite interpretação extensiva ao artigo 295 do Código de Processo Penal, pois se trata de uma norma excepcional. Prova de que não se acolhe tal interpretação ao dispositivo em tela, é que o legislador, quando quer estender a benesse da prisão especial a outras pessoas não listadas no artigo 295, o faz por lei especial expressa, como fez com os professores do ensino de 1º (primeiro) e 2º (segundo) graus, pela Lei 7.172/83, em seu artigo 1º.⁴¹ (TOURINHO, 2013).

No entanto, o certo seria que todos os presos provisórios (não apenas os provisórios especiais) ficassem separados dos condenados definitivos,

⁴⁰ § 2º - Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º - A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

⁴¹ Art. 1º - É extensiva aos professores do ensino de 1º e 2º graus a regalia concedida pelo art. 295 do Código de Processo Penal, posto em vigor pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

simplesmente por serem presos cautelares. Todavia, o Estado não cuida de coisas pequenas, só que ele também não está compelido a fazer o irrealizável, motivo pelo qual não se pode alegar que a benesse da prisão especial não deveria existir porque não atinge a todos. (TOURINHO, 2013).

A Lei 5.256/67, em seu artigo 1º⁴², dispõe que, em não havendo estabelecimento adequado para recolher os detentores do benefício da prisão especial, o juiz poderá, considerando a gravidade e as condições do crime e ouvido o Ministério Público, decretar a prisão domiciliar do réu, impondo-se condições para tanto, que, se descumpridas, acarretarão na perda da benesse da prisão domiciliar e o acusado será recolhido ao cárcere, onde permanecerá separado dos outros presos e poderá ser aproveitado para serviços administrativos da prisão (artigo 4º da referida Lei)⁴³. (TOURINHO, 2013).

A Lei 10.258/2001 acrescentou cinco novos parágrafos ao artigo 295 do Código de Processo Penal, dispondo em seus parágrafos 1º⁴⁴ a 3º, que a prisão especial consiste no recolhimento em local distinto da prisão comum, mas, em não havendo este lugar, o preso especial será recolhido em cela individual ou ala destinada apenas aos presos especiais, dentro da prisão comum, o que acabou exaurindo a aplicação da Lei 5.256/67, a qual previa o recolhimento em prisão domiciliar, se não houvesse local adequado para recolher o preso especial. (LOPES JR., 2014).

Inclusive há uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, em que um Habeas Corpus proveniente do Estado de Santa Catarina buscava a

⁴² Art. 1º - Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.

⁴³ Art. 4º - A violação de qualquer das condições impostas na conformidade da presente Lei implicará na perda do benefício da prisão domiciliar, devendo o réu ou indiciado ser recolhido a estabelecimento penal, onde permanecerá separado dos demais presos.

⁴⁴ § 1º - A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

⁴⁵ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRISÃO ESPECIAL (CPP, ART. 295). TRANSFORMAÇÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. - A PRISÃO ESPECIAL NÃO É UMA REGALIA ATENTATORIA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA JURÍDICA, MAS CONSUBSTANCIA PROVIDÊNCIA QUE TEM POR OBJETIVO RESGUARDAR A INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO, AFASTANDO-O DA PROMISCUIDADE COM OUTROS DETENTOS COMUNS. - INEXISTINDO DEPENDÊNCIAS PRÓPRIAS NA COMARCA PARA A PRISÃO ESPECIAL, O RECOLHIMENTO PODE SER CUMPRIDO EM ALOJAMENTO SEPARADO DAS DEMAIS

conversão da prisão especial do paciente para prisão domiciliar, uma vez que o Estado não disponibilizava de ambiente adequado para cumprimento da prisão especial. A ordem foi denegada, alegando-se que, inexistindo local próprio no Estado para cumprimento da prisão especial, ela deverá ser cumprida no cárcere comum, em cela separada, atendidas as condições de higiene condizentes com a prisão especial. Registre-se que nesta jurisprudência, apesar de ser um pouco antiga, de 1997, foi salientado que a prisão especial não fere o princípio da isonomia, pois busca preservar a integridade física do preso especial, afastando-o da “promiscuidade” do contato com presos comuns.

Quanto ao jurado, para que tenha direito ao benefício da prisão especial, conforme lhe garante o artigo 295, inciso X, do Código de Processo Penal, deverá exercer efetivamente a função. Tourinho entende que exercer efetivamente a função de jurado é quando a pessoa é sorteada para compor, com outras seis pessoas, o Conselho de Sentença, e decidir a questão, respondendo aos quesitos propostos. Comparecer ao Fórum e aguardar o sorteio do Júri não é exercer serviço público relevante, tampouco indica que o indivíduo é idôneo, como determina a lei, até porque comparecer às reuniões do Júri é dever do jurado, conforme artigo 436, § 2º, do Código de Processo Penal⁴⁶. A lei não diz durante quanto tempo o indivíduo que exerceu função de jurado desfrutará da benesse da prisão especial, sendo a garantia válida para todo o Brasil, já que o Júri é instituição nacional. (TOURINHO, 2013).

Eugênio Pacelli, de outro canto, entende que houve revogação implícita da prerrogativa da prisão especial ao jurado do Tribunal do Júri, pois a Lei nº 12.403/11 deu redação diversa ao artigo 439 do Código de Processo Penal⁴⁷, para não mais contemplar a garantia ao jurado, até porque, segundo o autor, essa prerrogativa nunca se justificou. (PACELLI, 2018).

ALAS CARCERARIAS E QUE PREENCHA AS CONDIÇÕES DE HIGIENE E SALUBRIDADE, CONDIZENTES COM A PRISÃO ESPECIAL. - HABEAS-CORPUS DENEGADO.

⁴⁶ Art. 436 - O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 2º - A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

⁴⁷ Art. 439 - O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.

O artigo 439 do Código de Processo Penal foi modificado pela Lei 12.403/2011, sendo que não menciona o jurado como titular da prerrogativa da prisão especial, mas como o artigo 295, X, do referido diploma, não foi alterado, e continua prevendo a prisão especial para quem exerceu a função de jurado, Aury Lopes Jr. entende que permanece a prerrogativa da prisão especial para o jurado. (LOPES JR., 2014).

Pacelli diz que a benesse da prisão especial também se estende aos que exercem atividades religiosas, que é o caso dos ministros de confissão religiosa, conforme prevê o inciso VIII do artigo 295 do Código de Processo Penal. (PACELLI, 2018).

Registre-se que o Decreto-Lei nº 1.706/1939, em seu artigo 1º⁴⁸, instituiu o Livro de Mérito, no qual são inscritos nomes de pessoas que, por doações proveitosas ou pela prestação espontânea de serviços importantes, tenham, de forma notória, contribuído com a Nação, para fins de dar reconhecimento a tais pessoas, que também gozam da prerrogativa da prisão especial.

O Projeto de Lei nº 4.208/2001, que culminou na edição da Lei nº 12.403/2011, objetivou modificar e até revogar a prisão especial, o que não ocorreu por falta de consensualidade acerca do tema, bem como por haver hipóteses de prisão especial previstas em outras leis. (LOPES JR., 2014).

Há de se observar, ainda, a disposição do artigo 295, parágrafo 4º⁴⁹, que prevê que o preso especial não será transportado junto do preso comum, o que não faz muita diferença, já que o preso especial terá contato na prisão com os condenados comuns. (TOURINHO, 2013).

O parágrafo 3º⁵⁰, do mesmo dispositivo, que dispõe que a cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, desde que respeitadas às condições de higiene, aeração, insolação e condicionamento térmico. De tal disposição surge a indagação: apenas a cela especial, que pode ser um alojamento

⁴⁸ Art. 1º - Fica instituído o Livro do Mérito, destinado a receber a inscrição dos nomes das pessoas que, por doações valiosas ou pela prestação desinteressada de serviços relevantes, hajam notoriamente cooperado para o enriquecimento do patrimônio material ou espiritual da Nação e merecido o testemunho público do seu reconhecimento.

⁴⁹ § 4º - O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

⁵⁰ § 3º - A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

comum, deve ter condições adequadas de sanidade? As demais celas, na prisão comum, não precisam ter este mesmo cenário? Ademais, atualmente, sabe-se que o ambiente carcerário como um todo possui condições inadequadas de higiene, pelo que tal previsão nada concretiza, nem para os presos especiais, destinatários da disposição.

No mais, o parágrafo 5º⁵¹, do artigo em comento, dispõe que os demais direitos e deveres dos presos especiais serão iguais aos dos presos comuns, sendo, na verdade, poucos os direitos que os presos (sejam eles comuns ou especiais) possuem efetivamente, o que se comprova pelas próprias condições do cárcere, que são muito precárias, bem como que nem o maior direito dos presos especiais, que seria ficar em um local diverso do cárcere comum (para que a prisão especial tivesse verdadeiro sentido), é cumprido, pois foi cerceado pela Lei 10.258/2001, que acrescentou parágrafos ao artigo 295, possibilitando o recolhimento do preso especial no cárcere comum, em cela separada (o que se sabe que não ocorre, pela superlotação dos presídios) ou alojamento coletivo.

Assim, discorreu-se, neste tópico, sobre a prisão especial, em um panorama geral, conceituando-a e explanando-se sobre sua utilização, sendo fundamental bem compreendê-la, pois o problema da presente pesquisa gira em torno dela, mais especificamente acerca de sua aplicação para os diplomados por qualquer das faculdades da República.

No próximo e último capítulo será tratado sobre os aspectos positivistas do Código de Processo Penal, a realidade carcerária do Brasil, as três fases da criminalização (critérios para que alguém seja criminalizado no país), e, por fim, será explanado acerca da prisão especial para diplomados, conforme os estudos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais, para, enfim, se chegar a uma resposta concreta do problema trazido neste trabalho, que é a compatibilidade entre a prisão especial para diplomados e o princípio constitucional da isonomia.

⁵¹ § 5º - Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

4 PRISÃO ESPECIAL X PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Após discorrer sobre os princípios que legitimam a prisão no Brasil, inclusive o princípio constitucional da isonomia, bem como sobre a prisão, em seus vários aspectos, igualmente a respeito da prisão especial, neste último capítulo, chega-se, finalmente, ao problema que motivou o presente trabalho, que é a compatibilidade entre a prisão especial para diplomados com o princípio da isonomia.

Para tanto, neste capítulo serão abordados os aspectos positivistas do Código de Processo Penal, que deram origem à previsão da prisão especial para diplomados, será tratado, ainda, sobre a realidade atual do cárcere brasileiro, a fim de melhor compreender a prisão especial para diplomados e sua constitucionalidade, já que suas condições diferem das circunstâncias experimentadas pelos presos comuns. Ademais, se discorrerá acerca das três fases da criminalização, isto é, os três critérios considerados para criminalizar um indivíduo no Brasil.

Após, partindo-se de tais premissas, será feita uma análise da prisão especial para diplomados frente ao princípio constitucional da isonomia, com base nos ensinamentos doutrinários e na inteligência jurisprudencial, a fim de se chegar a uma efetiva conclusão acerca da correspondência entre a prisão especial para diplomados com o princípio da igualdade.

4.1 Aspectos Positivistas do Código de Processo Penal

O estudo do processo penal está diretamente ligado à Constituição Federal, pois é necessário que o Direito Processual Penal respeite os preceitos constitucionais, para que não haja abusos do Estado contra o indivíduo, parte mais vulnerável nessa relação. (NUCCI, 2017).

O Código de Processo Penal, que é de 1941, foi editado durante o Estado Novo, em plena ditadura da era Vargas, não podendo ser aplicado por si só, sem considerar a Constituição Federal de 1988, de caráter democrático e

que acompanhou a mudança social ocorrida após a ditadura militar. (NUCCI, 2017).

O Código de Processo Penal Brasileiro foi inspirado na legislação processual penal italiana, de 1930, quando a Itália vivia o regime do fascismo. Assim, o diploma legal foi criado, no Brasil, em período ditatorial, tendo como modelo a legislação italiana, igualmente editada em uma época despótica da história da Itália, em que a principal preocupação era com a segurança pública. (PACELLI, 2018).

Na redação original do Código de Processo Penal Brasileiro, para se ter uma ideia, a sentença absolutória não era suficiente para libertar o réu e era obrigatória a decretação da prisão preventiva do acusado tão logo fosse recebida a denúncia, ambas as situações dependendo da sanção abstratamente prevista ao crime, nos termos dos antigos artigos 596, *caput*,⁵² e 312, respectivamente, ambos do Código de Processo Penal. (PACELLI, 2018).

Evidentes resquícios de tais disposições existem até hoje em algumas leis, como na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), em que o legislador restou alheio em relação à disposição acerca da restituição da liberdade ao preso em flagrante. (PACELLI, 2018).

Deve-se registrar que o processo penal cuida dos bens mais importantes, quais sejam a vida, a liberdade, a dignidade humana, a integridade física e moral e o patrimônio, por exemplo, devendo o Código de Processo Penal se adaptar à Constituição Federal, que é democrática, para bem concretizar tais garantias. (NUCCI, 2017).

Assim, observa-se que o Código de Processo Penal, se baseava, originariamente, no princípio da presunção da culpabilidade, isto é, presumia-se que o acusado era culpado desde o início da ação penal, justificando-se o referido pensamento com base na ideia de que ninguém acusaria um inocente, justamente por isso a sentença absolutória não era suficiente para libertar o réu

⁵² Art. 596 - A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

Art. 312 - A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

e a prisão preventiva era decretada, uma vez recebida a denúncia. (PACELLI, 2018).

Atualmente, sabe-se que a presunção é de inocência do acusado, por disposição constitucional, sendo que tal presunção somente acaba com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois a Constituição Federal, por ser garantista, prefere absolver um culpado a condenar um inocente, o que é totalmente coerente.

O Código Penal, de 1940, da mesma forma que o Código de Processo Penal, de 1941, recebeu influência do Código Italiano, de 1930, também chamado de Código Rocco. Logo, os diplomas foram degradados pelo período histórico em que foram editados, tendo caráter claramente repressivo, com a certeza do controle da criminalidade pela aplicação da pena privativa de liberdade, bem como rotulando e marginalizando grande parte dos indivíduos. (TOLEDO, 1994).

Pacelli diz que a partir da década de 1970 é que vão se iniciando as novas e grandes alterações no Código de Processo Penal Brasileiro, sendo maleadas as muitas regras que, até então, sumarizavam o direito à liberdade de locomoção. (PACELLI, 2018).

A Constituição Federal de 1988 foi o marco da modificação do sistema processual penal brasileiro, que veio instituir um sistema de várias garantias individuais, tais como a presunção de inocência, o devido processo penal e a motivação das decisões judiciais, disposições estas às quais o Código de Processo Penal teve de se alinhar, buscando de forma lícita a verdade real, cabendo ao Estado se importar, igualmente, com a absolvição do inocente, tanto quanto com a condenação daquele que é culpado. (PACELLI, 2018).

Aury Lopes Jr., nesse mesmo sentido, afirma que o processo penal só é legítimo se for lido à luz da Constituição Federal, cujo viés é garantista, pois o que precisa ser discutido, justificado e legitimado é o poder punitivo estatal, não a liberdade individual das pessoas, partindo-se da premissa de que se vive em um Estado Democrático de Direito. (LOPES JR., 2017).

Aury fala, ainda, da *crise da teoria das fontes*, na qual uma lei ordinária vale mais do que a própria Constituição Federal, o que é errado, pois o processo penal não deve ser visto como mero instrumento de aplicação do poder punitivo estatal, mas deve servir, à luz da Constituição Federal, que encerra amplo rol de direitos e garantias individuais, como instrumento para limitar o poder do Estado, protegendo o indivíduo de eventuais abusos. (LOPES JR., 2017).

A Doutrina divide o sistema processual penal em inquisitório e acusatório. O primeiro é aquele em que as funções da acusação e do julgamento recaem sobre a mesma pessoa/órgão. Já no sistema processual acusatório, a acusação fica a cargo de uma pessoa/órgão, enquanto o julgamento fica a cargo de outra pessoa ou de outro órgão. (PACELLI, 2018).

O ordenamento jurídico brasileiro superou, com o tempo, o modelo inquisitório, no qual o processo não se inicia com o oferecimento da acusação, mas com a notícia do crime, e o juiz atua como parte, investigando, conduzindo, acusando e julgando. No entanto, o modelo acusatório também não se consolidou totalmente no sistema processual penal brasileiro, pois o Código de Processo Penal, em seu texto original, e em algumas disposições atuais, ainda segue o modelo inquisitivo. (PACELLI, 2018).

Sabe-se que a doutrina majoritária classifica o sistema processual penal brasileiro como sendo misto, por ter características inquisitórias, especialmente na fase pré-processual, do inquérito policial, na qual as garantias fundamentais, como o contraditório, são restringidas, e com características acusatórias na fase processual, em que há a garantia do devido processo penal (contraditório e ampla defesa), e outras garantias próprias do modelo, como o fato de a acusação ficar a cargo de um órgão (Ministério Público) e o julgamento a cargo de outra pessoa (juiz).

Registre-se que a garantia da prisão especial existe desde a redação original do Código de Processo Penal, de 1941, sendo ela concedida aos diplomados já no texto inicial do referido diploma legal. Tanto que o inciso III do artigo 295 assegura prisão especial para os membros do Conselho de Economia Nacional, o qual há muito tempo não existe mais, bem como para o

Parlamento Nacional, que hoje é o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. O inciso II do mesmo artigo também assegura prisão especial para o Prefeito do Distrito Federal, que não há mais, apenas o Governador do Distrito Federal, tampouco existem ainda os secretários do Prefeito, havendo, sim, os secretários do Governador, sendo que os chefes de polícia mencionados no referido inciso são hoje os secretários de Segurança Pública. (TOURINHO, 2013).

Por fim, observa-se que o inciso II do artigo 295 do Código de Processo Penal foi acrescido pela Lei nº 3.181/1957, o qual já está totalmente desatualizado, mas ainda assim mais recente do que o inciso que garante a prisão especial para diplomados, que foi editado na redação original do Código de Processo Penal, em 1941, sendo evidente que a redação do artigo 295, juntamente com seus incisos, apenas retratou fielmente a sociedade da época e traduziu seus anseios no texto legal.

Neste tópico tratou-se, então, sobre os aspectos positivistas presentes no Código de Processo Penal, que é de 1941, quando o Brasil vivia uma ditadura militar, tendo o referido diploma legal se baseado especialmente no Código Rocco (italiano) de 1930, quando a Itália vivia o regime do fascismo. Logo, é nítido que o Código de Processo Penal está maculado pelas influências do período histórico no qual foi criado, bem como pela legislação fascista que teve como inspiração, sendo que a prerrogativa da prisão especial e a prisão especial para diplomados estiveram previstas no Código de Processo Penal Brasileiro desde a sua redação original de 1941.

4.2 Realidade Carcerária

Há tempos uma literatura baseada na observação, na experiência e na prática, analisa a realidade carcerária, em seus aspectos sociais, psicológicos e de organização, pois o cárcere factual, por suas características, não realiza a tarefa de reinserção social, que é o seu objetivo. (BARATTA, 2011).

O cárcere possui um papel repressivo e uniformizante, sendo que já no início do encarceramento, o preso perde a sua identidade, pois de imediato lhe é imposto o uso de um uniforme e seus pertences pessoais lhe são retirados. (BARATTA, 2011).

A Portaria 1.191/2008, do Ministério da Justiça, prevê procedimentos que serão realizados nos presos quando de sua entrada nos estabelecimentos penais federais. O artigo 2º, inciso VIII, da Portaria⁵³, fala do “processo de higienização” do encarcerado ao entrar na prisão, que engloba cortar o cabelo, utilizando-se como padrão o pente número 2 (dois) da máquina de corte (alínea *a* do inciso VIII do referido dispositivo), raspar a barba (alínea *b*) e aparar o bigode (alínea *c*).

Há várias correntes sobre os motivos do corte compulsório de cabelo dos encarcerados, além da razão principal conhecida, que é a higiene dos apenados, também são tidas como causas a busca pela eliminação da identidade e do livre arbítrio do preso, para reprimir eventual ocultação de objetos, bem como para uniformização dos apenados.

A realidade carcerária envolve, ainda, a privação das relações heterossexuais, pois os vínculos se restringem à sociedade carcerária, não tendo os presos outra opção que não se relacionar com pessoas do mesmo sexo, o que é prejudicial para sua identidade, causando enorme confusão psicológica e eliminando o livre arbítrio dos apenados de escolher com quem se relacionar. No caso, até podem escolher com quem querem manter relação, mas as opções se limitam a pessoas do mesmo sexo, que estão com o apenado no cárcere. (BARATTA, 2011).

A homossexualidade é um grave problema das prisões, mas é tido como normal hoje, consistindo em uma manifestação de adaptação do indivíduo ao cárcere. As relações homossexuais na prisão podem ser consentidas ou não,

⁵³ Art. 2º - Compete ao Chefe da Divisão de Segurança e Disciplina, e, na sua ausência e de seu substituto legal, ao Chefe da Equipe de Plantão, coordenar a realização dos seguintes procedimentos, durante a inclusão de presos:

VIII - realizar o processo de higienização pessoal, incluindo:

- a) cortar cabelo, utilizando-se como padrão o pente número "2" (dois) da máquina de corte;
- b) raspar barba;
- c) aparar bigodes.

sendo que muitos presos buscam vínculo homossexual de forma antecipada, para evitar eventual abuso sexual no futuro. (BITENCOURT, 2004).

A visita íntima é uma das soluções ao problema das relações homossexuais no cárcere, e consiste em permitir a entrada na prisão, por um tempo, da (o) esposa (o) ou companheira (o) do (a) preso (a). Bitencourt diz que a visita íntima possui certo caráter discriminatório, pois os solteiros não se beneficiarão dela. Já os beneficiários, conforme pesquisa, se pronunciaram no sentido de que é vergonhoso para as esposas e companheiras irem até a prisão apenas para manter relação sexual com os maridos. (BITENCOURT, 2004).

Baratta fala também de um processo de “desculturação” no cárcere, pois o apenado, longe da vida social por um tempo (que depende da quantia de pena cominada a cada preso), se desajusta as circunstâncias da vida em sociedade. Daí surge o processo de “prisionalização”, em que o encarcerado assume comportamentos e adota valores que aprende em seu novo meio, como é o caso da hierarquia que há no cárcere, sendo que alguns presos, por suas características e fama, são os líderes, e os demais devem se adaptar a eles, para conseguirem sobreviver na prisão. Assim, não há como um preso se ressocializar ou se reeducar, pois a realidade carcerária não permite. (BARATTA, 2011).

De início, o próprio ambiente carcerário já é ruim, por ser contrário à sociedade, à coletividade livre. Não há como ressocializar um indivíduo mantendo-o tanto tempo separado do corpo social. Ademais, as condições das prisões tornam impossível o objetivo ressocializador. (BITENCOURT, 2004).

A tão falada “subcultura carcerária” tem relação com o sistema social da prisão, e consiste nas condições em que se desenvolve a vida no cárcere, sendo que os apenados exercem atividades limitadas na prisão, estando presos a um conjunto de regras e comportamentos, além de estarem fisicamente enclausurados. A subcultura carcerária traduz fatores externos, ou seja, o que preso traz de fora para a prisão, os seus valores. Ademais, as condições peculiares do cárcere, como o exercício do poder (especialmente

entre os apenados), fazem surgir essa cultura distinta dentro da prisão. (BITENCOURT, 2004).

Os criminosos, por sua vez, têm um perfil que se limita, essencialmente, a meninos e meninas pobres, em sua maioria, negros. Esses adolescentes são rejeitados em casa, nunca conheceram os pais ou o pai, ou não convivem ou conviveram com ele (s). O ambiente em que cresceram envolve alcoolismo, violência doméstica, falta de oportunidades de emprego e de estudo. Isso tudo somado a uma época da vida que não é fácil, a adolescência, pois é um período de transição da vida de criança para a de adulto. Daí começa o uso de drogas, e o crime. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

É certo que a pobreza, por si só, já traz várias consequências duras aos adolescentes, os quais estão em uma fase difícil, pelo simples fato de se acharem na adolescência. O pobre tem menos acesso a boas oportunidades de trabalho e escolarização (porque além de não ter acesso às escolas mais qualificadas, tem que conciliar, na maioria das vezes, os estudos com o trabalho), os problemas em casa (para os quais a falta de dinheiro colabora muito, como a escassez ou até mesmo a falta de alimentos, que dão ensejo ao surgimento de outros problemas, como o alcoolismo). Isso tudo causa problemas psicológicos no jovem, que na maioria das vezes não são tratados, por falta de dinheiro, de oportunidade, e também porque a família, muitas vezes distante, e até por precisar trabalhar muito para sustentar a família, não percebe. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

O problema é que a sociedade não colabora com esses jovens, que se sentem invisíveis perante o corpo social, e apenas querem ser acolhidos e reconhecidos, mas o corpo social não os cuida, não os humaniza e não lhes dá melhores opções, apenas os ofende e os castiga. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

Sendo assim, “A carreira do crime é uma parceria entre a disposição de alguém para transgredir as normas da sociedade e a disposição da sociedade para não permitir que essa pessoa desista.” (ATHAYDE, BILL e SOARES, p. 218, 2005). Dessa forma, o agir dos jovens é o resultado da forma como são vistos e tratados pela sociedade, eles se comportam de acordo com o que os

outros e eles mesmos pensam deles. Esses adolescentes já são mais frágeis do ponto de vista econômico, social, psicológico e cultural, mas o Brasil apenas se preocupa em punir seu comportamento transgressor, não se dedicando a proporcionar-lhes uma educação que se oponha a esse tipo de comportamento, pois tal qual a violência se aprende, a paz também. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

Bitencourt diz que se questiona sobre vários aspectos da pena de prisão, mas não se dá atenção ao principal ponto, que é o seu cumprimento. Quando a prisão se converteu na principal pena, a partir do século XIX, o objetivo era reformar o criminoso, mas o que existe hoje é a falência da pena de prisão, que adquiriu efeito criminógeno, justamente em virtude das condições degradantes que o cárcere oferece aos apenados. (BITENCOURT, 2004).

O efeito criminógeno da prisão consiste no fato de que o encarceramento, ao invés de inibir a prática de crimes, a estimula. Isso por fatores materiais (condições que prejudicam a saúde dos apenados, como a falta de higiene do ambiente e da alimentação, causando doenças, bem como a folga dos presos, carecendo de atividades, como trabalho, lazer e exercícios físicos); fatores psicológicos, pois a prisão é lugar de dissimulação e mentiras, possibilitando a aprendizagem do crime e a formação de grupos criminosos; fatores sociais, uma vez que a separação total do criminoso do meio social faz com que ele se desajuste da sociedade de uma forma que torna inviável sua reinserção. (BITENCOURT, 2004).

As condições do cárcere incluem maus tratos verbais (xingamentos) ou reais (castigos físicos), superlotação dos presídios (reduzindo a privacidade dos presos e aumentando as condutas indesejadas no ambiente, como abusos sexuais), alimentação deficiente ou anti-higiênica, falta de higiene no ambiente (insetos e sujeira no local), condições inadequadas de trabalho (exploração dos presos ou inércia total), deficiência/inexistência de serviços médicos e psiquiátricos, estes últimos que também são abusivos, muitas vezes, constrangendo o apenado a se comportar conforme o cárcere quer, além da utilização de objetos proibidos, como celular e drogas (muitas vezes por

corrupção de funcionários ou falta de estrutura/fiscalização), e problemas de homossexualismo. (BITENCOURT, 2004).

Nesse sentido há jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁵⁴, em uma apelação cível, que condenou o Estado a indenizar o autor em R\$ 1.500 (mil e quinhentos reais), por ter ficado encarcerado durante mais de dois anos em condições indignas na Cadeia Pública de Porto Alegre/RS. A decisão afirmou, inclusive, que a inexistência de condições mínimas de vivência em tal estabelecimento prisional é conhecida, pelo que se dispensou dilação probatória para concluir que o apenado sofreu inúmeras lesões à sua condição de pessoa humana no cárcere gaúcho, sendo que é dever do Estado manter nas prisões condições mínimas de humanidade, conforme determina a lei.

⁵⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DA SUBMISSÃO DE DETENTOS A CONDIÇÕES CARCERÁRIAS INSALUBRES E ATENTATÓRIAS À DIGNIDADE HUMANA. TEMA 365 JULGADO PELO STF EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. CASO CONCRETO QUE SE AMOLDA AO PARADIGMA, ENSEJANDO A REPARAÇÃO EM PECÚNIA POR DANOS MORAIS PUROS. APENADO DA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE. DEGRADAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES EXISTENCIAIS MÍNIMAS QUE É FATO NOTÓRIO NO PRESÍDIO DA CAPITAL GAÚCHA. - Responsabilidade civil do Estado. Consoante a tese firmada no RE nº 580.252/MS: Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, sendo inaplicável a teoria da reserva do possível e chancelada a forma de reparação em pecúnia. - Enquadramento no precedente. Hipótese dos autos no qual o cumprimento da pena em regime fechado ocorria na Cadeia Pública de Porto Alegre/RS, cuja estrutura desumana é fato notório, dispensando dilação probatória para concluir que o encarcerado foi submetido a um sem fim de lesões a atributo de personalidade. Dano moral puro. - Mensuração do quantitativo. Valores arbitrados em quantia singela e até mesmo simbólica não como desvalor à condição humana do contingente carcerário, mas sim devido à impositiva necessidade de atentar para o impacto financeiro do precedente, em se tratando de ação massiva. Se o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como fundamento para o afastamento da indenização, ao menos serve de vetor interpretativo para que os escassos recursos de um ente federativo falido não sejam drenados de um único modo em prejuízo da própria coletividade. Parâmetro norteador adotado pela Câmara que é o de R\$ 500,00 a cada ano ou fração de ano de efetivo cumprimento da pena em regime fechado. - Caso concreto. Sentença reformada para conceder ao autor indenização equivalente a R\$ 1.500,00, em virtude de período de encarceramento indigno superior a dois anos. - Pedido de uniformização de jurisprudência. Não há que se falar em uniformização de jurisprudência, ante a apontada divergência sobre a matéria, entre unidades jurisdicionais no TJRS, pois o referido instituto processual foi revogado, sendo que a questão, em preenchidos os requisitos, deve ser objeto de IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), previsto nos arts. 976 e seguintes do CPC. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70078281243, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 26/09/2018).

Mas o principal problema da prisão é o isolamento do apenado do ambiente social por muito tempo. No entanto, se evitaria a produção de vários danos se as condições do cárcere fossem melhores, como as de higiene. Não se pode saber exatamente qual é o alcance da influência da prisão sobre o indivíduo, pois a experiência no cárcere é diferente para cada um, até porque cada pessoa tem a sua personalidade, e ao ser solto cada apenado vai para um ambiente distinto. (BITENCOURT, 2004).

No cárcere o preso perde sua intimidade, pois nunca está só. O apenado está fisicamente preso, mas também está amarrado a um conjunto de regras, do qual não pode fugir. As atividades diárias que o apenado exerce são sempre as mesmas, com as mesmas pessoas e no mesmo local. O preso é transformado em um sujeito passivo, pois todas as suas necessidades dependem do aval da instituição, ele não tem iniciativas, o que produz sérias degradações psicológicas. (BITENCOURT, 2004).

As elevadas taxas de reincidência indicam a ineficácia da prisão como pena e o seu infrutífero objetivo ressocializador, mas a reincidência também é influenciada por outros fatores pessoais e sociais, como a injustiça econômica. Não significa dizer, contudo, que a prisão é um insucesso total, tampouco que ela deve ser abolida, já que para isso é necessária uma análise muito mais aprofundada do instituto. (BITENCOURT, 2004).

Neste tópico falou-se, então, sobre a atual realidade do cárcere brasileiro, com base na Doutrina e na Jurisprudência, sendo fácil entender, após o explanado, porque a pena de prisão não consegue atingir seu objetivo ressocializador. É lógico que não se reinsere ninguém no meio social, mantendo-o tanto tempo longe do convívio em sociedade. Ademais, submeter uma pessoa a condições desumanas e totalmente degradantes na prisão, que corrompem sua própria identidade, que é a única coisa que o indivíduo poderia guardar consigo dentro do cárcere, não pode ser capaz de transformar ninguém, a não ser que essa transformação seja para pior.

4.3 As Três Fases da Criminalização

A criminalização consiste no poder do Estado, instituído pelas sociedades atuais, de prever condutas abstratas que, se cometidas, serão consideradas crime. Assim, diante de comportamento delituoso, será aplicada uma pena ao indivíduo transgressor da regra social. O processo de criminalização é gerido pelo sistema penal, composto por agências, sendo que o uso de tal expressão se deve ao fato de que ela tem sentido mais amplo e neutro, em relação aos entes que atuam no sistema. (ZAFFARONI et al., 2003).

São duas as etapas do processo de criminalização, quais sejam a fase primária e a fase secundária. A fase primária da criminalização consiste na elaboração das leis penais, sendo um ato formal que prevê abstratamente uma conduta que é considerada crime, estabelecendo a respectiva punição para quem infringir a norma. Tal fase é exercida pelas agências políticas, como o Poder Executivo, pois são entes que formulam as leis. (ZAFFARONI et al., 2003).

Já a fase secundária da criminalização consiste no poder punitivo exercido sobre pessoas determinadas, sendo realizado por agências de criminalização secundária, como a polícia (que é o ente que corre mais riscos entre as agências que exercem o poder punitivo). Nesta fase são realizados procedimentos para apurar se o indivíduo realmente cometeu o crime previsto na fase primária de criminalização e, em caso positivo, para aplicar-lhe a respectiva sanção. A fase secundária compreende, entre outros atos, a investigação policial, as prisões cautelares e o processo. (ZAFFARONI et al., 2003).

A fase primária e a fase secundária da criminalização fundamentam-se, então, respectivamente, em elaborar uma lei que preveja abstratamente uma conduta considerada crime e a respectiva sanção por sua prática, sendo realizados atos para provar que o suspeito realmente cometeu o delito previsto, para que o Estado exerça o poder punitivo sobre aquela pessoa.

Todas as dúvidas sobre as condições e os motivos da criminalidade também são as dúvidas sobre as circunstâncias e as causas da criminalização, tanto do ponto de vista da criminalização primária (elaboração

das leis, que preveem a penalização ou não de certa conduta), quanto no prisma da criminalização secundária (que exerce o poder punitivo, aplicando as regras previstas na fase primária de criminalização). (BARATTA, 2011).

O Direito Penal abstrato (criminalização primária) reproduz a realidade social brasileira, com preocupação em proteger o patrimônio e buscando combater e punir condutas transgressoras cometidas por indivíduos pertencentes a classes mais desfavorecidas, com base em seu estereótipo. (BARATTA, 2011).

Desta forma, o estereótipo é o principal aspecto considerado para a seletividade da criminalização secundária, consistindo em como a sociedade vê o transgressor, conforme foi lido passado pela mídia, a qual exerce grande influência na criminalização, sendo que o criminoso é visto de todas as formas negativas possíveis, na concepção social, econômica, étnica e estética, o que faz com que a população carcerária tenha um perfil uniforme, sendo estes os motivos para a criminalização, embora também possam assumir um papel de causa dos delitos. (ZAFFARONI et al., 2003).

Sabe-se que os meios de comunicação social influenciam muito na criminalização, pois exercem forte pressão sobre o sistema penal para punir imediatamente o indivíduo que, na sua visão, merece ser penalizado. Os casos que geram mais comoção social, por suas características, como o estupro de uma criança por um familiar, são difundidos pela mídia de uma forma que exerce grande poder sobre as pessoas, as quais passam a clamar por uma punição severa e instantânea ao infrator, não lhes interessando o sistema penal, que deve seguir os procedimentos e as regras do devido processo, conforme a lei estabelece.

A fase primária da criminalização traz um incalculável rol de previsões de crimes e suas respectivas sanções, sendo natural que a fase secundária da criminalização (que é a ação punitiva) consiga criminalizar apenas uma parcela dos delitos previstos primariamente, até porque não chegam ao conhecimento das agências que exercem a fase secundária da criminalização todos os crimes ocorridos no meio social e, se chegam, não há estrutura suficiente para tais agências atuarem em todos os casos. (ZAFFARONI et al., 2003).

A criminalização (considerar uma conduta crime e impor uma pena) é sempre subsidiária, sendo dada primazia à impunidade, pois o programa primário é muito extenso e as agências secundárias não têm como dar conta de conhecer e atuar em todas as situações, motivo pelo qual tais agências atuam de modo seletivo, decidindo quem serão os indivíduos punidos e, conseqüentemente, as vítimas defendidas, embora a fase primária, que elabora as leis penais, tenha um caráter mais abstrato, pois mesmo selecionando os indivíduos que serão punidos, não sabe, efetivamente, quais pessoas serão, pois isso se dará de acordo com quem cometeu o delito. (ZAFFARONI et al., 2003).

Na criminalização secundária, então, são selecionados os indivíduos das classes mais baixas para serem punidos pelo sistema penal. Estes podem escolher delinquir e serem punidos por isso (porque provavelmente eles serão) ou arranjar um emprego ganhando um salário mínimo, podendo então, serem punidos ou mal pagos, sendo que se conseguirem emprego não poderão reivindicar melhores condições, por meio de greve, por exemplo, porque serão presos pela polícia, justamente por possuírem o estereótipo que têm, especialmente em relação à sua condição financeira, neste caso, serão punidos e mal pagos. (BATISTA, 1990).

Assim sendo, a criminalização secundária seleciona os crimes mais brutais e os indivíduos que possam “causar menos problemas”, especialmente por não terem condições financeiras para tanto, o que fere o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988)⁵⁵, pois trata de forma desigual as pessoas, aplicando a lei de forma distinta para elas, as quais deveriam ser, em tese, tratadas de forma invariável diante da lei. (ZAFFARONI et al., 2003).

A seletividade da criminalização secundária também se estende sobre fatos toscos e até insignificantes cometidos, como o pequeno tráfico de drogas, isso porque o criminoso, por seu estereótipo, como o local onde mora e o nível de escolarização, utiliza os seus poucos recursos e o pouco que sabe no

⁵⁵ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

cometimento do delito, sendo capaz, portanto, de realizar apenas esses crimes mais boçais, e, por consequência, mais fáceis de serem descobertos pela polícia. (ZAFFARONI et al., 2003).

A criminalização secundária confirma a seletividade imposta abstratamente pela criminalização primária, sendo que as agências da criminalização secundária, principalmente a polícia, que é quem inicia o procedimento de localização e investigação das condutas transgressoras, mas também os órgãos do judiciário, que processam e punem, procuram a criminalidade nas camadas sociais mais baixas, pois é lá que ela se encontra. (BARATTA, 2011).

A lei penal não traz punições para condutas danosas às classes marginalizadas, sendo isso chamado de “não conteúdo” da norma penal, enquanto a seletividade criminalizadora já inicia na feitura dos tipos penais, sendo que um furto, por exemplo, que é cometido geralmente por pessoas de classes sociais mais baixas tem muito mais situações agravantes do que um crime do “colarinho branco”, delito de cunho econômico, praticado por pessoas de classes mais favorecidas, que provavelmente não serão criminalizadas, pois não possuem o estereótipo definido pelo sistema penal para criminalizar. (BARATTA, 2011).

A vitimização também é critério seletivo para criminalizar o indivíduo que cometeu um delito, sendo que as classes mais desfavorecidas sofrem essa vitimização, o que as faz apoiar propostas opressivas de controle social. Mas não só as classes mais desfavorecidas são vulneráveis à vitimização, o gênero, por exemplo, também influencia muito, sendo os homens mais criminalizados do que as mulheres, mas ambos os sexos são vitimizados da mesma forma, ou até as mulheres sofrem maior vitimização, por serem consideradas, culturalmente, o sexo mais frágil. (ZAFFARONI et al., 2003).

Logo, errada a ideia de que o Brasil é o país da impunidade, porque o Brasil pune, mas apenas os indivíduos de certas classes (baixas), para garantir a seletividade econômica, pois a punição é separatista (pobres, negros, jovens, homens), mas os pobres são os mais punidos. (ZAFFARONI et al., 2003).

A seleção policizante consiste no procedimento de selecionar e treinar os operadores da polícia (agência que exerce, inicialmente, o poder punitivo). Como o salário do policial é baixo, ele faz arrecadações ilícitas nas operações em que atua. Ademais, o policial deve se manifestar de forma conservadora para a sociedade e tratar com desdém o transgressor, tem pouca solidez no trabalho, pois é transferido para outros locais com frequência, não tem possibilidade de desenvolver uma autonomia profissional, sendo totalmente submisso à estrutura vertical da polícia, além de exercer atividade de risco, com treinamento deficitário e ser associado pela sociedade que defende, com influência midiática, a uma figura desonesta e brutal, o que o coage a ter condutas hostis e ilegais. (ZAFFARONI et al., 2003).

Sabe-se que a polícia tem grande desprestígio no Brasil, especialmente porque a mídia cria uma imagem de que os policiais são rudes e corruptos, não considerando as condições a que eles se submetem, especialmente as de perigo, típicas da natureza de sua atividade, que com certeza influenciam muito nesse comportamento. Ademais, são eles que defendem a sociedade, a qual os despreza tanto, o que é tão cômico quanto trágico.

Além da criminalização primária e secundária, há a criminalização terciária, que é a terceira fase do processo de criminalização, consistindo em agentes que tem o poder de rotular o indivíduo, especialmente a própria sociedade e o cárcere. (BARATTA, 2011).

Nesse sentido, deu-se o surgimento das Teorias da “Reação Social” ou *labeling approach*, que fazem parte de uma nova sociologia criminal e estudam os efeitos classificatórios que o sistema penal, considerando suas leis e principalmente seus agentes (policiais e estabelecimentos prisionais, precipuamente), produzem sobre o indivíduo transgressor, para se poder compreender efetivamente a criminalidade. (BARATTA, 2011).

O *labeling approach* envolve duas correntes da sociologia americana, que são o interacionismo simbólico e a etnometodologia. O primeiro consiste na realidade social, enquanto o segundo considera a sociedade como definidora dos indivíduos, sendo que ela só existe, pois tipifica pessoas e grupos. (BARATTA, 2011).

Conforme pesquisas feitas no livro *Cabeça de Porco*, em visitas às comunidades de todo o país, os autores verificaram que o criminoso possui um perfil, pois os transgressores são pessoas em condições semelhantes de cunho financeiro, social, étnico e até estético, o que os faz mais propensos a ingressar no mundo do crime. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

O perfil dos criminosos consiste, basicamente, em jovens, negros e pobres, que cresceram em conturbados ambientes familiares. Ademais, a sociedade não dá nenhum apoio a estes jovens, apenas busca puni-los. Assim, a realidade social dos indivíduos transgressores produz neles tendências criminosas, sendo esta uma das faces da criminalização terciária. (ATHAYDE, BILL e SOARES, 2005).

A outra face da criminalização terciária é o estabelecimento prisional e sua influência sobre os apenados. A própria prisão já é nociva à pessoa, pois a mantém longe do corpo social, não havendo, assim, muitas possibilidades de ressocializar alguém (que é o objetivo da pena), mantendo-o tanto tempo longe do convívio social. (BITENCOURT, 2004).

Ademais, as condições do cárcere, como a falta de higiene, a superlotação, a falta de atividades para ocupação dos presos, bem como a perda da intimidade e a uniformização dos apenados, contribuem muito para a alteração de sua identidade na prisão, fazendo com que eles se consolidem na vida do crime, ao invés de retirá-los dela. (BITENCOURT, 2004).

O *labeling* busca saber quem é definido como transgressor, quem faz essa definição e que efeito ela exerce sobre o indivíduo desviante. Pesquisas feitas sobre os efeitos da classificação dos apenados, tendo como um dos autores Edwin M. Lemert, mostraram que quando o indivíduo é punido sua identidade social muda automaticamente, pois ele já foi definido como um delinquente, fazendo com que a pena em si, além da reação da sociedade ao delito, produzam efeitos psicológicos no transgressor, fazendo com que ele tenda a continuar exercendo a função social para a qual foi classificado. (BARATTA, 2011).

Os resultados dessa pesquisa colocaram em dúvida o objetivo ressocializador e reeducativo da pena, mostrando que ela tem efeito

criminógeno, pois ao invés de prevenir o cometimento de novos delitos consolida a identidade criminosa do desviante. (BARATTA, 2011).

A crítica a tais teorias se dá porque elas são de médio alcance, já que não analisam a realidade dos comportamentos desviantes, quanto aos aspectos sociais e econômicos do transgressor, para compreender efetivamente a criminalidade. No entanto, o *labeling approach* mostra que o fim da pena não está sendo alcançado, pelo contrário: a pena produz efeito criminógeno nos apenados, revelando a ampla distância entre o objetivo ressocializador e reeducativo da pena e o real papel do cárcere atual. (BARATTA, 2011).

Assim, foi explanado neste tópico sobre as três fases da criminalização, sendo que a primeira consiste na elaboração das leis penais, prevendo uma conduta abstrata que, se for praticada, será considerada crime, e estabelecendo a respectiva sanção. Já a criminalização secundária diz respeito aos procedimentos adotados, especialmente pela polícia e pelo Poder Judiciário para apurar se o acusado realmente cometeu o crime, e, em caso positivo, aplicando-lhe a devida sanção. A terceira fase da criminalização, por sua vez, consiste em quais indivíduos serão criminalizados, por ser impossível a atuação do poder punitivo em todas as situações, selecionando os indivíduos que serão punidos, com base em seu perfil de criminoso (jovens, homens, negros e pobres), atribuído a eles pela sociedade e pela própria prisão.

4.4 Prisão Especial para Diplomados na Doutrina e na Jurisprudência

Pacelli considera como totalmente desigual o tratamento dado aos diplomados, que pelo simples fato de possuírem maior grau de escolaridade são destinatários da prerrogativa da prisão especial, o que prova a seletividade do sistema penal, já que não há relação alguma entre o portador de diploma de curso superior e a persecução penal. (PACELLI, 2018).

Em que pese a Constituição Federal da República de 1988 garantir, em seu artigo 5º, *caput*, o princípio da igualdade, prevendo que todos serão tratados de forma igual perante a lei, sem qualquer discriminação, o Código de Processo Penal e a legislação especial asseguram prisão especial para certas pessoas, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, basicamente em razão do cargo ou função exercida por elas. (AVENA, 2015).

Tourinho, por sua vez, diz que a prisão especial não é uma regalia para determinadas pessoas, mas sim uma consideração maior feita a certos indivíduos, em virtude de seu nível superior de instrução ou do cargo que exercem, o qual possui grande valia para a sociedade, motivo pelo qual a prisão especial não representa nenhuma afronta ao princípio da isonomia. (TOURINHO, 2013).

Segundo Tourinho (2013, p. 475, apud GARCIA, *Comentários*, p. 74):

Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, imanescentes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere.

Veja-se que, fazendo apenas uma leitura simplista do dito por Basileu Garcia, já se observa o desrespeito ao princípio da isonomia, pois é absurdo dizer que as pessoas com ensino superior, simplesmente “por terem mais educação”, possuem maior sensibilidade diante do cárcere. O grau de escolaridade que um indivíduo possui não é critério determinante para que sofra mais na prisão, pois se sabe que o cárcere, por si só, considerando suas características e condições, é igualmente cruel para todos os apenados, independentemente de qualquer coisa.

Nucci entende que a prisão especial não faz sentido, pois não considera a pessoa, que é quem está presa sofrendo os descalabros do cárcere, mas leva em conta os títulos e a função do indivíduo, que não tem relação alguma com o maior ou menor sofrimento do apenado na prisão. (NUCCI, 2017).

A prisão especial para diplomados ocorre só enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, pois quando houver, o preso especial deixa de sê-lo, passando a ser um preso comum, que vai cumprir normalmente a pena, sem nenhuma benesse, conforme determinado na sentença. (TOURINHO, 2013).

Há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, em que a prisão preventiva do réu foi decretada, medida cautelar para assegurar o resultado útil do processo, a qual foi convertida em prisão especial, uma vez não haver condenação definitiva e porque o acusado possuía diploma de curso superior.⁵⁶

A prisão especial traduz um preconceito injusto e aristocrata. Quanto aos diplomados, muitos brasileiros sequer possuem oportunidade de acesso a um curso superior e o argumento de que o cárcere é particularmente penoso aos letrados não procede, pois qualquer pessoa, primária e sem antecedentes, sofre da mesma forma ao ser encarcerada. (NUCCI, 2017).

Necessário acrescentar que os diplomados, até por possuírem uma educação superior, tendo todas as condições de bem avaliarem suas condutas e de saberem como agir corretamente em sociedade, não deveriam se curvar para o mundo do crime. Sua sensibilidade não deveria ser no sentido de sofrer

⁵⁶ EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE EXTORSÃO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. PRESENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRISÃO ESPECIAL. DIPLOMADO EM CURSO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Esta Corte adota entendimento de que a circunstância de o réu ter respondido solto durante toda a instrução criminal não impede que tenha a prisão preventiva decretada na sentença condenatória, desde que presentes os pressupostos que a autorizam. 3. Hipótese em que a segregação foi motivada em elementos concretos dos autos, demonstrativos da necessidade da prisão para garantia da ordem pública, diante do modus operandi utilizado na prática delitiva, comprobatória da periculosidade do réu, especificamente em razão das graves e reiteradas ameaças feitas às vítimas. 4. Não há que se falar em carência de fundamentação idônea para a decretação da custódia, tampouco em inobservância dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP, se as circunstâncias descritas nos autos corroboram a necessidade de manutenção da segregação acautelatória, considerando a periculosidade do réu. 5. Os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República têm direito a serem mantidos em prisão especial antes da condenação definitiva, nos termos do art. 295, VII, do Código de Processo Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a transferência do apenado para prisão especial.

mais com o cárcere, mas de saber, considerando todo o seu letramento, que o crime é um caminho que não deve ser percorrido.

A prisão especial é, então, em geral:

[...] afrontosa ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. Criou-se uma categoria diferenciada de brasileiros, aqueles que, presos, devem dispor de um tratamento especial, ao menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória. (NUCCI, 2017, p. 546).

A benesse faz uma distinção ilógica e discriminatória, criando-se até no cárcere uma segregação por classes sociais, já que ter um diploma de curso superior não reflete o maior sofrimento de uma pessoa perante o cárcere, apenas reafirma a verticalização social no Brasil, país no qual quem tem mais relevância social (por sua educação ou profissão) merece ser mais bem tratado que os demais, que não o possuem, inclusive no cárcere.

Nesse mesmo sentido, Nucci ainda diz que:

Nenhum mal – além daquele que a prisão em si causa – pode haver para um engenheiro (com diploma universitário) dividir o espaço com um marceneiro (sem diploma universitário), por exemplo, se ambos são acusados da prática de um delito pela primeira vez. (NUCCI, 2017, p. 547).

Este é o ponto. Não faz sentido separar pessoas, no cárcere, por sua educação, ainda mais sendo todos considerados iguais perante a lei, em um país que se autointitula como Estado Democrático de Direito. Um diploma de curso superior não faz uma pessoa ser melhor do que a outra, nem faz o cárcere ser pior para essa pessoa, apenas por ter maior nível de instrução. A prisão é, em si, cruel. E será para todos, não apenas para aqueles que detêm um diploma de curso superior. Afinal, por que seria?

A prisão especial para diplomados traz uma disposição ultrapassada e elitista, conforme Nucci (2017, p. 547, apud Marcelo Semer, A Síndrome dos Desiguais, p. 11):

Na vigência das Ordenações (entre 1603 e 1830), a mesma prisão que para um homem do povo seria em *ferros*, para nobres e autoridades, ou *Doutores em Leis, Cânones ou Medicina*, poderia ser domiciliar. [...] Continua sendo destinada aos ocupantes de certos cargos públicos, membros de algumas atividades profissionais e aos portadores de diploma de curso superior.

Os bacharéis em Direito, por serem diplomados por Faculdade Superior da República são destinatários do benefício da prisão especial (inciso VII do artigo 295)⁵⁷, já os advogados, conforme previsão especial no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 7º, V, Lei 8.906/1994⁵⁸) só poderão ser presos, antes da sentença condenatória transitada em julgado, em salas de Estado-Maior, em boas condições, ou, em sua falta, ficarão recolhidos em prisão domiciliar. (TOURINHO, 2013).

Inclusive há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Trata-se de caso em que um advogado teve a prisão provisória domiciliar deferida, por ter sido recolhido em cela de distrito policial em condições que não condiziam com as prerrogativas asseguradas pela lei à categoria.⁵⁹

⁵⁷ Art. 295 - Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

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

⁵⁸ Art. 7º - São direitos do advogado:

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

⁵⁹ EMENTA: HABEAS-CORPUS. ADOGADO. PRISÃO PROVISÓRIA. SALA DE ESTADO-MAIOR. PRERROGATIVA DE CLASSE. RECOLHIMENTO EM DISTRITO POLICIAL. CELA QUE NÃO ATENDE A REQUISITOS LEGAIS. SITUAÇÃO DEMONSTRADA POR DOCUMENTOS E RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRO PROCESSO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. PRISÃO DOMICILIAR DEFERIDA. 1. Habeas-corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, em reclamação, rejeitou o argumento de inobservância da ordem deferida no HC 15.873-STJ em favor do paciente, advogado, a fim de que fosse transferido para local condizente com as prerrogativas legais da classe. Alegação de simples deslocamento de um distrito policial para outro, mantidas as condições incompatíveis com a prisão especial garantida por lei. 2. Bacharel em direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Lei 8906/94, artigo 7º, inciso V. Recolhimento em sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Direito público subjetivo, decorrente de prerrogativa profissional, que não admite negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar. 3. Incompatibilidade do estabelecimento prisional em que recolhido o paciente, demonstrada documentalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP e reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 16.056. Necessidade de dilação probatória para o deferimento do writ. Alegação improcedente. Ordem deferida para assegurar ao paciente seu recolhimento em prisão domiciliar.

Nucci não vê sentido na prisão especial para diplomados, pois portar título de curso superior não é critério que justifique a segregação do detentor em uma prisão especial. (NUCCI, 2017). O renomado autor continua dizendo o seguinte:

[...] a prisão é uma exceção e não a regra, razão pela qual, se for decretada, o tratamento dado aos detidos deveria pautar-se pela pessoa, seu caráter, sua personalidade, sua periculosidade e jamais por títulos que detenha. Não se vai construir uma sociedade justa separando-se brasileiros por castas, ainda que em presídios. O homem letrado e culto pode ser tão delinquente quanto o ignorante e analfabeto, por vezes até pior, diante do conhecimento que detém. (NUCCI, 2017, p. 547).

Nucci concorda, então, com uma observação feita por Maurício Zanoide de Moraes, de que é legítimo estender o benefício da prisão especial para pessoas que, em virtude da função que exercem, possam sofrer algum tipo de ameaça ou violação em sua integridade física se recolhidas junto aos presos comuns, como policiais e juízes, já que o tratamento especial dado a eles será pautado em sua pessoa. (NUCCI, 2017).

Tal ressalva é muito importante, pois indivíduos que exercem certas funções, como a de Juiz de Direito, pela profissão em si e por ter ela relação com a persecução penal, são mais vulneráveis para sofrer algum tipo de ameaça, vingança, coação ou violência física/moral por outros presos. Até porque há o risco do magistrado ficar preso provisoriamente junto com um detento que condenou. Com certeza esse convívio não traria bons frutos. Logo, tal separação é legítima, por motivos óbvios.

A prisão especial no Brasil não causa estranheza, já que o país não faz questão de ocultar o gosto social pelas pessoas importantes, detentoras de cargos de prestígio, ricas e cultas, nem busca encobrir o uso habitual de meios de discriminação aos mais desfavorecidos. Pessoas que são iguais por definição constitucional, mas que são tratadas de forma diferente perante a lei penal, que privilegia, especialmente, indivíduos que exercem certos cargos e diplomados em curso superior da República. (PACELLI e FISCHER, 2018).

Registre-se que o Código de Processo Penal é de 1941, época antidemocrática do governo de Getúlio Vargas, sendo que o texto original do Código já incluía a prerrogativa da prisão especial, inclusive para os diplomados. Logo, o benefício vem de uma época em que os direitos não eram respeitados e que quem possuía diploma de curso superior ou exercia função de prestígio era melhor do que os outros, devendo ser tratado como tal até na prisão, e essa separação discriminatória e aristocrata continua até os dias atuais.

Neste último tópico foi tratado, então, sobre a prisão especial para diplomados na Doutrina e na Jurisprudência, sendo essencial bem compreendê-la, assim como seus fundamentos, para que se consiga chegar a uma resposta efetiva sobre o problema apresentado nesta pesquisa.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da prisão especial para diplomados frente ao princípio da isonomia. Tal espécie de prisão, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, busca separar os presos provisórios (porque a prisão especial ocorre apenas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, então, dentro da prisão cautelar), em virtude das funções que exercem/exerceram ou da diplomação em curso superior que possuem, sendo que esta pesquisa buscou verificar a compatibilidade da prisão especial para os detentores de diploma de curso superior com o princípio constitucional da isonomia.

Para tanto, no primeiro capítulo foram tratados dos principais princípios que legitimam a prisão no Direito Penal Brasileiro, inclusive o princípio da igualdade. Assim, verificou-se que os princípios da humanidade, da legalidade e da isonomia, tornam possível a existência da prisão, que deve se pautar em tais princípios, para que seja realmente legítima.

Quanto ao princípio da humanidade, aferiu-se que é visível que ele não é respeitado no sistema penal brasileiro, especialmente dentro do cárcere, pois

as condições das penitenciárias brasileiras são cruéis e degradantes, não possuindo os presos o mínimo de dignidade no cárcere, nem as menores condições existenciais. O ambiente é anti-higiênico, não possibilita intimidade alguma aos apenados e proporciona diversos tipos de abuso, inclusive sexual, não respeitando, assim, o princípio da humanidade, pois não trata os apenados como seres humanos, o que não deixam de ser ao entrarem no cárcere.

Em relação ao princípio da legalidade, verificou-se que ele é mais respeitado no sistema penal brasileiro, em comparação com o princípio da humanidade, pois a lei que determina um fato como crime e sua respectiva sanção precedem o caso concreto. No entanto, há disposições no ordenamento jurídico que não são claras e precisas, deixando margem para a subjetividade do juiz, aplicador da lei, o que viola uma faceta do referido princípio, pois não traz segurança jurídica, que é o principal mister do princípio em comento, bem como possibilita a discricionariedade por parte do magistrado na aplicação da norma jurídica, situação que o princípio da legalidade busca evitar a todo custo.

O princípio da isonomia, por sua vez, tem várias facetas. Verificou-se que as pessoas não são iguais, logo esse princípio não se aplica nesse sentido, pois é impossível a igualdade entre as pessoas, que sempre serão diferentes em algum aspecto. Entendeu-se, então, que a igualdade deve ser na lei e perante a lei, ou seja, a norma jurídica não pode dispor de forma a discriminar alguém, nem pode tratar as pessoas de forma diferente, aplicando-se da mesma forma para todos. Não ferindo tal princípio, no entanto, a igualdade material, que trata de forma diferente as pessoas diferentes, por pertencerem a grupos mais desfavorecidos, logo devem ser tratadas de forma desigual (mais benéfica), para que se igualem aos demais, que já estão em melhor condição.

No segundo capítulo, constatou-se que a prisão, no início, não era uma pena, mas um local de custódia para guardar os réus, até seu julgamento ou execução, tendo também caráter de castigo ou consistindo em um local de correção. Com os acontecimentos sociais, decorrentes de guerras, especialmente, que culminaram na pobreza em massa na Europa, entre a Idade Média e a Idade Moderna, a prisão passou a se tornar uma pena, diante

da ineficácia de outras sanções, pois eram muitas pessoas que deveriam ser penalizadas, já que, em virtude da pobreza, cometiam crimes, especialmente furtos, ou seguiam no caminho da mendicância, sendo que desde o século XIX a pena de prisão é a sanção mais utilizada.

Averiguou-se, ainda, que a prisão pode ser uma pena ou pode se dar de forma cautelar. A primeira tem caráter de sanção, pressupondo um delito e um devido processo, enquanto a segunda se destina a recolher o réu para uma finalidade, como a preservação das provas. Logo, a prisão atual não é só uma pena, mas também tem outra função, que é a de cautela.

Constatou-se no último tópico do capítulo segundo, que a prisão especial é uma prerrogativa que existe desde a redação original do Código de Processo Penal, de 1941, consistindo em apartar presos em virtude de sua função ou do grau de escolaridade que possuem, sendo que a separação pode ser em um quartel, em sala separada na prisão comum ou em uma cela coletiva no cárcere, desde que em condições existenciais mínimas. Para a maioria da Doutrina, essa segregação se dá, pois há pessoas que tendem a sofrer mais com o cárcere, bem como para dar uma maior atenção para os indivíduos que, em virtude de sua escolarização ou do cargo que exercem ou exerceram merecem ser reconhecidos pela sociedade, dispensando a eles melhor tratamento, até na prisão.

No terceiro capítulo, se estudou os aspectos positivistas do Código de Processo Penal, que foi influenciado pelo Código Italiano de 1930. Logo, se viu os traços autoritários presentes no Código de Processo Penal Brasileiro, que além de ter sido criado em uma época ditatorial no Brasil (1941), foi inspirado em uma legislação fascista (a italiana, de 1930), sendo que a prisão especial para diplomados, que existe desde a redação original do Código de Processo Penal, foi influenciada pelos costumes da época, na qual se considerava mais as pessoas com maior escolarização, que mereciam, portanto, melhor tratamento em relação às demais, inclusive no cárcere.

Inferiu-se, ainda, que a realidade carcerária brasileira é muito dura. Os presos não possuem direitos (até possuem, mas não são respeitados). Os apenados vivem em condições totalmente cruéis, principalmente em relação à

superlotação dos presídios, bem como à falta de higiene, tanto na alimentação quanto no ambiente. Os presos não possuem mais nem sua própria personalidade, pois devem se adaptar ao cárcere, para que consigam sobreviver na prisão, dadas as relações de poder que a compõe.

Quanto às três fases da criminalização, depreendeu-se que há três critérios para que alguém seja criminalizado no país, já que não há como criminalizar todos, pois o poder punitivo estatal não tem estrutura para atuar em todos os casos. Logo, a primeira fase da criminalização é a elaboração de leis, que seleciona as condutas que serão consideradas crime e sua respectiva pena, definindo, de certa forma, quem será punido. A segunda fase da criminalização também seleciona quem será punido, pois nela são feitos procedimentos, pela polícia e pelo Judiciário, principalmente, para apurar se o acusado é realmente culpado, sendo escolhidas as condutas e os indivíduos que serão investigados, pois, como já dito, não há como atuar em todas as situações. Por fim, a terceira fase da criminalização é o rótulo atribuído ao indivíduo, como criminoso, especialmente pela sociedade e pelo cárcere. O criminoso possui um perfil, sendo mais fácil a criminalização de quem possui tal estereótipo, como é o caso dos negros e dos pobres. No cárcere, pelas suas próprias condições, o apenado também muda de identidade, pois deve se adaptar às circunstâncias que a prisão oferece, seguindo, assim, um estereótipo.

Por fim, no último capítulo também foi analisada a prisão especial para diplomados, considerando-se os ensinamentos doutrinários e os entendimentos jurisprudenciais, tendo sido verificado que os diplomados, apenas por possuírem maior educação, são considerados merecedores de um local separado no cárcere, que detenha boas condições, pois quem possui maior escolarização também possui maior sensibilidade diante do cárcere, pelo menos é o que a Doutrina minoritária e a lei entendem. A Jurisprudência, ao que se viu, respeita o disposto na lei, reservando a prisão especial para quem o Código de Processo Penal atribuiu tal prerrogativa. No entanto, a Doutrina majoritária entende que não há razão alguma em separar um indivíduo no cárcere apenas porque ele possui ensino superior, já que a prisão, por suas próprias condições, é cruel para todos os apenados, sendo que o fato de um

preso possuir título de curso superior não é critério que determine ou justifique seu maior sofrimento na prisão, para separá-lo dos demais.

Assim, os diplomados, apenas por possuírem título de curso superior, não merecem ficar em prisão especial, pois não há razão para isso. A segregação por tal critério é indevida, discriminatória e elitista, já que o cárcere, por si próprio, é nocivo aos presos, independentemente do apenado possuir ou não diploma de curso superior.

Deve-se considerar, ainda, que o Código de Processo Penal é de 1941, época em que Getúlio Vargas liderou um governo ditatorial no Brasil. O texto original do Código de Processo Penal já garantia a prisão especial para diplomados. Aferiu-se que, na época, quem exercia certos cargos e quem possuía graduação em curso superior tinha maior valor social em relação aos demais. Logo, essas notórias pessoas mereciam melhor tratamento do que os outros, inclusive na prisão. E continua até hoje, pois a disposição da prisão especial para diplomados não foi revogada, transmitindo para a sociedade atual uma herança ditatorial de um período obscuro da história brasileira, que ocorreu há muitos anos, e cujos vestígios, inclusive jurídicos, já deveriam ter sido apagados, pois representam uma sociedade antiga, preconceituosa e aristocrata.

O Direito tem como principal função organizar a sociedade e garantir que as pessoas convivam em harmonia, motivo pelo qual deve acompanhar a mudança e a evolução social, para bem exercer seu mister. De modo que, disposições antigas, que refletem um período social que não se está mais vivendo, devem ser imediatamente revistas, adequando-se o Direito à sociedade, que é a sua razão de ser.

Desta forma, considerando a previsão constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção (princípio da isonomia), a prisão especial para diplomados deve ser motivo de discussão, pois é evidente sua inconstitucionalidade, já que conferir tratamento especial a alguém, no cárcere, apenas por possuir diploma de curso superior, não é tratar as pessoas de forma igual perante a lei, e é fazer discriminação, apadrinhando o indivíduo mais escolarizado.

Portanto, verificou-se que para que o Brasil seja realmente um Estado Democrático de Direito (garantidor das garantias fundamentais), como orgulhosamente se autointitula, deve, primeiramente, respeito à Constituição Federal, que prevê o igual tratamento de todos diante da lei, sem qualquer discriminação, inclusive pelo grau de escolaridade de uma pessoa, que não é motivo para separação no cárcere, mas é razão de uma divisão social em classes, até dentro da prisão, fazendo dos diplomados a classe nobre do cárcere, autenticando a sociedade brasileira como uma coletividade injusta, preconceituosa e aristocrata.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.
Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948.
Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>.
Acesso em: 04 de novembro de 2018.

ATHAYDE, Celso, BILL, MV, SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6717-8/cfi/6/10!/4/18@0:48.8>>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, 2011. 1ª reimpressão, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.** – Rio de Janeiro: REVAN, 1990. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/68088715/Nilo-Batista-Punidos-e-Mal-Pagos-Violencia-justica-seguranca-publica-e-direitos-humanos-no-Brasil-de-hoje-1990>>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas.** 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1.** 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.706/1939. Rio de Janeiro, 27 de outubro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1706-27-outubro-1939-411734-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 2.848/1940. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/1941. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657/1942. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 27, DE 1992. Senado Federal, 26 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 3.181/1957. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 11 de junho de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3181.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 5.256/1967. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 6 de abril de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 7.172/83. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, em 14 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7172.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 8.069/1990. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI nº 8.072/1990. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.906/1994. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.249/95. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL, Lei 9.503/97. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.258/2001. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10258.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei 10.792/2003. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, Distrito Federal, 1º de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei 11.343/2006. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 11.464/2007. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 29 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. LEI Nº 12.403/2011. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Portaria 1.191/2008. Ministério da Justiça. 19 de junho de 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI63098,11049-Portaria+disciplina+os+procedimentos+administrativos+a+serem>>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.208/2001. Presidência da República. Secretaria-Geral. Secretaria de Assuntos Parlamentares. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg214-010308.htm>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Condições Carcerárias. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CONDI%C7%D5ES+CARCER%C1RIAS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Prisão Especial para Diplomados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRIS%C3O+ESPECIAL+PARA+DIPLOMADOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Princípio da legalidade. Exploração Sexual. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRINC%CDPIO+DA+LEGALIDADE+EXPLORA%C7%C3O+SEXUAL&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Prisão Especial Diplomados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRIS%C3O+ESPECIAL+DIPLOMADOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y825p4wf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Princípio da Humanidade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINC%CDPIO+DA+HUMANIDADE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7hjucrr>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Princípio da Isonomia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINC%CDPIO+DA+ISONOMIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6u6g5qz>>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Princípio da Isonomia. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PRINC%CDPIO+DA+ISONOMIA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Pesquisa de Jurisprudência. Condições Carcerárias. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=condi%C3%A7%C3%B5es+carcer%C3%A1rias&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=tratamento+degradante+no+c%C3%A1rcere&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

COSTA RICA. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete**. 37. ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

ITALIA. **Codice Penale/1930**. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Disponível em: <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2507>>. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/cfi/5!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr.** - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As Origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI - XIX).** Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2006. (Pensamento Criminológico, v. 11). 2ª edição, agosto de 2010.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015126/cfi/6/18!/4@0:0>>. Acesso em: 27 de outubro de 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.**– 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito penal: parte geral I** (Coleção Saberes do Direito 4). – São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502168992/cfi/4!/4/4@0.00:3.58>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 3.** 35. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.
2. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2003.