

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

WÁGNER CRISTIANETTI

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA PRISÃO ESPECIAL
PROVISÓRIA

PASSO FUNDO
2018
WÁGNER CRISTIANETTI

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA PRISÃO PROVISÓRIA ESPECIAL

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

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e à minha orientadora pelo esforço despendido.

RESUMO

O presente trabalho promove uma análise acerca do instituto da prisão especial provisória prevista no artigo 295 do Código de Processo Penal e a sua conseqüente adequação aos valores constitucionais vigentes, o que desagua na indagação de sua inconstitucionalidade. Para isso, faz-se necessário uma multi-análise do instituto, assim como importantes apontamentos acerca dos princípios que pautam o tema. Busca-se elencar elementos atinentes a essa modalidade de prisão, assim como uma análise desse instituto no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal. Também se trouxe à pesquisa dados acerca da situação carcerária brasileira. Ao fim, entende-se que o instituto é inconstitucional e também instrumento que auxilia na difusão de tratamento anti-isonômicos, os quais deveriam ser melhor analisados e aplicados no atual Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade. Prisão especial provisória. Processo Penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art: Artigo

CF/88: Constituição Federal de 1988

CPC: Código de Processo Civil

CPP: Código de Processo Penal

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 PRISÃO PROVISÓRIA ESPECIAL	3
2.1 Prisão provisória: espécies e aspectos gerais	4
2.2 Princípios das prisões provisórias ou cautelares	8
2.3 Prisão provisória especial: requisitos essenciais	11
2.4 Prisão especial e o caráter provisório	15
3 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	18
3.1 Isonomia como raiz axiológica	18
3.2 Princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988	21
3.3 Pertinência lógica entre vulnerabilidade processual e benefício	26
3.4 Prisão especial provisória: casos de pertinência.....	29
3.5 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334.....	31
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA ESPECIAL	33
4.1 Uma análise sobre as prisões provisórias no Brasil.....	33
4.2 Prisão provisória especial no Projeto de Lei 8.045/2010.....	35
4.3 Prisão especial provisória e a jurisprudência	36
4.4 A inconstitucionalidade do instituto da prisão especial provisória.	39
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

No estudo do processo penal, mesmo que a Lei Maior deste tema – o Código de Processo Penal, de 1941 – tenha iniciado sua vigência em 1941 e, desde então, sofrido reiteradas alterações em seu texto, alguns dispositivos e institutos guardam definições, valores e normas que, por reiteradas vezes, colocam em dúvida sua consonância com o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Um dos institutos em questão – pouco evidente nos estudos do tema – é o da prisão provisória especial que se fixa através do artigo 295 do Código de Processo Penal. Esse traz a benesse de recolhimento do sujeito em sala especial, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, se este detiver alguma das características lá expostas.

O texto da Carta Magna de 1988 veio inaugurar novos parâmetros que abrangem desde valores e princípios até normas que tentam exprimir o piso mínimo de direitos e obrigações dos particulares e do ente estatal.

Muitos dos mínimos legais insculpem-se tendo por base os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Vários princípios e valores, implícitos ou explícitos neste artigo, ajudam a fomentar e balizar a persecução penal, desde a investigação preliminar até o efetivo cumprimento da pena.

Por igualar todos os cidadãos em direitos e obrigações, e implicitamente aplicar isso ao processo penal, o que se põe em debate aqui, pormenorizadamente, é se a prisão especial provisória coaduna-se com alguns princípios como o da isonomia de tratamento processual na seara penal.

Atualmente, até mesmo pelos acontecimentos que permeiam o cenário político brasileiro, veio à tona a discussão do Projeto de Lei 8.045/2010, que trata do novo Código de Processo Penal. Por isso, importante é a abordagem do instituto na nova legislação que ainda está em pauta no Poder Legislativo, mas que poderá ser aprovada e então surtir os seus efeitos, nascendo daí diversas dúvidas se será extinto ou não o tema, ou ainda, se permanecer, qual será sua roupagem.

Levando em conta o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia, trazido pela Constituição Federal de 1988, fica elencada a dúvida acerca da recepção do presente dispositivo pelos valores lá trazidos. Fomentando ainda mais o

debate, há posicionamento contraditório entre doutrina e jurisprudência e, além do mais, há, por parte da doutrina, dura crítica quanto ao instituto. Assim, pretende-se elencar e desenvolver os principais pontos atinentes à matéria, e, ao final, através dos argumentos expostos, concluir acerca de qual posicionamento seria mais condizente com a norma constitucional.

Ao início, será de bom alvitre colacionar-se as definições acerca do instituto, pormenorizando seus detalhes e características a fim de se fazer uma explanação de como a prisão provisória insere-se no ordenamento jurídico pátrio. Seus requisitos, princípios e o próprio caráter de provisoriedade serão abordados nessa primeira fase.

Em seguida, sendo o princípio da igualdade grande vertente de ensinamentos que norteiam o presente trabalho, necessário será sua investigação profunda com intuito de tracejar uma ligação entre os parâmetros legais, doutrinários e por que não sua aplicação prática. Nesse sentido é que também se pauta a coerência lógica entre os fatores determinantes de desigualdades ou igualdade.

Por fim, vem contribuir ao fomento da discussão em pauta uma breve análise e apresentação acerca de dados sobre as prisões provisórias, discorrendo-se também sobre o Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal e algumas mudanças atinentes ao tema. Um novo olhar pode ser vislumbrado também pela análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334, a qual ataca parcialmente o instituto, assim como a jurisprudências sobre o tema. No desfecho, considerações importantes que influem sobre o problema em questão são levantadas e acabam por denotar a inconstitucionalidade do instituto da prisão especial provisória.

2 PRISÃO PROVISÓRIA ESPECIAL

Na seara penal e processual penal, por mais que haja estudos que têm como princípio a causa da ocorrência de crimes até a consequente repressão estatal, e, dentro disso, seus inúmeros nuances, os holofotes quase sempre se voltam para a pena privativa de liberdade, em tese mais grave, que é recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Ainda que o texto da Carta Magna expressamente tenha vedado as penas cruéis, as de trabalho forçado, as de caráter perpétuo, as de morte e de banimento, considerando a realidade carcerária brasileira, mesmo a pena privativa de liberdade, merece total atenção, seja pela forma como é executada, seja pelos dispositivos que regulam suas peculiaridades.

Mesmo no século XXI, com a crescente promoção dos direitos humanos e com a vigência de valores constitucionais que promovem e fomentam a igualdade de todo ser humano, parece haver resquícios na legislação brasileira que não se alinham a isso. No Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei Nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, mais especificamente no Art. 295, há a previsão do instituto da prisão especial provisória, no qual as pessoas detentoras das características lá elencadas serão recolhidas a estabelecimento diferenciado dos demais cidadãos.

Referido art. 295 do CPP foi colocado no Título IX (Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória), o que, concebido com o *caput* do artigo, facilmente se depreende que se aplica somente aos casos de prisão cautelar antes de transitar em julgado a sentença condenatória definitiva.

Tendo por norte, mais uma vez o artigo 5º da CF/88, o qual explicitamente promove no seu texto a igualdade e isonomia, considerando também o caráter de interesse público que o direito penal e o processo penal tomam para si, depreende-se que o tratamento prisional deverá respeitar esta igualdade na pena privativa de liberdade também, procurando padronizar, em todo o território nacional, suas nuances, sob pena de violação dos valores que um Estado Democrático de Direito tenta promover. Assim, será de suma importância colacionar as definições doutrinárias do instituto bem como da interpretação constitucional e a análise de princípios para um melhor aprofundamento no tema.

2.1 Prisão provisória: espécies e aspectos gerais

A pena privativa de liberdade é a restrição do direito de ir e vir e é considerada a mais grave do ordenamento jurídico. Conforme Tavora e Alencar (2016, p. 877-878), esta pena pode verter de duas configurações possíveis. A prisão pena, em resposta ao agravo praticado, que é aquela pela qual se pressupõe a existência de sentença com trânsito em julgado, também chamada de definitiva, é uma delas. A outra, no entanto, se dá no transcorrer do processo. Em alguns casos, no decorrer da persecução penal, ainda que sem sentença com trânsito em julgado, é possível que se dê o encarceramento do suspeito, indiciado ou réu. Essa medida se justifica pela possibilidade de que se o agente permanecer em liberdade haverá algum tipo de risco social. A liberdade é a regra, o encarceramento é a exceção. Por isso, a prisão do sujeito só poderá ser decretada em hipóteses contidas em lei e sendo devidamente fundamentadas as suas decisões.

Pode-se ressaltar, didaticamente, a pena de prisão como gênero e a provisória e a definitiva como espécies. Dentro da provisória, pode-se elencar como modalidades a prisão provisória comum e a prisão provisória especial, o que, no entendimento de Lopes Jr. (2014, p. 902) estaria equivocado, eis que “a chamada “prisão especial” não é uma modalidade de prisão cautelar, senão uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva.” É oportuna e precisa a definição de Tavora e Rodrigues Alencar (2016, p. 883-884):

Algumas pessoas, em razão da função desempenhada, terão direito a recolhimento em quartéis ou a prisão especial, enquanto estiverem na condição de presos provisórios, leia-se, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O status de preso especial confere ao detento o recolhimento em local distinto da prisão comum, e não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este ficará em cela separada dentro do estabelecimento penal comum (art. 295, §§ 1º e 2º). Adverte o § 3º do mesmo dispositivo que “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”. Esta parte final é absolutamente ociosa, pois especial ou não, é de todo evidente que as condições mínimas de existência e dignidade devem estar atendidas. Não havendo estabelecimento adequado para a efetivação da prisão especial, o preso poderá ser colocado em prisão provisória domiciliar, por deliberação do magistrado, ouvindo-se o MP.

Conforme já lecionado acima, oportunamente, convém salientar que se trata de instituto cujo objeto é a prisão provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado

definitivo de sentença condenatória. Assim, o art. 300 do CPP já estabelece: “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.”. Estabelece-se aí uma primeira distinção que divide dois grupos de pessoas: os presos provisórios e os definitivos. Dentre os presos provisórios, subdividem-se entre aqueles detentores das características do art. 295 do CPP - ou seja, que se encaixam em algum inciso lá indicado - e outros, que não detêm nenhuma destas prerrogativas. Lopes Jr. (2014, p. 908) menciona que:

Algumas pessoas, em razão do cargo ou função que ocupam, da qualificação profissional, ou mesmo pelo simples fato de terem exercido a função de jurado (ou, ainda, ser um cidadão inscrito no “Livro de Mérito”), gozam da prerrogativa de serem recolhidos a locais distintos da prisão comum.

Vincado o conceito fundamental de prisão e definida sua área de análise, qual seja, a prisão provisória, cabe aqui delinear alguns traços de suas bases legais. Inicia na CF/88, no seu Art. 5º, Inciso LXI, trazendo o mandamento de que 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. Complementando a norma maior, o art. 283 do CPP¹ elenca três formas de prisão provisória: a prisão em flagrante e aquelas que se darão por ordem escrita e fundamentada - a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão em flagrante se dá no momento da ocorrência do crime e qualquer pessoa do povo poderá efetuar-la². A prisão temporária é regulada em lei própria³ e traz no seu Art. 1º, Inciso III, um rol taxativo de crimes em que poderá ser decretada sendo que este deverá ser combinado com o Inciso I ou Inciso II⁴, lembrando também que

¹ 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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

³ Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

⁴ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

está terá prazo certo⁵, ou seja, 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, ou ainda, se o crime for hediondo, 30 (trinta) dias prorrogável por igual período⁶. Já a prisão preventiva vem regulada no próprio Código de Processo Penal e não possui um prazo certo determinado em lei. Além de fortes indícios de materialidade e autoria, esta deverá combinar um dos fundamentos do art. 312⁷ (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal) com algum dos requisitos elencados no art. 313⁸.

Dentro de todas essas modalidades já apresentadas é que se desdobra o instituto da prisão provisória especial. Encarcerado o sujeito por qualquer delas e abarcado por algum pré-requisito do art. 295 do CPP, será este posto em local separado dos demais. Ocorre que o rol não se esgota no próprio diploma do CPP, estando presente em diversas outras legislações esparsas como a Lei Estatutária do Ministério Público⁹ e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁰.

O instituto em análise vem regulado pela Lei nº 5.256, de 6 de abril de 1967. Conforme já abordado, o mandamento do Art. 295 do CPP é de que o sujeito seja recolhido a quartéis ou à prisão especial. Em complemento, a Lei nº 5.256 leciona que na falta de estabelecimento adequado para tanto, o juiz poderá autorizar a prisão domiciliar do réu ou indiciado¹¹. Esta norma também leciona a possibilidade

⁵ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁶ Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Art. 2º, § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁷ 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.

⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

⁹ Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

¹⁰ Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

¹¹ 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,

de fixação de outras medidas indispensáveis à instrução criminal ou investigação policial¹². Outra interessante e peculiar disposição é a de que o juiz poderá submeter o preso à vigilância policial¹³. E ainda, por fim, a legislação dispõe que se houver violação das condições impostas ao preso, este perderá o direito à prisão domiciliar, devendo o mesmo ser recolhido a estabelecimento penal, mas, mesmo assim, permanecerá separado dos demais presos¹⁴, sendo que o diretor do estabelecimento poderá aproveitar o réu ou indiciado nas tarefas administrativas da prisão.

A Lei 10.258/2001 trouxe ao art. 295 do CPP cinco novos parágrafos que disciplinam as suas nuances, daí que, na visão de Lopes Jr. (2013, p. 148), a Lei n. 5.256/67 estaria derrogada, não tendo, portanto, aplicabilidade prática de quase todo seu conteúdo. Assim, acredita-se que o melhor entendimento seria o de que todo o conteúdo da Lei 5.256/67 que não for contrário às disposições do CPP ainda mantém seus efeitos.

Este instituto revela-se então como uma espécie de benefício, pelo qual, ainda que por meio de uma interpretação teleológica da norma, é rebuscado tentar entender qual o fim que o legislador almejava quando de sua produção. Ainda, verifica-se que no CPP não se encontrará nem mesmo em sua exposição de motivos o escopo por detrás do instituto. Evidencia-se, de primeiro momento, no estudo do tema, que o legislador quis proteger determinadas pessoas que, porventura, sofressem processos criminais, a fim de que não entrassem em contato com os demais reclusos provisórios.

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.

¹² Art. 2º A prisão domiciliar não exonera o réu ou indiciado da obrigação de comparecer aos atos policiais ou judiciais para os quais fôr convocado, ficando ainda sujeito a outras limitações que o juiz considerar indispensáveis à investigação policial e à instrução criminal.

¹³ Art. 3º Por ato de ofício do juiz, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, o beneficiário da prisão domiciliar poderá ser submetido a vigilância policial, exercida sempre com discricção e sem constrangimento para o réu ou indiciado e sua família.

¹⁴ 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.

Parágrafo único. Neste caso, o diretor do estabelecimento poderá aproveitar o réu ou indiciado nas tarefas administrativas da prisão.

2.2 Princípios das prisões provisórias ou cautelares

Considerando o caráter provisório deste tipo de prisão, é importante a observação dos princípios que regem a relação jurídica processual entre as partes. Neste caso, com ainda mais cuidado, eis que se deve preservar ao máximo o direito à liberdade do sujeito passivo que sofre a persecução penal.

A precariedade da prisão cautelar é uma característica marcante, pois não há ainda decisão definitiva do mérito, assim, sua decretação deve necessariamente passar pelo crivo judicial, sendo a função do magistrado a única com investidura para tanto. Estritamente ligada a isso, a fundamentação da decisão é a segunda base da decisão que decreta a prisão provisória, não sendo suficiente mera explanação do caso, mas sim uma fundamentação sólida e clara a ponto de não restar dúvidas de quais foram os motivos ensejadores da decisão (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 809). Consolidam-se também os princípios da jurisdicionalidade e da motivação, tendo como demonstrações destes entendimentos a CF/88¹⁵, a qual leciona que será assegurada a fundamentação das decisões judiciais. Ainda, para complementar, o art. 315 do CPP dispõe que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Para existir privação de direitos, deve existir processo pelo qual se efetivam o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, também se consolida como fundamento do Estado Democrático de Direito e, por derradeiro, do processo penal, o *due process of law* (TAVORA; ALENCAR, 2016, p. 87). Esse princípio encontra respaldo na CF/88, art. 5º, em que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Pode-se elencar aqui importante regramento constitucional, também do art. 5º, em que 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, sendo refletido no CPP, através do art. 283, pelo qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito

¹⁵ 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;

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.

Ao tecer análise sobre os princípios que regem a prisão processual, Lopes Júnior (2014, p. 810) profere certa crítica pela maneira como vem sendo usada a presunção de inocência atualmente:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional.

Apesar de no passado não ter lugar na principiologia das prisões cautelares, atualmente, não há como negar a vigência do Contraditório, tendo sua eficácia segmentada no “direito à audiência”, que na verdade ainda não é plenamente concretizado, mas que evitaria muitas prisões cautelares injustas ou desnecessárias (TAVORA; ALENCAR, 2016, p. 75-78). Aqui se pode mencionar como exemplo a Resolução Nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶ (CNJ) que determina e disciplina a realização da audiência de custódia, a qual, apesar de ter sua implantação determinada no Pacto de San José da Costa Rica¹⁷ (artigo 7º, número 5) – ainda não fora devidamente implantada em todos os Estados do território brasileiro.

Na lição de Lopes Júnior (2017, p.588-593), outro importante norte para as prisões cautelares é a provisionalidade, que é princípio básico neste caso. A prisão provisória deve pautar-se numa situação fática legitimadora para tanto, que,

¹⁶ CNJ, Resolução Nº 213 de 15/12/2015:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

¹⁷ Pacto de San José da Costa Rica, artigo 7. Direito à liberdade pessoal:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

deixando de subsistir, deverá ser relaxada. Quando houver o desaparecimento das razões ensejadoras da decretação, restará iníqua a medida cautelar. A inobservância deste quesito gerará prolongamento injusto do tempo de duração da prisão, convertendo-se em ilegalidade pela falta de requisito básico de seu porquê. Um dos produtos deste princípio está consagrado no CPP, art. 282, § 4º, em que, 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. Vê-se que a autoridade julgadora deverá lidar com as possibilidades que a lei disponibiliza em consonância com a necessidade do fato em questão, verificando ao máximo para não extrapolar os meios para a consequente execução do aprisionamento cautelar e, enfim, evitar a violação desnecessária de direitos.

A provisoriedade da prisão cautelar também é princípio, mas distinto do anteriormente mencionado, posto que esteja relacionada ao fator tempo, e como não há previsão legal da duração da prisão provisória, recebe fortes críticas por parte da doutrina, especialmente por Lopes Júnior (2017, p. 591), explanando que a prisão provisória não poderá receber um tratamento de pena antecipada, mas que, nos dias atuais, por parte da jurisprudência, recebeu até Súmula regulamentando a prática exacerbada pela demora jurisdicional do Estado. Como exemplo, cita-se a Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça em que: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”

O instituto da prisão processual deve ser a última medida a ser tomada, desde que outras não sejam mais convenientes ao caso. Parte disso a excepcionalidade da prisão cautelar, que, com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, tornou-se mais “moldável” ao caso concreto, incluindo diversas outras medidas cautelares menos incisivas do que a privação da liberdade. Por derradeiro, podem-se tomar como exemplo desta premissa os artigos 310 e 282 do CPP (AVENA, 2017, n. p.). Aqui, importante trecho em que Lopes Júnior (2014, p. 595) elucida como tem sido usado o instituto no cotidiano: “O símbolo da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça.”

Chegando então ao princípio da proporcionalidade, este é tido como o princípio dos princípios, é o principal sustentáculo das prisões cautelares (LOPES

JÚNIOR, 2017, p. 595). As medidas cautelares, por guardarem uma linha tênue que deve ser detalhadamente analisada e sopesada, podem ser facilmente mal aplicadas ao caso concreto pelo julgador. A gravidade do caso concreto e as circunstâncias do crime, na sua análise profunda, são critérios que proporcionam ao magistrado melhor aplicação deste princípio. Nesse sentido:

Ainda que tenham origens diferentes, razoabilidade (Estados Unidos) e proporcionalidade (Alemanha) guardam entre si uma relação de fungibilidade, como explica SOUZA DE OLIVEIRA, para quem o princípio pode ser classificado em razoabilidade interna e externa. A primeira diz respeito à lógica do ato em si mesmo, enquanto a segunda exige consonância com a Constituição. Divide o autor, ainda, em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (...) A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. (...) A necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja”. Relaciona-se, assim, com os princípios anteriores de provisoriedade e provisionalidade. (...) A proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. (OLIVEIRA *Apud* LOPES JÚNIOR, 2017, p. 596)

Por fim, a proporcionalidade deve estar sempre adstrita ao supraprincípio do direito como um todo: a dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, a prisão cautelar - a privação da liberdade do indiciado ou réu - deve ser a última medida a ser tomada, mostrando-se imprescindível o crivo judicial.

Explicitados e decodificados os mais importantes princípios da prisão provisória, os quais são de extrema importância para a atuação jurisdicional na seara penal, a premissa que se extrai é a de que o instituto em questão envolve amplamente uma análise minuciosa dos autos, pois não há nem mesmo decisão definitiva de mérito que vincule culpa ao acusado, explicitando ainda mais o seu caráter precário.

Juntamente com uma criteriosa análise dos autos e do caso concreto será a tarefa de se verificar os requisitos do instituto da prisão especial provisória e seus desdobramentos.

2.3 Prisão provisória especial: requisitos essenciais

Dadas as duas divisões básicas acerca da pena privativa de liberdade - a provisória e a definitiva – pode-se mencionar os tipos de prisão provisória do ordenamento jurídico processual penal brasileiro como: a prisão preventiva, a prisão

temporária ou então a prisão em flagrante (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.878). A situação do preso provisório especial pode advir de qualquer das prisões anteriormente mencionadas, lembrando sempre de ser precedida de decisão fundamentada de juiz, conforme manda a CF/88 e o CPP. Um importante ponto a ser lembrado é aquele em que Lopes Júnior (2017, p. 579) já adverte e leciona que a coexistência entre a prisão processual e o princípio da presunção de inocência torna-se problema de difícil solução. O mesmo autor afirma:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 579-580)

Inexistindo solução satisfatória até então, cabe por ora, serem respeitados elementos básicos de sua existência, que vão ao encontro dos princípios anteriormente trabalhados. Assim, tendo por base a sedimentação teórica destes preceitos, convém analisar as disposições normativas atinentes ao caso.

Para a concessão da prisão provisória especial, o legislador decidiu que o recluso deve possuir alguma das características descritas nos 11 (onze) incisos do artigo 295 do CPP. As hipóteses de incidência não são cumulativas, basta o preenchimento de alguma delas e já há o nascimento do direito subjetivo do requerente.

Detalhando o instituto da prisão provisória especial, o art. 295 do CPP ordena, em suma, que aqueles sujeitos enumerados nos respectivos incisos sejam colocados em “quartéis ou em prisão especial”, ou seja, em local distinto de outros sujeitos na mesma situação. Inicia conferindo esta prerrogativa aos Ministros de Estado, cargo de alto escalão, pertencente ao Poder Executivo e de nomeação e exoneração do Presidente da República¹⁸. Na ordem, o artigo segue trazendo os cargos do Poder Executivo como os governadores, prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e os prefeitos municipais, cargos estes eletivos. Nota-se que

¹⁸ CF/88. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

o referido benefício abrange até mesmo os secretários dos referidos cargos. Faz menção também a alguns cargos de livre nomeação, como os interventores de Estados ou Territórios, os quais, apesar de usados no século passado, já extintos pela CF/88. Na esfera Legislativa, os vereadores aparecem na lista, seguidos dos membros do Parlamento Nacional - Senadores e Deputados Federais - e dos membros das Assembléias Legislativas dos Estados – Deputados Estaduais. Aqui, é oportuno fazer a ressalva da disposição constitucional de que os membros do Congresso Nacional só poderão ser presos em flagrante delito de crime inafiançável¹⁹. O instituto ainda abrange os membros do Conselho de Economia Nacional, autarquia responsável pela fiscalização profissional dos economistas.

Os chefes de Polícia também integram a lista. O artigo continua com os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito” os quais, pela interpretação da norma, seriam pessoas que mereceram ordem honorífica nacional²⁰. Os cargos de oficial das Forças Armadas e de militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios estão presentes no rol. No Poder Judiciário, os Magistrados são beneficiados com a prisão especial. Ministros do Tribunal de Contas, Ministros de confissão religiosa e diplomados por qualquer das faculdades superiores da República são abrangidos nos respectivos incisos. O cidadão que já tiver exercido efetivamente a função de jurado será também beneficiado, salvo quando excluído da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função. Os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos ou inativos, encerram o rol dos abrangidos pelo instituto²¹.

¹⁹ CF/88, Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

²⁰ Decreto-Lei Nº 1.706, de 27 de Outubro de 1939:

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.

Art. 2º A inscrição será ordenada por decreto, mediante parecer de uma comissão permanente de cinco membros, nomeados pelo Presidente da República. *Parágrafo único.* A inscrição, que será certificada por um diploma, assinado e entregue pelo Presidente da República, mencionará o nome da pessoa distinguida e a doação ou o serviço que lhe houver dado motivo.

²¹ 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;

É oportuno mencionar que o presente trabalho procura analisar o instituto como um todo, mas não se pode deixar reservado o comentário de que existem, em muitas outras leis esparsas, previsões de concessão do instituto para pessoas que preencham outros critérios lá descritos, ou seja, o rol não se esgota no Art. 295 do CPP conforme própria disposição do parágrafo 1º²². Como exemplo disso, pode ser citada a Lei 8.625/1993²³ (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), prevendo no art. 40, inciso V, a concessão do benefício para membros do Ministério Público. Também, o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul, Lei nº 7.366²⁴, prevê no art. 28 o benefício da prisão especial aos servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

Observa-se, no decorrer das hipóteses de concessão do instituto que, em alguns casos, têm-se cargos de alto escalão como Senadores e Deputados Federais, outros em que se prestigia quem possuir diplomação em curso superior ou até mesmo já ter exercido a função de jurado. Assim, são diversas prerrogativas que, muitas vezes, não tem qualquer relação entre estas.

O legislador limita-se a trazer as hipóteses de incidência do instituto, não delimitando maiores delongas acerca dos motivos ensejadores. Não fica clara a

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

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 do Corpo de Bombeiros;

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 guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos ou inativos.

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

²² § 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

²³ Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

²⁴ Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980. Art. 28 - Preso preventivamente, em flagrante ou em virtude de pronúncia, o policial, enquanto não perder essa condição, permanecerá em prisão especial, durante o curso da ação penal e até que a sentença transite em julgado.

razão a que se sucedem as características elencadas no Art. 295 do CPP, o que se pode extrair é que o legislador achou por bem preservar aquelas categorias, talvez por considerar de importância elevada.

2.4 Prisão especial e o caráter provisório

Ocorrendo o trânsito em julgado da sentença condenatória, o instituto perde seu efeito e o beneficiado terá de cumprir a reclusão normalmente como qualquer preso. Novamente Lopes Junior (2012, p. 139) leciona:

(...) a prisão especial é uma forma de cumprimento que somente se aplica ao réu submetido à prisão cautelar. Após o trânsito em julgado, não existe prisão especial e o (agora) condenado será submetido ao regime ordinário de cumprimento da pena.

No ano de 2016, não obstante diversas críticas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou por mitigar o princípio da presunção de inocência, estatuidando a possibilidade de início de cumprimento de pena desde a condenação de segundo grau, ainda que pendente recurso para instâncias extraordinárias²⁵ (STF ou STJ). Nesse sentido, em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki (HC 126292, p. 6-7) menciona:

É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

²⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Partindo deste novo entendimento, nem estaria tecnicamente correto dizer-se que a pena definitiva seria aquela que já transitou em julgado. Portanto, a partir deste norte, o regime de um preso provisório especial acabaria desde a condenação em segundo grau, iniciando o cumprimento de pena em definitivo em regime comum de privação de liberdade.

Portanto, a expressão “trânsito em julgado”, desde o advento deste novo entendimento, deve ser entendida como condenação de segundo grau, ou seja, após ter o mérito decidido em Tribunal de Apelação.

Referida posição do STF gerou indiscutível aversão por parte de diversos juristas. A prova deste fato pode expressar-se através da Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e assinada por nomes de peso no cenário jurídico como Juliano Breda e Lenio Luiz Streck. Esta ADC pretendeu a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP pelo STF, contudo, por ora, em decisão monocrática cautelar, a corte constitucional manteve seu anterior entendimento²⁶, podendo ocorrer o início

²⁶ Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na

do cumprimento de pena após a condenação pelo Tribunal de Apelação (STF, Tribunal Pleno, 2016).

Através do exposto, fica elencada a questão de qual o momento em que perderia a razão a prisão provisória especial. Sabendo que o sujeito perde a fruição do benefício do Art.295 do CPP após o trânsito em julgado e interpretando o posicionamento do STF, nada impede que este cumpra pena em local comum após condenação de segundo grau.

Assim, tais atuais desdobramentos acabam por limitar o anterior entendimento, perdendo, então, o preso provisório especial seu direito a partir da condenação em segundo grau, passando o mesmo à prisão convencional.

existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.

(ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018)

3 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A busca por uma planificação de poder entre os seres humanos a fim de evitar a dominação esteve presente na história da humanidade e foi uma das razões pelas quais se desencadearam grandes acontecimentos ou revoluções que fizeram com que o pensamento e a organização social se tornassem o que são hoje. A fim de se permitir um melhor detalhamento do que seria ou significaria uma igualdade entre todos, debruçaram-se grandes pensadores sobre o tema, sendo muito antigas algumas premissas advindas daí.

Apesar de ainda restarem muitas desigualdades de todas as formas e por todo o mundo, o estudo e a sedimentação do tema se aperfeiçoaram e, no contexto jurídico atual, regido pela CF/88, verte da vontade do legislador o princípio constitucional da igualdade.

3.1 Isonomia como raiz axiológica

Quando da análise da consonância do instituto pautado no presente trabalho com os princípios e comandos constitucionais, de primeiro momento é elencado o princípio da igualdade ou da isonomia, que conforme entendimentos doutrinários, por algumas vezes, poderão apresentar algumas diferentes nuances de seus desdobramentos e até sua classificação.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 reservar poucas palavras sobre o tema, há sedimentados entendimentos acerca disso, que, por mais que não tenham nenhuma definição ou mandamento legal, merecem destaque pela sua importância que detiveram na evolução do direito em si e na configuração da presente ideia. A interpretação constitucional, não só do princípio da igualdade, como de diversos outros, surte importantes efeitos em todas as esferas específicas de direitos, como nas áreas trabalhista, cível, administrativa e penal, abrangendo o direito público e o privado. Por isso, muitas vezes, na análise destes princípios, pode-se reiteradamente usar da analogia, transportando um entendimento sedimentado de uma esfera jurídica para outra, na qual, por diversas vezes será preciso alguma colmatação de norma ou então análise jurisprudencial para resolução do caso. Ainda, será necessária a verificação da consonância de alguns institutos com os valores do Estado Democrático de Direito, principalmente após a vigência da CF/88,

que, hodiernamente, através destes valores, tenta buscar uma melhora da vida da sociedade de forma geral²⁷.

Partindo dessa esteira, este dilema verteu no pensamento racional humano, tendo base, principalmente, nas obras de Platão e Aristóteles, em suas raízes axiológicas. Encontraram-se nestes dois antagonismos as primeiras divergências acerca do tema, pois:

Platão defendeu o conceito que denominaríamos de “absoluto” da igualdade. Em *A República* preconiza a existência de um Estado onde não haveria pobreza nem riqueza, Estado cujo objetivo seria o de conceder “maior felicidade ao todo e não a qualquer classe em separado”. (FARIA, 1973, p. 5).

Nota-se, inclusive, que parte dessa premissa o sistema político, social e econômico que mais tarde desaguaria em conceitos como o Comunismo e Socialismo. Pelo âmbito de incidência econômica, é de conhecimento geral que na história humana, grandes impérios foram construídos através da exploração humana, os quais detinham no cerne de seus princípios a desigualdade de condição social, surgindo então, designações como os escravos o eram. Faria menciona que “Os cidadãos, que consideravam ultrajante o trabalho manual, não atingiam a um décimo da população”, em que predominava “a multidão de escravos” (FARIA, 1973, p. 6). Assim, em uma breve análise da história, denota-se que a escravidão se tornou a base sólida dos grandes impérios e civilizações que dominaram principalmente a Europa. De volta ao embate doutrinário, de maneira contrária ao anterior pensamento exposto por Platão, Faria (1973, p. 5) menciona a posição antagonista de Aristóteles:

(...) Aristóteles defendeu o conceito de igualdade proporcional ou de natureza, condenando, mesmo, de modo frontal, as posições igualitárias de seu mestre. O erro de Sócrates, escreveu o Estagirita, deve ser atribuído à falsa noção de unidade de que ele parte.

²⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Posição esta que certamente fez nascer as raízes do que se chama Liberalismo, que atualmente norteia a grande maioria dos sistemas econômicos e sociais que existem no planeta (COUTINHO, 2013, p. 14-19). Daí, surgindo também o monetarismo, neoconservadorismo e, atualmente, o neoliberalismo, consolidando o sistema capitalista na maior parte das nações.

Diante disso, é oportuno traçar uma linha consequencial entre estas primordiais manifestações da racionalidade humana e como elas se interligam até chegarem a expressar seus efeitos no ramo processual do direito, e no presente âmbito, no processo penal.

Para todo ilícito, é gerado o dever de reparação. A peculiaridade do ramo penal é que o ônus recai não apenas sob o aspecto econômico, mas também sobre a restrição de direitos, que, na sua acepção de reparação do dano, em nada se interliga com o fato ensejador da pena. A pena privativa de liberdade surge como uma tentativa de reparar moralmente o dano social. Porém, não se deve olvidar da influência econômica, social e hierárquica no direito penal, eis que guarda suas peculiaridades de incidência. O que cabe aqui é o fato de que até mesmo quem tem menos recursos econômicos encontrará mais empecilhos para desempenho de suas funções numa relação processual. Em importante ideia de ligação entre o processo penal e o neoliberalismo atual, Lopes Júnior (2012, p. 23) acentua que

(...) neste sistema, o importante é proteger o *homo oeconomicus*, ou seja, o homem consumidor, mencionando que o indivíduo não consumidor é ineficiente do ponto de vista econômico-estatal e por este contexto sofre exclusão social, tornando-se, por vezes, um sistema antiético.

Certo é que as tentativas de traçar igualdade em todos os âmbitos sociais foram falhas na maioria das vezes, e ainda mais pelo motivo de que a singularidade faz parte da natureza humana. Importante desdobramento da igualdade, o qual se demonstra dotado de maior flexibilidade é exposto por Ihering (*apud* FARIA, 1973, p. 5-6):

Posição análoga à de Aristóteles foi a em que se situaram os romanos que, consoante palavras de Ihering, “encarnavam expressamente o princípio da igualdade como o fundamental da “societas”, entendendo-a não como essa igualdade interior, absoluta, matemática, que dá a um a mesma parte que a outro, mas uma igualdade exterior, relativa, geométrica, mediando a parte de cada um segundo sua entrada. Não se detinham na ideia de igualdade abstrata dos indivíduos isolados, mas se ocupavam... da ideia da equivalência aplicada à sociedade.

Vê-se que esteve relativizada a igualdade nesse momento da história, abrindo espaço para interpretações mais extensivas, que se moldavam às necessidades mutáveis da sociedade. Faria (1973, p. 7-9) chega a mencionar que a sedimentação do conceito de igualdade encontra fundamentação no Cristianismo e que a extinção do instituto da escravidão deu-se com base nisso, mas ainda antes de se tornar religião oficial. Isso se deu com base nas afirmações de São Paulo em várias de suas epístolas na Bíblia Sagrada. A noção de igualdade entre os homens, sem distinção de raça, sexo, cor ou idade foram crescendo e já na Idade Média encontraram algumas reflexões nas literaturas daquela época, sendo que se esbarra em inverdade os que acreditam na concepção do princípio da igualdade como resultante da teoria do contrato social, fidelizada por Jean Jacques Rousseau.

Assim, os referidos conceitos de igualdade e isonomia tiveram, nas suas raízes, teorias assertivas que, ou determinavam a absoluta aplicação da igualdade, ou determinavam que a igualdade não pertencesse aos humanos, de forma que estas deveriam ser mantidas, pois era sua natureza as diferenças. Os conceitos evoluíram e se interpuseram de modo que se criou a máxima de tratamento em que se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, possuindo desdobramentos até os dias atuais, levando à sua inclusão no texto constitucional, não com esta roupagem, mas com sua peculiar redação e em outros dispositivos legais.

3.2 Princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988

A CF/88 veio inaugurar novos contornos para o Estado Democrático de Direito, tendo sido denominada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p. 116). Princípio basilar elegido como direito e garantia fundamental, que encontra respaldo em seu texto, e já fora mencionado, é o da igualdade. Num aspecto histórico, o princípio em comento apenas ganhou

contornos efetivos de aplicação prática após a Revolução Francesa, evento histórico este que fez verter um novo paradigma de direitos a serem positivados, tomados como objetivo pelo Estado Social, tendo como nortes a liberdade, igualdade e fraternidade (MORAES, 2018, n. p.).

Importante aparição legal do princípio é elencada em 1948 em um contexto histórico pós-final da 2ª Guerra Mundial na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda em seu preâmbulo²⁸. Também se vê importantes desdobramentos em diversos outros artigos do referido diploma internacional²⁹. Denota-se, apenas olhando por este viés, a importância da igualdade, que conforme já comentado, perpetua-se pelos séculos e irradia seus efeitos nos mais diversos ramos do direito.

Contextualizando sua normatização, de início, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz no *caput* do seu art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade³⁰.

Primeiramente, a conotação que se quer elencar aqui, na interpretação da norma, é a igualdade de valoração das partes nas relações processuais. A lei não poderá fazer distinção dos sujeitos nestas relações. A excelência pela paridade de tratamento dos sujeitos processuais é evidenciada logo no início do texto. Assim, é oportuno mencionar a visão de Mossin (2014, p. 110-111):

²⁸ Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

²⁹ Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Artigo 21º 2.Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3.A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Artigo 23º 2.Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Artigo 26º 1.Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

³⁰ Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988, Art. 5º, *caput*.

O princípio da igualdade é o cerne, o arcabouço do direito como forma de expressão da sua democracia, que sempre deve presidir as relações entre as pessoas, principalmente quando se encontram em litígio. Não se pode absolutamente afirmar a existência de qualquer que seja o direito se ele não se encontrar amparado pela isonomia. O direito, é importante deixar enfatizado, pressupõe a equidade como fundamento básico e imutável. Não existe direito sem igualdade de tratamento, sem paridade.

Denota-se que, conforme amplo entendimento doutrinário, a premissa de preservação da igualdade é, além de um princípio, um campo da base que sedimenta o direito e por que não a vida social humana. De volta à isonomia, importantes desdobramentos vertem desta noção, como esta importante lição de Da Silva (*apud* MOSSIN, 2014, p. 111):

Diante de outro ponto analítico, no que diz respeito à expressão “todos são iguais perante a lei”, encartada no caput do art. 5º da Magna Carta da República, um indicador da máxima importância que lhe deu o legislador constituinte nos lindes dos direitos e das garantias fundamentais, do ponto de vista formal (a lei deve ser indistintamente aplicada a todas as pessoas), ela tem um significado muito abrangente, de cunho universal. O que está sendo posto encontra recepção na singular circunstância de que o vocábulo “lei”, contido no texto de regência, tem sentido vasto e compreende em seu bojo qualquer disposição normativa, notadamente aquela que guarda interesse com o trabalho jurídico ora desenvolvido, que é a norma de direito penal e de direito processual penal. Há muito Seabra Fagundes observa, sobre o momento da elaboração da lei, que ela deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens –, situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir na repartição de encargos e benefícios as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às duas diversidades. Provém de José Afonso da Silva, em torno da igualdade constitucional comentada, a ideia de que a garantia em questão se desdobra sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Vê-se que no duplo entendimento dos efeitos do princípio, um deles barra o legislador na pretensão de editar normas que causem desequilíbrio processual em âmbito judicial. Ocorre que é evidente no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes, como forma de proteção de pólos frágeis da relação processual, casos nos quais se concede maior força a uma parte justamente pela sua fragilidade ou hipossuficiência. Exemplo claro é o caso de relação processual em que se estabelece a relação de consumo, conferindo-se ao consumidor vantagens nas quais poderá elevar-se para se igualar à parte contrária. Daí, então, a irradiação de efeitos do referido princípio dar-se com tamanha seletividade.

Há, a partir daí, a divisão do princípio em duas abrangências, a qual a doutrina discorre. A igualdade material e igualdade formal. Importante fazer-se breve consideração acerca desta distinção. Padilha leciona (2014, n. p.) que:

O constituinte demonstrou preocupação particular com a igualdade. Este direito fundamental está espalhado por todo o corpo constitucional, sendo encontrado, e.g., no preâmbulo, arts. 3.º, IV, 5.º, caput, I, 7.º, XXX, e assim por diante. Ocorre que, como disposto no capítulo pertinente a normas constitucionais e para a completa compreensão, a igualdade deve ser dividida em duas espécies: a) Igualdade formal – É prevista friamente no texto normativo, sem analisar as particularidades do ser humano. Esta espécie não se preocupa com as características individuais da pessoa, tal qual estabelecida no art. 5º, caput e I, da CR; b) Igualdade material, real ou substancial – Teoria criada por Aristóteles em 325 a.C., na qual pessoas diferentes devem receber diferentes tratamentos. Esta espécie de igualdade respeita as características individuais do ser humano. Com isso, busca-se dar tratamento desigual a determinadas pessoas, a fim de que elas tenham as mesmas oportunidades e satisfações de direitos. Normalmente, a igualdade material está em previsões normativas expressas, como as estabelecidas na Constituição nos arts. 7.º, XVIII, 37, VIII, 40, § 1.º, III, 43, 143, § 2.º, e assim por diante. Todavia, nada impede que, diante de uma determinada situação, seja estabelecida esta igualdade, desde que respeitada a proporcionalidade.

Assim, tem-se a igualdade formal que remete à indistinção de qualquer pessoa perante a lei, não existindo qualquer designação quanto às peculiaridades de cada ser humano, considerando-se cada um como dotado de direitos e deveres perante o ente estatal. Já a igualdade material preceitua que, não obstante a igualdade entre os sujeitos no plano processual, consideradas as particularidades de cada um no plano material, deve-se criar mecanismos que tentem igualar as suas condições, na medida de suas peculiaridades. Nesta última, pode-se trazer como exemplo a atuação estatal em proporcionar meios de subsistência às pessoas atingidas por uma catástrofe, tendo em vista sua situação de iminente vulnerabilidade. Deve-se lembrar ainda a concisa, porém importante lição de Lenza (2015, p. 1158):

O art. 5º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei. Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Assim, pela norma constitucional, extrai-se que este princípio irradia seus efeitos para além do ordenamento jurídico, guiando os objetivos e fundamentos de uma nação³¹. O que cabe, por ora, na presente discussão, é a sua incidência no campo processual penal, por isso, a igualdade formal é aquela que toca ao tema.

O crime, em si, carrega um amplo espectro de imoralidade e implica a privação de um dos principais direitos humanos, a liberdade de ir e vir. Este fato provoca uma ritualística processual própria e que envolve, até mesmo em âmbito inquisitório, em que não há nem mesmo contraditório, grande alvoroço social, por se inserir na reputação social das pessoas em geral. Aqui, na grande maioria dos casos, não há dissidências entre particulares, é o Ente Estatal que, nos crimes de ação penal pública, provoca a pretensão em desfavor do particular pela ofensa aos bens jurídicos protegidos (TÁVORA, ALENCAR, 2016, p. 50).

Considerando o exposto, o processo penal é o único ramo que deveria considerar a máxima efetivação da isonomia nos meios de persecução e processamento penal. A distinção entre os reclusos para a preservação de sua integridade é válida e guarda consonância com os mandamentos constitucionais, mas isso parece não ocorrer no instituto da prisão provisória especial. O escopo do instituto mostra-se nebuloso e acaba concluindo por conferir vantagens desnecessárias aos beneficiados. O caráter humanitário e estritamente igualitário do processo penal é desmantelado pela concessão de benesses, assim é que se põe em dúvida sua vinculação à norma constitucional e, conseqüentemente, ao princípio da igualdade.

A natureza da norma – Código de Processo Penal – advém de um contexto social do ano de 1941. Desde então, a sociedade tem sofrido grandes transformações morais e éticas que refletem no aspecto jurídico. Uma exceção a isso é o sistema de cumprimento de penas privativas de liberdade, o qual continua vinculado a poucos recursos estatais. Não se pode deixar de mencionar que isso influi até mesmo na presente discussão. Partindo-se da premissa de que se deveria preservar a integridade física do preso, poder-se-ia cogitar que o escopo por de trás do instituto da prisão provisória especial fosse este, porém, esta garantia não

³¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

deveria efetivar-se apenas para pessoas específicas, mas, principalmente na seara penal, para qualquer pessoa humana. A interpretação da norma constitucional desenvolve-se continuamente no tempo, contudo, muitas vezes essa variação não surte aplicação prática de seus preceitos. Também, a relação entre a concessão de facilidades para certos sujeitos, atualmente, deve passar por uma relação lógica, provando sua real necessidade.

3.3 Pertinência lógica entre vulnerabilidade processual e benefício

Delineados os contornos do instituto em debate e definidas as bases e a forma de aplicação do princípio constitucional da igualdade ou isonomia, iniciam-se aqui importantes considerações acerca deste dilema de conferirmos certas prerrogativas para determinadas pessoas. Passe-se então a uma abordagem de cunho ético voltado ao âmbito penal, usando como contexto social, o atual sistema penal brasileiro.

Tem-se que o fato de se ter um local diferenciado para abrigar presos provisórios “especiais” pode esbarrar em sentimento, por parte da população, de incredulidade do sistema judicial de repressão ao crime. A existência de regimes diferenciados esbarra na premissa de que as pessoas mais influentes e dotadas de maior poder na sociedade possuem, até mesmo perante o sistema penal, melhores condições de cárcere. Em compensação, estas pessoas detêm uma prerrogativa pública de maior destaque, e, sendo assim, de maior suscetibilidade de infortúnios gerados pelo risco do cargo que ocupam. Na esteira do objetivo de sobrelevar algumas pessoas pelas suas características, não se pode olvidar da influência de fatores sociais que permeiam a discriminação. Espínola Filho (*apud* FARIA, 1973, p. 247) expõe sua visão da seguinte forma:

(...) acentua ser natural que se lhes dê (às categorias beneficiadas) o privilégio de ficarem em estabelecimento diverso do cárcere comum (onde permaneceriam), em contato com a ralé dos criminosos; assim se rende uma homenagem a pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, por sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos que prestam ou tenham prestado.

Discorda-se da presente visão, não pelas qualificações das pessoas abrangidas pelo instituto, mas sim, pela imparcialidade e extrema isonomia com que

o processo penal deveria funcionar. A preservação da integridade – seja moral, física ou psicológica - de qualquer sujeito submetido à prisão provisória, inobstante seja este simples cidadão, ou então pessoa de destaque social, deverá ser preservada. Este será apenas mais um dos fatos que se aglomeram para o fomento do imaginário coletivo de descrença no ordenamento jurídico penal. Mello (1999, p. 23) escreve que “a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;”.

Ao se inserir a ideia de que o instituto fora criado para proteção de pólos hipossuficientes e tomando por base o contexto atual social, há uma premissa que se elenca incontestável: a de que as pessoas indicadas no art. 295 do CPP não são processualmente frágeis para serem detentoras destas prerrogativas, isto parece ser inegável, eis que na maioria dos casos são pessoas detentoras de poder social. Apenas elencando algumas delas, magistrados, diplomados em faculdade ou ministros de estado não representam ser pólos hipossuficientes da relação processual, aliás, pelo contrário, geralmente detêm grande conhecimento técnico da área e denotam alta importância social. A partir daí, pode-se elencar que, ao se inserir este tipo de regra no ordenamento, estar-se-ia trazendo desigualdades desnecessárias. Assim, pode-se ter por descartada a finalidade da norma como reguladora de desigualdades. Veja-se a lição de Montenegro Filho (*apud* MOSSIN 2014, p. 112):

De maneira bastante singela, afirma Misael Montenegro Filho que “a isonomia processual significa tratar desigualmente pessoas que se encontram em situação processual desigual”. Note-se que no Código de Processo Penal o legislador não destacou nenhum dispositivo prevendo a isonomia, a igualdade das partes no campo da relação jurídico-processual, satisfazendo-se, por exemplo, no campo da prova, em aduzir no art. 156 que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. Em sentido inverso ao do mencionado Codex, o legislador processual civil, embora isso fosse dispensável em face do preceito constitucional da igualdade perante a lei, reforça-o, normatizando que: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”. A expressão “igualdade de tratamento” tem uma dicção implicativa de que o magistrado deve zelar pela isonomia, pela equidade que as partes devem ter no fluir da instância em termos de direito e da própria garantia da defesa de seus interesses, que sempre se mostram antagônicos dentro da relação jurídico-processual. Assim, é forçoso convir que a expressão mencionada não tem o significado de cortesia, mas que os litigantes devem ter tratamento igualitário pelo juiz. Essa isonomia entre os sujeitos que compõem o processo, representada por preceitos que garantem a paridade entre o autor da ação e o réu e estabelecem um equilíbrio entre ele, o que é próprio e específico do processo de partes, mostra-se necessária quando se visam aos próprios fins colimados pela administração da justiça, porquanto essa igualdade imposta constitucionalmente possibilita, além de outras produções dentro do processo, a coleta de elementos de convicção de maneira igualitária, o que se revela de inestimável valia para o magistrado formar seu livre convencimento.

Veja-se que no processo penal, pela matéria em lide estar ligada a valores específicos que se irradiam pela sociedade, sendo o crime um subproduto que revela as necessidades sociais, mais ainda do que em outros ramos do direito, a necessidade de se descartar qualquer prerrogativa que qualquer sujeito poderá ter é premente.

Necessário se faz apenas um liame de conexão entre a norma diferenciadora e o fato em si, o que não parece existir no presente caso. Mello (1999, p. 38) define com propriedade a necessidade de correlação lógica entre o fator diferenciador ao mencionar que:

(...) é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Como exemplo de diferenciação pertinente e que guarda relação lógica é a preferência de recebimento de precatórios insculpida no § 1º, do artigo 100 da

CF/88³², o qual atribui preferência no caso de créditos de natureza alimentícia. Veja-se que também no CPP tem-se exemplos de critérios pertinentes como no caso do instituto da prisão domiciliar³³ o qual confere às pessoas, aqui sim em situação de vulnerabilidade, a prerrogativa de permanência em sua residência, se detiverem algum requisito do instituto da prisão domiciliar.

É mister salientar que o instituto da prisão especial provisória conserva prerrogativa favorável ao acusado, razão pela qual não há longos e controvertidos debates jurisprudenciais, tendo em vista que outros pontos, no dia-a-dia forense, são reiteradamente contestados nos tribunais, geralmente no que concerne às matérias que prejudicam a situação do réu, deixando, muitas vezes, a ermo um tema como este. No direito brasileiro, dadas as proporções dos reclusos (sejam provisórios ou definitivos) que possuem as características do instituto, ou seja, mínimas, eis que a maioria dos reclusos é de baixa escolaridade e hipossuficiente social e economicamente, poucas vezes o tema vem à tona.

Considera-se que alguns incisos detêm uma correlação de existência entre o fim a que almeja a norma e as suas necessidades. Assim, é de bom alvitre também que se façam breves considerações acerca destes casos.

3.4 Prisão especial provisória: casos de pertinência

Embora se coloque em discussão que a maioria das hipóteses do art. 295 do CPP demonstre certa desconformidade com o princípio da isonomia, pelo que se

³² Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

³³ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

motiva o presente trabalho, há de se considerar que existem hipóteses em que não haverá essa dissidência, sendo plenamente justificável, conforme critérios lógicos, os quais já foram discorridos acima, que se propicie ao sujeito o benefício da prisão especial. Exemplo claro disso são os Incisos VI e XI, respectivamente, os magistrados, os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Veja-se que nestes casos, por deterem a prerrogativa de atuação perante a Justiça Criminal, não seria nem conveniente que houvesse sua inserção juntamente com qualquer outro recluso. Justamente pelo contato diário com o crime e, conseqüentemente, com os agentes criminosos, a pertinência lógica na concessão do benefício é plausível e entra em consonância com o princípio da isonomia.

Ainda que o sistema carcerário pudesse resguardar perfeitamente a integridade do preso, o que na realidade não ocorre em território brasileiro, seria aceitável a prisão especial nestes casos mencionados. Como exemplo, mesmo que não exista qualquer tipo de conflito entre um funcionário público policial e outros indivíduos em situação de reclusão, a própria colocação dos mesmos na mesma área provocaria grandes chances de problemas carcerários. A própria atividade policial bem como a atividade judicial de julgamento de crimes carrega em si os riscos de intrigas ou rixas. Neste exemplo, certo é que se fossem colocados policiais juntamente com outros indivíduos comuns, haveria até mesmo o risco de morte destes, levando em conta a atual situação criminal do Brasil, em que por derradeiras vezes, a batalha contra o crime revela-se com uma guerra subjacente à sociedade.

Convém lembrar também que além das disposições do próprio CPP, outras legislações específicas prevêm a prisão provisória especial. Apenas a título de exemplo, novamente mencionando a categoria policial, tem-se a Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980 – Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul - em que, além do próprio instituto³⁴, menciona-se até mesmo outras disposições e prerrogativas que vão além, como no Art. 27, Parágrafo 1º³⁵, em que a condução de policial civil só poderá ser realizada por outro policial civil. Nota-se que, nesse caso,

³⁴ Art. 28 - Preso preventivamente, em flagrante ou em virtude de pronúncia, o policial, enquanto não perder essa condição, permanecerá em prisão especial, durante o curso da ação penal e até que a sentença transite em julgado.

³⁵ Art. 27 - O policial civil, ativo ou inativo, só poderá ser preso em flagrante delito ou nos demais casos previstos em lei, com comunicação incontinenti ao Superintendente dos Serviços Policiais.

§ 1º - Em qualquer caso, o policial civil só poderá ser conduzido por policial civil e, tratando-se de autoridade policial, a condução será feita por outra autoridade.

agiu bem o legislador, pois se trata de uma forma de proteção a esta classe, eis que tem nos seus próprios fins, uma justificativa plausível de proteção.

Dúvida maior poderia verter de casos como dos Incisos I³⁶, II³⁷, III³⁸ e IX³⁹ do Art. 295 do CPP, eis que não são cargos com atuação na jurisdição criminal. Esses fazem parte das decisões do Poder Executivo, e justamente por isso, ainda mais em um país como o Brasil, dotado de grande instabilidade política, poderiam sofrer os problemas já mencionados se colocados junto aos presos comuns. Neste ponto tem grande influência o fato de que o Estado não consegue garantir a integridade física de quase nenhum recluso, pelo que acaba justificando-se a garantia de prisão especial, contudo, essa justificação se dá pela forma errada, pois agride, por reflexo, o direito de outros reclusos. Por este entendimento, tem-se que os casos de concessão do benefício da prisão provisória especial para cargos do Poder Executivo deveriam restringir-se apenas às disposições constitucionais sobre o tema, como é o caso do Art. 53, § 2º, da CF/88⁴⁰.

Assim, uma noção de pertinência deve surgir entre os fins do instituto e, nos casos aqui explicitados, há boas razões para preservação do mesmo quanto a estes dois incisos (VI e XI), ou outras legislações esparsas que também guardem vinculação à área criminal, o que não cabe aqui sua discussão pormenorizada, pois a quantidade vigente em leis específicas é enorme e extrapola os limites de análise do presente caso.

3.5 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334

Pende julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 334 ajuizada pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros em 09 de março de 2015

³⁶ I - os ministros de Estado;

³⁷ 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;

³⁸ III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

³⁹ IX - os ministros do Tribunal de Contas;

⁴⁰ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

questionando a constitucionalidade do Inciso VII, do Art. 295, do Código de Processo Penal.

Referida ação não procura declarar integralmente inconstitucional o instituto, eis que o que se põe em pauta é apenas o Inciso VII, que concede o benefício da prisão provisória especial aos diplomados por qualquer das faculdades da República.

Apesar de não versar sobre o inteiro teor do art. 295 do CPP, importante colacionar trecho da petição inicial confeccionada pelo referido Procurador acerca do Inciso VII do Art. 295 do CPP, mas que auxilia no entendimento sobre o qual o instituto foi criando suas raízes no ordenamento jurídico brasileiro:

Não há razão nem critério razoável, contudo, para se proceder à distinção estabelecida no inciso VII, ou seja, conferir prisão especial a “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”. Esse privilégio foi instituído no Brasil no contexto do governo provisório de Getúlio Vargas, pela Lei 425, de 5 de julho de 1937, às vésperas do golpe que implantou o regime ditatorial do Estado Novo. O instituto da prisão especial originou-se em contexto antidemocrático, durante período de supressão de garantias fundamentais e manutenção de privilégios sem respaldo na igualdade substancial entre cidadãos. Posteriormente, o privilégio da prisão especial para diplomados foi confirmado pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal (CPP), em pleno regime de exceção. (...) A simples definição de algo como “especial” necessariamente denota discrimen e acarreta desigualdade, pois algo somente pode ser especial frente aos demais integrantes de uma categoria que sejam comuns. “Especial” é algo “fora do comum”, “próprio”, “peculiar”, “específico”, “particular”, “extraordinário”, o que enseja inafastável tratamento discriminatório entre as formas de execução do encarceramento provisório.

Vê-se que o referido Procurador-Geral de Justiça profere certa crítica ao instituto, mas sua pretensão abrange tão somente parte do instituto. Apesar de ter iniciado sua tramitação em março de 2015, a referida ADPF ainda não foi a julgamento e aguarda decisão de mérito na data de consulta (15 de maio de 2018). O último andamento do processo da referida Arguição é datado de 07 de fevereiro de 2018.

A controvérsia do instituto não é discussão hodierna, pelo contrário, prolonga-se desde o início do século passado. Acredita-se que pelo escasso uso do instituto em comento, nunca esteve em alta nas pautas de discussões.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA ESPECIAL

Tecidas as considerações acerca do instituto, seus princípios e características, o princípio constitucional atinente ao tema e seus desdobramentos, e ainda, breves detalhamentos sobre o assunto, convém analisar e apresentar alguns dados que fomentam a explanação do tema.

4.1 Uma análise sobre as prisões provisórias no Brasil

Importante colacionar estatísticas sobre alguns dados dos cárceres brasileiros, tendo em vista que isto pode desencadear uma nova visão, com maior cientificidade, e atenta à realidade.

O que, no primeiro momento chama a atenção é a quantidade de presos provisórios nos presídios brasileiros. Em interessante estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2014, verificou-se que a quantidade de presos provisórios no Brasil chegou, àquela época, a 40,1% do total. Ainda que se demonstre uma alta quantidade, no quadro geral, o Brasil fica na 72^o (septuagésima segunda) posição geral de países com maior número de presos provisórios. Outro ponto importante do referido estudo é que o número de presos provisórios é aproximadamente aquele correspondente ao déficit de vagas que há no sistema penal brasileiro (DEPEN, 2014, p. 16). Através disso, pode-se traçar uma tese com forte embasamento de que apenas dando maior celeridade aos procedimentos que abranjam presos provisórios pode-se reduzir em parte a superlotação dos presídios de forma geral.

Em estatística mais recente, com dados colhidos em 2016 e contabilizados em 2017, desta vez de realização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a colaboração dos Tribunais de Justiça dos Estados, verificou-se que o total de presos no Brasil chegou a 654.372. Destes, 221.054 pessoas reclusas estão em caráter provisório, correspondendo a 34% do total. Pelo mesmo estudo, constatou-se uma variação de percentual de presos provisórios por Unidade da Federação muito alta, ou seja, oscila entre 15% a 82%. Também que 27% a 69% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 180 dias e que o tempo médio da prisão provisória, no momento do levantamento, variava de 172 dias a 974 dias. O CNJ edita diretrizes

em que propõe medidas individualizadas para cada Tribunal de Justiça dos Estados, a fim de prezar pela celeridade de processos com réus reclusos.

Outra importante análise que provoca surpresa é a quantidade de presos provisórios separadas por tipo de crime. O crime de tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas é o topo da lista, com 29% dos casos. Colaciona-se aqui o gráfico completo:

PERCENTUAL DE PRESOS PROVISÓRIOS POR TIPO DE CRIME PRATICADO



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

Nota-se um crescente aumento da população prisional no Estado do Rio Grande do Sul nos últimos anos, o que pode ser confirmado pelas sucessivas matérias jornalísticas dos meios de comunicação, levando como exemplo notícia veiculada pelo site g1.globo.com dando em 27 de maio de 2016 dizendo que o número chegou a 34 mil presos. Posteriormente, em 05 de janeiro de 2018, foi veiculada nova matéria dando conta de novo aumento, dessa vez chegando a 37 mil presos. Conforme dados divulgados pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE) do Rio Grande do Sul em 09 de maio de 2018, a população prisional no Estado chega agora em 39.178 (37.110 homens e 2068 mulheres). Na cidade de Passo Fundo/RS, conforme dados do CNJ, a capacidade projetada para o Presídio Regional de Passo Fundo é de 307, mas atualmente abriga 678 pessoas. Destes, 185 são presos provisórios.

Fica claro, a partir de então, a importância e o lugar que ocupa a prisão provisória no sistema penal brasileiro, bem como a atuação dos órgãos estatais que buscam o aprimoramento da prestação jurisdicional, mesmo com poucos recursos.

4.2 Prisão provisória especial no Projeto de Lei 8.045/2010

O atual Código de Processo Penal é pormenorizado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, ou seja, a legislação em vigor é do ano de 1941. Não obstante tenham ocorrido diversas alterações no texto, algumas pequenas, outras de maior monta, como exemplo a Lei nº 12.403, de 2011 que trouxe importantes transformações, amadurece a ideia, no Poder Legislativo, de produção e aprovação de um Novo Código de Processo penal que venha a atender a novas demandas, as quais o sistema processual penal anseia.

Assim, no momento da confecção do presente trabalho, há o Projeto de Lei 8.045, que se encontra na Câmara dos Deputados, proposto ainda em 2010 e pendente de prosseguimento até os dias atuais. Ainda que o Projeto esteja tramitando desde 2010, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil ocorreram diversas manifestações, inclusive pela mídia do meio jurídico, de que o novo CPP estava com rumos traçados. Pelo contexto social em que o País vive e pelas constantes divulgações em redes sociais e noticiários, bem como sob a influência de crises institucionais e políticas que se instalaram no País, acredita-se que o Novo CPP, ainda que tenha ganhado relevância há alguns anos atrás, deixou de amadurecer e começar a ganhar força para consequente prosseguimento de sua votação. Portanto, o seu destino é ainda incerto. De qualquer forma, cabe aqui serem comentados alguns pontos relevantes deste projeto, pois este traria uma série de inovações para o campo processual penal.

O projeto de Lei 8.045/2010 (de autoria do Senado Federal – José Sarney – PMDB/AP) extingue o instituto da prisão provisória especial, o que já foi tentado por diversas vezes em outras pretensões de alteração do Código de Processo Penal. Interessante exemplo é a reforma trazida pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, em que, conforme Nucci (2011, p. 110), se fosse aprovado o projeto como tramitado no Senado Federal, a prisão especial provisória seria afastada para todos os detentores de títulos sendo que posteriormente houve reforma pela Câmara dos Deputados e, consequentemente, mantendo inalterado o art. 295 do CPP.

Há que se ressaltar que o projeto, em seu art. 547⁴¹, ainda que não tenha trazido o instituto em questão na sua redação - portanto, extinguindo-o - diz que as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas. Ainda, menciona que quando houver risco à integridade física do aprisionado, será este recolhido em outro local distinto do estabelecimento prisional. Ao fim, prescreve que o preso, nas condições citadas acima, não será transportado juntamente com outros.

Evidencia-se que andou bem o legislador em sua técnica, bem como na intenção de proteção no caso citado. As disposições acerca do tema fundamentam devidamente as hipóteses em que caberia o uso do instituto da prisão provisória especial e restringe o seu uso, guardando, assim, pertinência lógica e congruente com a finalidade do instituto.

Certo é que, se aprovado e promulgado, o novo diploma irá inaugurar novos contornos para a sistemática processual e, no momento de sua entrada em vigor, considerando que retira o instituto em estudo de vigência, consolidar-se-á o princípio da igualdade com melhor adequação social do que é atualmente. O Projeto de Lei encontra-se estagnado, e, no momento da confecção do presente estudo, o último prosseguimento legislativo constatado era de 18/04/2018, sendo que ainda não existem elementos seguros aptos a auferir certeza de sua aprovação e conseqüente promulgação para surtir os seus efeitos.

4.3 Prisão especial provisória e a jurisprudência

A jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, é escassa e, quando ocorre, é antiga. Por ser um instituto que beneficia o sujeito passivo e muito pouco usado na prática processual, as poucas fundamentações e entendimentos sobre o tema não são encontrados com facilidade.

⁴¹ Projeto de Lei 8.045/2010 (Novo CPP), Art. 547. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.

§ 1º Quando, pelas circunstâncias de fato ou pelas condições pessoais do agente, se constatar o risco à integridade física do aprisionado, será ele recolhido em quartéis ou em outro local distinto do estabelecimento prisional.

§ 2º Observadas as mesmas condições, o preso não será transportado juntamente com outros.

O STF, discorrendo sobre o princípio da isonomia, ainda que julgando matéria diversa do Processo Penal, elenca o duplo aspecto que norteia esse entendimento: a igualdade na lei e a igualdade perante a lei⁴².

O STJ, em antigo entendimento do ano de 1997, aduziu que a prisão especial não fere o princípio da isonomia insculpido pela CF/88⁴³. À época, no voto do então Ministro Vicente Leal (relator) há a seguinte sustentação:

⁴² MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSAO DE BENEFICIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observancia vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não podera incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderao subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservancia desse postulado pelo legislador impora ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porém insuficiente e incompleto. (MI 58, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991 PP-04580 EMENT VOL-01616-01 PP-00026 RTJ VOL-00140-03 PP-00747)

⁴³ 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 ALAS CARCERARIAS E QUE PREENCHA AS CONDIÇÕES DE HIGIENE E SALUBRIDADE, CONDIZENTES COM A PRISÃO ESPECIAL.- HABEAS-CORPUS DENEGADO.

(HC 6.420/SC, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/1997, DJ 09/12/1997, p. 64776)

Com efeito, o nosso Estatuto Processual Penal contempla o instituto da prisão especial e arrola, no seu art. 295, diversas categorias de pessoas, em razão da relevância das funções que exercem ou exerceram, ou do título que ostentam. Tenho que a prisão especial não é uma regalia atentatória ao princípio da isonomia, mas consubstancia providência que tem por objetivo resguardar a integridade física do preso, afastando-o da promiscuidade com outros detentos comuns. (Superior Tribunal de Justiça, 1997, p. 2)

Além de equivocado, este entendimento encontra-se ultrapassado, e pode demonstrar que ainda naquela época, o pleno conhecimento do julgador sobre a situação das prisões brasileiras era motivo para concessão do benefício.

O que se denota é que a jurisprudência tem aplicado reiteradamente o instituto como manda a lei penal, sem maiores resistências quanto a sua constitucionalidade, não havendo maiores embates jurisprudenciais com divergência. Assim, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁴ nunca discorre sobre o tema, até mesmo por ser questão pouco levantada, contudo, acerca de outros detalhamentos, como situações de cabimento ou local de cumprimento da medida, os Tribunais acabam manifestando-se.

⁴⁴ HABEAS CORPUS. - A prisão especial, mesmo para os Militares reformados, com graduação inferior, é assegurada até o trânsito em julgado da condenação. Precedente. - O e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em decisão mais recente reafirmou o entendimento: "Nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal, o direito de policial militar ser recolhido a prisão especial não se estende aos condenados com sentença transitada em julgado." (passagem da ementda do HC 109.978/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 15/06/2009). - Guilherme de Souza Nucci (in Código de Processo Penal Comentado; 10.ed.rev., atual. E ampl. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011 - fl. 622), leciona: "47. Duração da prisão especial: como regra, ela deve ser garantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, após o que será o condenado encaminhado para presídio comum, em convívio com outros sentenciados. (...)". (destacamos). - Quanto o ponto, assim, inviável a pretensão. Com efeito, conforme ressaltado pelo próprio impetrante, "1- Nos autos do PEC epigrafado, verificou que a sentença, finalmente, transitou em julgado." (grifamos). Assim sendo, observamos que a prisão do paciente não se enquadra mais na prevista do artigo 295 do Código de Processo Penal ("Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: (...) V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.") - Por outro lado, a Defesa requereu a concessão de prisão domiciliar, a qual deixou de ser apreciada, uma vez que o Magistrado condicionou a análise do benefício ao recolhimento do paciente ao cárcere. - Condicionar o recolhimento do paciente ao cárcere para a análise do benefício pleiteado não encontra abrigo na a orientação do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Precedente. - É caso de concessão parcial da ordem, tão somente para determinar seja apreciada a necessidade ou não de concessão da prisão domiciliar ao paciente, observando as condições de atendimento do presídio. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70060673340, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 25/09/2014)

4.4 A inconstitucionalidade do instituto da prisão especial provisória.

Traçados os contornos gerais e aspectos importantes sobre a matéria abordada, assim como reflexões acerca de princípios, institutos, aspectos gerais, e diversos outros dados que vieram a complementar o raciocínio auferido será oportuna a resolução do caso explanado acerca do problema em questão.

Por mais que se tenha colacionado diferentes posições e contornos sobre o tema, não se pode deixar de considerar a situação carcerária brasileira, a qual, como é de conhecimento geral, fere reiteradamente aspectos da dignidade humana. O peso da realidade prática reflexa na norma jurídica faz os estudos ficarem rebuscados de certa forma, pois não incidem no campo prático com a efetividade merecida. Assim, a título de exemplo, nada adiantaria extinguir-se o instituto da prisão provisória especial se não há possibilidade de garantir ao menos a integridade física do preso, considerando a superlotação atual da maioria das casas prisionais. Fato é que qualquer pessoa submetida a tanto deveria ter resguardada sua incolumidade física e psíquica. É justa a fundamentação de garantia da incolumidade do preso especial. Ocorre que este direito deveria ser estendido a todas as pessoas expostas a tal. A inconstitucionalidade reside no efeito reflexo do instituto, que o afasta de uma isonomia plena, como deve ser garantida em seara penal. Também, a prisão provisória especial acaba por entregar no subconsciente coletivo uma imagem de baixa credibilidade no sistema penal por parte da população de forma geral e, é claro, tudo isso com a devida influência midiática.

Veja-se que o presente estudo iniciou com o intuito de investigação acerca da validade da prisão especial provisória frente à CF/88, contudo, no andamento deste, verificou-se que, muitas vezes, poderia se dizer que a prisão comum poderá ser considerada inconstitucional, pelas condições de seu cumprimento na grande maioria das casas prisionais brasileiras. No tocante a este ponto, há uma interligação da ideia apresentada e o objetivo aqui perquirido: o de que a prisão provisória especial apenas se apresenta inconstitucional por diminuir os direitos dos chamados “presos comuns”, pois todos os sujeitos deveriam manter condições iguais de cárcere.

Também, sob outro ponto de perspectiva, é perceptível que haja, de forma implícita, uma confissão do legislador em saber das condições precárias do cárcere e, a partir disso, poder privar algumas pessoas desta condição, ao menos na prisão

cautelar. Também deixa embutida a ideia de que as casas prisionais são pertencentes às classes menos favorecidas. O fato de possuir ensino superior ou simplesmente estar no livro de mérito (como exemplo) deveria representar mais empenho da pessoa em manter-se ilibada, maior comprometimento com os bens jurídicos protegidos pela norma penal e não maiores regalias nesta seara. Mais uma vez, a distância entre a norma e a prática, principalmente na esfera penal, é ampla. A consistência entre esses dois pólos deve ser amplificada.

Não se trata de prerrogativa que coloque o recluso sob condição degradante apta a ferir seus direitos fundamentais, pelo contrário, é benefício que o isola dos demais reclusos, até mesmo em estabelecimento próprio, por isso, o que ficou evidente na discussão sobre o tema, foi o fato de que o que se confronta aqui não é o direito do beneficiário do instituto, mas, por reflexo, os dos demais, os quais, por não deterem alguma característica lá elencada, entram de forma comum na prisão e lá têm o tratamento comum de reclusão, que, conforme é de conhecimento geral, não respeita as garantias mínimas do preso.

Considerando, nesse aspecto, as infâmias do cárcere, o legislador, a partir disso, buscou assegurar maiores privilégios de proteção para certos indivíduos e aí reside um contrassenso, pois a garantia da integridade do preso deveria efetuar-se a todo e qualquer sujeito submetido a tal, seja em sede de prisão provisória ou definitiva. Essa é a tendência do direito moderno, para o qual as relações sociais devem pautar-se em maior equilíbrio, inclusive processual.

Interessante caso que pode ser citado a fim de demonstrar certa discrepância entre a interpretação da norma penal e a aplicação prática é o caso do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que atualmente cumpre pena na Superintendência da Polícia Federal, em Curitiba/PR. A sala de 15 metros quadrados era usada anteriormente como dormitório por agentes da Polícia Federal em Missão e agora foi transformada no local de reclusão onde o ex-Presidente se encontra. Veja-se que neste caso, mesmo com a condenação em segundo grau pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), possibilitando desde já o cumprimento de pena pelo entendimento do STF, já anteriormente levantado, a prisão, em tese, não deveria resguardar qualquer diferenciação com outros presos definitivos.

O ideal do imaginário jurídico seria a plena preservação de quem quer que fosse submetido ao cárcere, com a fixação de patamares mínimos dignos, e isso

deveria ser extremamente planejado em seara penal. Quando se trata de ilícitos penais, o Poder Estatal deveria assegurar uma imparcialidade plena de tratamento, pois os únicos elementos importantes para levar em consideração são as condutas humanas dignas de repressão estatal conforme descrito em lei, e não as prerrogativas inerentes à escolaridade ou cargo exercido.

Por conseguinte, no plano teórico, ainda considerando as influências mencionadas, a prisão especial provisória, no século XXI, afronta o princípio constitucional da isonomia em parte, eis que não é instrumento apto a corroborar ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Há, porém, ressalvas, as quais guardam pertinência lógica com o benefício, que são aquelas em que os sujeitos detêm alguma ligação de função à persecução criminal, como é o caso dos Chefes de Polícia (Inciso III), os magistrados (Inciso VI), os Delegados de Polícia e os guardas-civis dos Estados. (Inciso XI). Estas sim, como se vinculam a profissões que se interligam ao crime, não entrariam em confronto com a CF/88.

Por fim, sobreleva-se a hipótese de que, se garantida plenamente a integridade física do preso, não tendo contato algum com outros reclusos, a melhor solução seria a extinção total do instituto em face de sua inconstitucionalidade, ficando reservado em lei própria os casos excepcionais conforme acima referido.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo procurou-se explicar o conceito do instituto da prisão especial provisória, assim como as definições e características da prisão provisória, suas espécies, seus requisitos, definindo o que seria o instituto e suas vinculações legais. Também se colacionou os principais princípios que regem esse tipo de prisão bem como sua principal característica, a provisoriedade.

Abrangendo a discussão o princípio da igualdade, este foi abordado em suas nuances numa sedimentação teórica e com alguns apontamentos filosóficos, trazendo a necessidade de uma correlação lógica entre o benefício e a vulnerabilidade processual. Fez-se uma análise sobre sua presença na CF/88, irradiando efeitos para as mais diversas áreas do direito. Casos excepcionais de concessão do benefício foram colacionados, mencionando a necessidade para tanto. Após, breves apontamentos, porém importantes, foram mencionados acerca da ADPF 334, que versa sobre o tema.

Ao fim, uma abordagem prática com dados sobre as prisões provisórias em território Brasileiro foi elencada. Também, versou-se sobre os desdobramentos do Projeto de Lei 8.045/2010, que poderá influir no tema em debate, assim como a incidência da jurisprudência nos Tribunais Brasileiros sobre o instituto da prisão especial provisória. Após, dentro de tudo que foi auferido, a inconstitucionalidade do instituto foi fundamentada, trazendo a incidência dos elementos trazidos no presente trabalho.

Portanto, a fim de vincar a resolução do presente problema, levando em conta tudo o que foi exposto, tem-se que o instituto da prisão especial provisória (Art. 295 do CPP) não guarda ressonância com os valores constitucionais erigidos pela CF/88, ferindo, principalmente, o Princípio da Igualdade ou Isonomia, ressalvando-se, porém, casos especiais como os Incisos VI e XI do mesmo Artigo, os quais deveriam ser tratados em leis especiais e sempre guardar pertinência lógica com sua finalidade. No mesmo sentido, define-se que o instituto não contribui para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito moderno.

REFERÊNCIAS

- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Garantias Fundamentais na Área Criminal*. Manole, 01/2014.
- PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Método, 01/2014. Não paginado.
- TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal* / Nestor Tavora, Rosmar Rodrigues Alencar – 11. Ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- AVENA, Norberto Pâncaro. *Processo Penal*, 9ª ed. Método, 02/2017. Não paginado.
- NUCCI, Guilherme Souza. *Prisão e Liberdade*, 4ª ed. Forense, 05/2014.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*/Pedro Lenza. – 19. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do Princípio da Igualdade Jurídica*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- STJ - HC: 3848 ES 1995/0043570-5, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 31/10/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.11.1996 p. 42524. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22VICENTE+LEAL%22%29.min.%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&processo=3848&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> (acesso em 15/05/2018).
- NUCCI, Guilherme Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, 4ª edição. Forense, 03/2015.
- Bernardes, Juliano Taveira, Ferreira, Olavo Augusto Vianna Alves (Bianchini, Luiz Gom. Col. Saberes do Direito 2 - *Direito Constitucional I - Direito Constitucional e Constituição*, 1ª edição. Saraiva, 02/2012. [Minha Biblioteca].
- Jr., Lopes, Aury. *Prisões cautelares*, 4ª Ed. Saraiva, 10/2012. [Minha Biblioteca].
- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro 2014. Relatório descritivo e analítico produzido através do Termo de Parceria nº 817052/2015, firmado entre o Departamento Penitenciário Nacional, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf (acesso em 10/04/2018).
- Cruz, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*, 2ª ed. Atlas, 09/2013. [Minha Biblioteca].
- <http://www.cofecon.gov.br/apresentacao/> (acesso em 23/03/2018).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> (acesso em 26/03/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória e Constitucionalidade* 44. Relator Atual: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729> (acesso em 13/05/2018)

IHERING, R. Von. *A Evolução do Direito*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1953.

MORAES, Guilherme de. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª edição. Atlas, 02/2018. [Minha Biblioteca]. Não paginado.

COUTINHO, Diogo R. Direito, *Desigualdade e Desenvolvimento*. 1ª Edição.. Saraiva, 12/2013. [Minha Biblioteca].

MELLO, Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Edição. Malheiros. 02/1999.

Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980. Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Disponível em http://acadepol.pc.rs.gov.br/upload/1467292766_lei_7.366_1980.pdf (acesso em 08/03/2018).

CURY, Carlos Roberto Jamil; NOGUEIRA, Maria Alice. *Prisão especial e diploma de ensino superior: uma aproximação crítica*. Revista brasileira de educação, n. 16, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 334. Partes: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI) e Presidente da República. Relator: Ministro Teori Zavascki. Distrito Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4728410> (acesso em 05/03/2018).

Brasil. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf> (acesso em 18/03/2018).

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> (acesso em 18/03/2018).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/8fdd9396a64bda992ff1c8bc6d9b05f4.pdf> (acesso em 15/05/2018).

Rio Grande do Sul. Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE). <http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php> - Fonte: Departamento de Segurança e

Execução Penal - Susepe - Atualizado em 09/05/2018 10:39:27 (acesso em 15/05/2018)

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recibo de cadastro de inspeção. Passo Fundo/RS. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=861-1825&tipoVisao=presos (acesso em 15/05/2018)

População carcerária do Rio Grande do Sul chega a 37 mil em 2017, diz Susepe. Disponível em <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/populacao-carceraria-do-rio-grande-do-sul-chega-a-37-mil-em-2017-diz-susepe.ghtml> (acesso em 15/05/2018).

Rio Grande do Sul atinge marca histórica com mais de 34 mil presos. Disponível em <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/05/rio-grande-do-sul-atinge-marca-historica-com-mais-de-34-mil-presos.html> (acesso em 15/05/2018).

Brasil dobra número de presos em 11 anos, diz levantamento; de 726 mil detentos, 40% não foram julgados. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-dobra-numero-de-presos-em-11-anos-diz-levantamento-de-720-mil-detentos-40-nao-foram-julgados.ghtml> (acesso em 15/05/2018).

Processos criminais chegam a oito milhões e sobrecarregam a Justiça. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/542705-PROCESSOS-CRIMINAIS-CHEGAM-A-OITO-MILHOES-E-SOBRECARREGAM-A-JUSTICA.html> (acesso em 16/10/2017).

Comissão discute Código de Processo Penal com ministro da Justiça (04/10/2017). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/544806-COMISSAO-DISCUITE-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-COM-MINISTRO-DA-JUSTICA.html> (acesso em 16/10/2017).

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.045/2010 (Novo CPP). Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=17CC4CC5128612040EB8919BF764FE86.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010 (acesso em 16/10/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Mandado de Injunção. MI 58, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991 PP-04580 EMENT VOL-01616-01 PP-00026 RTJ VOL-00140-03 PP-00747. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI\\$.SCLA.%20E%2058.NUME.\)%20OU%20\(MI.ACMS.%20ADJ2%2058.ACMS.\)&base=baseAcor daos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA.%20E%2058.NUME.)%20OU%20(MI.ACMS.%20ADJ2%2058.ACMS.)&base=baseAcor daos) (acesso em 15/05/2018).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 6.420/SC, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/1997, DJ 09/12/1997, p. 64776. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27)

clas.+e+@num=%276420%27)+ou+(%27HC%27+adj+%276420%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO (acesso em 15/05/2018).

'Sala especial' em que Lula ficará preso é um direito previsto em lei. Disponível em <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/sala-especial-em-que-lula-ficara-preso-e-um-direito-previsto-em-lei.ghtml> (acesso em 15/05/2018).

A implacável Justiça subjetiva do Brasil. Carla Jiménez. São Paulo 15/05/2018.

Disponível em

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/27/opinion/1524780731_282172.html (acesso em 15/05/2018).

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Garantias Fundamentais na Área Criminal*. Manole, 01/2014. [Minha Biblioteca].

O ex-presidente Lula tem direito a Prisão Especial?. Gilberto Linhares Teixeira.

Disponível em <https://glinhares21.jusbrasil.com.br/artigos/455846250/o-ex-presidente-lula-tem-direito-a-prisao-especial> (acesso em 12/05/2018)