Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 17 • n. 79 • jul.-ago. 2009

Presidente SÉRGIO MAZINA MARTINS
Coordenadora ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes

CONSELHO DIRETIVO DA REVISTA – Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, Renato de Mello Jorge Silveira, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Mauricio Genofre, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, e Sergio Moccia

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores

IBCCRIM
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 17 • n. 79 • jul.-ago. / 2009

Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

_____; FERNANDES, Antonio Sacarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilicita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.

HERT, Paul de. Legal procedures at the international criminal court. A comparative law analysis of procedural rights. In: HAVEMAN, Roelof; KAVRAN, Olga; NICHOLLS, Julian (eds.). *Supranational criminal law: a system sui generis*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2003.

KAPLA, John; SKOLNICK, Jerome H.; FEELEY, Malcom M. *Criminal justice: introductory cases and materials*. 5. ed. New York: The Foundation, 1991.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed., St. Paul: West, 1995.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S.; CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed. St. Paul: West, 1997.

SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American criminal procedure. Cases and commentary*. 5. ed. St. Paul: West, 1998.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim* 188/2. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

2
Prisão especial: cautelaridade e constitucionalidade

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo tem a intenção de, a partir de enfoque constitucional do sistema de direito processual penal brasileiro, estudar a prisão especial à luz de critérios específicos de cautelaridade e constitucionalidade. Será defendido, a partir de abordagem histórica do direito brasileiro com preocupação para a regra da igualdade, que a medida cautelar estudada tem cabimento em termos mais restritos do que os ainda vigentes, quer quanto aos destinatários, quer quanto às distintas modalidades em que pode ocorrer. No texto serão analisadas, também, as várias posições da doutrina e dos tribunais nacionais que, de uma forma ou de outra, tocaram o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Medida cautelar – Prisão – Constitucionalidade – Proporcionalidade – Igualdade

ABSTRACT: The goal of this article is study the category of special prison in the light of specific criteria of prevention and constitutionality, based on a constitutional approach of the Brazilian Criminal Procedural System. It will be defended, based on a historical approach of the Brazilian Legal System related to the provision of equality, that the validity of the writ of prevention, here studied, depends on more restricted terms than those in force, concerning the Addressees, and the different forms in which it can occur. The paper will also analyze the position of the Brazilian Doctrine and National Courts, which somehow have addressed this topic.

KEYWORDS: Criminal proceeding – Writ of prevention – Prison – Constitutionality – Proportionality – Equality.

SUMÁRIO: 1. A inevitável constitucionalização do direito processual penal – 2. O *fino trato* consolidado na história brasileira – 3. O art. 295 do CPP até 10.07.2001: prisão especial e prisões especiais – 4. O quadro normativo motivador da Lei 10.258, de 11.07.2001 – 5. A cautelaridade processual penal: onde está a prisão especial?: 5.1 Ainda a cautelaridade processual penal: referibilidade e adequação – 6. A igualdade e a diferenciação razoável: a previsão da Lei de Execução Penal – 7. Conclusões – Bibliografia.

1. A INEVITÁVEL CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL[1]

É notável a mudança de paradigma que a Carta Constitucional de 1988 tem imposto aos estudos do processo penal brasileiro. Com efeito, nota-se uma evolução, arrancada dos princípios e regras constitucionais,[2] como uma via de mão certa em que as normas processuais penais devem ser interpretadas em consonância aos ditames constitucionais (e não o inverso) e que dignifica os estudos de processo penal até de forma a se superar a autonomia que deve ter, em vista de suas peculiaridades, perante o Direito Processual Civil.[3] Esse influxo inspira um rumo sem volta.

Instrumento público de tutela da liberdade individual com vistas à solução de um conflito no qual se discuta a liberdade e os direitos que lhe sejam correlatos de alguém e uma possível ofensa à norma penal que, em dado momento, torna-se jurisdicizado, o processo penal deve ser interpretado e concretizado *conforme à Constituição*.[4]

1. Trabalho apresentado como requisito à aprovação na matéria "Prisão e Liberdade", como aluno especial, junto à Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em matéria ministrada pelos Professores Antônio Magalhães Gomes Filho (professor titular), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (professora doutora) e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (professor doutor). Sou especialmente grato ao Prof. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, à Profa. Mariângela Gama de Magalhães Gomes e à amiga Mariana de Souza Lima Lauand, que, depois da leitura do texto, convenceram-me a romper o silêncio e encorajaram-me a publicá-lo.

2. Como referências no direito constitucional brasileiro: Virgílio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002. Dele ainda: Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607-630. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

3. Destacadamente ao tratar da autonomia científica do direito processual penal em face do direito processual civil, Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Ed. RT, 2002. Também nesse sentido, Aury Lopes Jr., para quem, muitas vezes a tentativa de importar conceitos do processo civil ao processo penal encerra verdadeira "ginástica de conceitos, estendendo-os para além de seus limites semânticos" (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1, p. 348).

4. Só para citar alguns processualistas penais que têm dado fundamental contribuição a esse necessário e sincero enfoque, ver: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Aury Lopes Jr. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, especialmente o capítulo 10. Aury Lopes Jr. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, especialmente capítulo 2. Do mesmo autor: *Direito processual penal*... cit., vol. 1. Geraldo Prado. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Nota-se inclusive que o próprio estudo do processo penal tem sido, mais recentemente, desejado por exímios constitucionalistas e, até, por filósofos do direito.[5]

O que foi dito acima soaria como truísmo, não fosse a prática costumeira, deitada em tradicionalismos seculares que são até anteriores ao Código de Processo Criminal do Império e perpassa o espírito do Código de Processo Penal de 1941, que espelha a mesma, tradicional, velha e "autoritária" (no sentido de que até hoje se utilizam com sucesso argumentos "de autoridade") interpretação fechada em si, alheia à mudança histórica e sobretudo, valorativa, da interpretação de muitos institutos do direito processual penal. Esse misoneísmo contamina, ainda, a prática judicial. Tem razão Dinamarco quando pontua que "é preciso pensar de acordo com os tempos."[6]

5. Dos primeiros, vale lembrar de Luis Roberto Barroso, que em recente obra traça um panorama da influência do direito constitucional em várias áreas do direito positivo brasileiro (*Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-382. Ainda do mesmo autor: Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 97-141; Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 581-601; Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 219-234. Dos últimos, Lenio Streck que, em obra escrita com Luciano Feldens, situa-se sobre a função investigatória do Ministério Público (*Crime e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003), e ainda: Lenio Streck. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: [www.leniostreck.com.br]. Acesso em: 11.11.2008.

6. Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12.

A mudança de paradigma que se vê e da qual aqui se tentará tratar, não deve se esgotar no puro plano do discurso acadêmico, sob pena de patrocinar a dessintonia entre a teoria e a prática, com o que mal se disfarçaria o que Barbosa Moreira, em momento de felicidade, tomou como "interpretação retrospectiva": olhar o novo com os olhos voltados para trás.[7]

De fato, é salutar a observância de autores e concretizadores das normas processuais penais, atualmente, em ter os olhos voltados para o direito processual penal comparado, notadamente o direito processual penal italiano e a plêiade de estudos e controvérsias judiciais e doutrinárias surgidas não só a partir do novo *Codice de Procedura Penale* de 1988 mas principalmente da Lei Constitucional 2, de 23.11.1999, que inseriu os princípios do justo processo penal no art. 111 daquela Constituição.[8]

Não menos importante é vislumbrar a influência que o direito processual penal brasileiro deve necessariamente sofrer em virtude da eficácia jurídica direta e aplicabilidade imediata de normas processuais penais constantes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte – tratados esses que, como já se tem solidificado, entram pela porta Constitucional e lá, no altar normativo brasileiro, permanecem.[9]

7 O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *RF* 304/152, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

8 Excelente resenha desse pensamento está em Ennio Amodio. *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2003. Especificamente no campo das medidas cautelares processuais penais pessoais, Ercole Aprile pontua que o *Codice de procedura penale* estabeleceu quase um sistema autônomo, em superação ao antigo Código, de 1930, que assinalava às medidas cautelares uma posição marginal e secundária dentro do livro específico da instrução criminal (*Le misure cautelare nel processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 3). É do mesmo sentido a opinião de Vittorio Grevi (Vittorio Grevi e Giovanni Conso (orgs.) *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2000, p. 385).

9 Dentre os processualistas penais brasileiros que se debruçaram nessa matéria, merece destaque Diogo Malan em sua obra de doutorado: *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Na doutrina brasileira específica sobre a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por todos, ver Flávia Piovesan: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

Ou, assomando-se ao já dito, merece atenção, também, com vistas à aplicação na defesa da conseqüente legalidade e orientada à defesa dos direitos individuais no plano da constitucionalidade, o estudo do influxo do abstrato, poroso e multifacetado "princípio"[10] da *proporcionalidade* no processo penal, ou ainda, aquele do *prazo razoável* em interpretação *pro individuo*, pois é induvidoso que referido "princípio" é inato à idéia de controle do Estado, impondo-lhe limites no exercício punitivo.[11]

Enfim, o processo penal brasileiro, de 1988 para cá, é outro; e, pode-se dizer pela confessada aproximação que lhe vem sendo dada ao

10 O próprio tratamento à proporcionalidade é muito questionado na doutrina, inclusive brasileira. Por isso, segue-se apenas por critério didático aqui o prevalecente tratamento como princípio, pois não se trata, em assim o classificar, de *princípio* em oposição a uma *regra*, do estilo dworkiniano. Tal premissa, aqui não assumida, ocasionaria o questionamento quanto à forma de incidência nos fatos e nada mais que isso. Prefere-se a nomenclatura por se seguir, repita-se, por mera escolha didática, o critério de abrangência e generalidade do termo, e não o da forma de incidência, que se liga mais a seu modal deôntico (aplicação "tudo ou nada" ou aplicação "ponderada", "caso-a-caso"). Diz, a respeito, a autorizada lição de Virgílio Afonso da Silva: "o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima,uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um 'mandamento de otimização', *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade (...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*" (*A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36).

11 A respeito: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: Bruno de Morais Ribeiro e Marcellus Polastri Lima (coords.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 159-85. Maurício Zanoide de Moraes. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes (coords.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. Denilson Feitoza Pacheco. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Flávia D'Urso. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

direito constitucional, mais digno, mais refinado; digno de ser, para usar linguagem freqüente entre os constitucionalistas, *levado a sério*.

A necessidade de tratá-lo como novo a partir da perspectiva constitucional da interpretação, com os consectários acima indicados, vai além da teorização para adentrar à prática. Diz respeito a juízes, promotores, advogados, intérpretes autorizados que são, diga-se de novo, não só das normas processuais-penais como, de relevo, de sua consonância aos ditames constitucionais. A partir disso se tentará oferecer uma proposta de interpretação da prisão especial que, conquanto aparentemente polêmica, pode, quiçá, aproximar-se da *regra* da igualdade, até porque visa separar o que é a *desigualdade* do que pode ser tida como *distinção funcional razoável*.

O instituto, como se verá, não é tratado de forma isolada no plano de estudo da teoria das cautelaridades processuais-penais e precisa, também, ser revisto à luz do princípio constitucional da igualdade.[12] Nesse aspecto, aliás, a abordagem dos autores se repete com base no mesmo fundamento, tirado dentre muitos de João Mendes Júnior, e sua coloração muda insossamente, atravessando os séculos.

Escolheu-se, pois, a prisão especial para a visão crítica, que se pretende comprovar constitucionalmente orientada, também porque é preciso se aperfeiçoar a interpretação que possa ser dada à fundamental mudança legislativa ocorrida em 2001, com o advento da Lei 10.258, e, sem prejuízo dela, alguma leitura que se possa fazer à luz da Lei de Execuções Penais e, também, para se tentar ser atual, do princípio constitucional da proporcionalidade.

Afinal, se essa, a proporcionalidade, e até a referibilidade à futura pena que venha a ser imposta em decisão definitiva, como hoje se ensina,

12. Reitera-se a escolha por tomar a igualdade como *princípio* à luz da escolha didática. Fosse ela um *princípio* nos moldes preconizados pela doutrina específica e recentemente lida no Brasil – à qual nem sempre se dá a devida atenção nessa peculiaridade – poder-se-ia admitir que a *igualdade* sofreria ponderação no caso concreto. Forçosamente, pois, em se tomar as noções de Dworkin e sobretudo de Alexy, pelo que aqui se dirá, a igualdade seria uma *regra*, e não um *princípio*; sua aplicação seria, efetivamente, presa aos modelos "tudo-ou-nada" (A respeito da construção teórica, v. Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

são características inseparáveis de medidas cautelares penais,[13] a colocação da prisão especial nessa temática se torna ainda mais tormentosa.

2. O *FINO TRATO* CONSOLIDADO NA HISTÓRIA BRASILEIRA

Muito antes da primeira das repúblicas brasileiras, desde início do século XVII, o Livro V das Ordenações Filipinas estatuía suma desigualdade entre os homens com vistas a dar maior repressão penal àqueles que tinham pouco; protegendo das agruras do processo e da futura punição os que tinham mais, os que eram de boa cepa ou, como criticamente disse Miguel Reale Júnior, eram os "de fino trato".[14] Segundo esse autor e Marcelo Semer,[15] mesmo antes do vigente Código de Processo Penal, pois, poderia se perceber a razão histórica da *prisão especial*. Que sirva de exemplo a passagem constante do item 15 das Ordenações, que tiveram vigência no Brasil entre 1603 e 1830:

"Todo homem, de qualquer qualidade e condição que seja, que entrar em mosteiro de freiras de religião aprovada e for tomado dentro ou lhe for provado que entrou, ou esteve de dia ou de noite dentro no mosteiro, em casa ou lugar dentro do encerramento dele, que pareça que era para fazer nele alguma coisa ilícita contra a honestidade do dito mosteiro, pagará cem cruzados para o dito mosteiro e mais morra por isso morte natural. 1. e o homem a que for provado que tirou alguma freira de algum mosteiro ou que ela por seu mandado e induzimento se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for com ela, se for peão, morra por isso. E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o mosteiro e mais será degredado para sempre para o Brasil. Mas a execução da morte não se fará nos sobreditos casos sem primeiro no-lo fazerem saber. 2. e sendo provado que algum homem dormiu com freira de religião aprovada fora do mosteiro, em caso que a ele não tirasse, pagará cinqüenta cruzados

13. Assim é, como destaca Marcellus Polastri Lima. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75. Também, entre nós, Rogério Schietti Machado Cruz. *Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94-104 e Fábio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51-83.

14. Preso de fino trato. *Folha de S. Paulo*. Tendências/Debates, 25.02.2007.

15. A síndrome dos desiguais. *Boletim Juízes para a Democracia* 19, jan.-mar. 2002.

para o mosteiro e será degredado dois anos para África, e além disso se for peão, será açoitado publicamente com baraço e pregão."[16]

A discriminação que se perpetuou na *história* brasileira, curiosamente, não gerou muitas *estórias*. Afinal, o discurso protecionista dos bem-nascidos e alçados por mérito ou outro critério às classes abastadas do Brasil bradou-se desde o início. A idéia de que a prisão cautelar é cruel em si, e que a partir disso como não se pode salvar a todos que sejam salvos aqueles que têm – digamos para usar um termo paradoxal na divisão classista e suas conseqüências – *mais-valia*, tinha e tem plena aceitação.

Desde sempre no Brasil, pois, e especificamente no cumprimento da medida processual penal cautelar pessoal por excelência, havia os *eleitos* e os *não-eleitos*. Aos primeiros, a prisão era vista com todo o bom-senso que deve cercar o jurista, e por isso, a idéia de excepcionalidade era levada a sério. Do mais antigo ao mais atual, do mais atávico à idéia de pena retributiva ao mais cauteloso com os direitos individuais no processo.

Não foi por outra razão que, irmanado com o espírito do então Código vigente de 1830, previu o Regulamento 120, de 31.01.1842, que regulava a "execução da parte policial e criminal da Lei 261, de 03.12.1841" (essa, que reformou o Código de Processo Criminal do Império) em seu art. 148 que "os presos deverão ser classificados por sexo, idade, moralidade e condições, separando-se essas classes, quando for possível, e observando-se o maior número de subdivisões, que permitir o edifício".

A distinção colocada, posta como um dever de fiscalização do agente público responsável pela guarda dos presos, parece de difícil aceitação e antecipou ponto de vista dos doutos que, até há muito pouco tempo, parecia um vento que soprava sempre na mesma direção. Os antigos e os novos não viam ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

A razão retórica que se encontrou para isso vem desde lições de João Mendes de Almeida Júnior, que dizia que "a prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delicto; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinqüente, ou que, sendo delinqüente, seja um culpado. Entretanto, nos postos policiaes, nas estações da guarda policial, nas

16 Silvia Humbold Lara (org.). Ordenações Filipinas. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 96-7.

cadeias escuras e infectas, a logares de desolação e angustia, como si fossem facinorosos julgados".[17]

Mesmo com a vigência do Código de Processo Penal de 1941, recorria-se ao mestre para, a partir de sua premissa atinente à prisão cautelar em gênero, chegar-se às conclusões que tentam, até hoje, justificar a separação, no plano do cumprimento da medida de prisão cautelar, entre os *especiais* e os *comuns*.

Chama a atenção que autores como Eduardo Espínola tenham arrancado, da distinção do art. 300 do CPP,[18] a separação entre presos *especiais* e presos *comuns*, nestes termos:

"Pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando se evite, tanto quanto possível, o contacto entre réus definitivamente condenados e pessoas apenas provisoriamente presas; assim, é natural se conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contacto com a ralé dos criminosos, a pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos, que prestem ou tenham prestado."[19]

Não atingimos a mesma conclusão. Não nos parece razoável, a partir da distinção que o Código vigente prevê entre o preso *provisório* e aquele que o é em razão de decisão transitada em julgado, estabelecer distinção, na primeira hipótese, entre "pessoas de qualidade" e as demais para o fim específico de poupar as primeiras do contato com "a ralé dos criminosos". Ao nosso sentir, caso exista razão para discriminar o preso provisório daquele que o é em decorrência de decisão transitada em julgado,[20] ela deve partir de outro fundamento e, por atender lógica distinta, provoca nova interpretação da prisão especial.

Como Espínola, contudo, e se valendo dos mesmos argumentos já lançados por João Mendes Júnior, pensava a esmagadora maioria[21] dos

17 *O processo criminal brazileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. vol. 1, p. 309.

18 "Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas".

19 *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 3, p. 316-317.

20 Como já prevêem não só o art. 300 do CPP, mas também o art. 84 da LEP.

21 Inocêncio Borges da Rosa se limitou a separar aqueles que devem ser "recolhidos à prisão especial" daqueles que devam permanecer recolhidos

processualistas penais brasileiros. Assim, por exemplo, Basileu Garcia,[22] Ary Franco,[23] Câmara Leal,[24] Magalhães Noronha,[25] Tourinho Filho,[26] Francisco de Assis Toledo[27] e Roberto Delmanto Júnior.[28]

Sem prejuízo da representativa maioria, pode-se antecipar, aqui, a concordância de Antônio Magalhães Gomes Filho, professor que, com

em "edifícios de prisão comum" quando tratou do art. 295 do CPP (*Processo penal brasileiro. Obra de teoria e prática sobre o código de processo penal brasileiro. Dec.-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. vol. 2, p. 226).

22. "Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, ainda não condenados, imanente ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles, os que pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere" (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. vol. 3, p. 74).

23. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1943. vol. 1, p. 308.

24. "Há pessoas que pela sua qualidade são consideradas egrégias, ficando isentas da prisão comum, quando devam ser detidas antes de sentença condenatória passada em julgado" (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. vol. 2, p. 220).

25. "Não obstante o preceito de que todos são iguais perante a lei, o Código, em se tratando de prisão antes da sentença condenatória, atende a circunstâncias peculiares de determinadas pessoas, dispondo que sejam recolhidas em estabelecimentos especiais" (*Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 150).

26. "Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da nação" (*Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, p. 409-410). Ver, também, após a Lei 10.258, de Tourinho Filho: Em que consiste a prisão especial? Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

27. Prisão especial: direito ou privilégio? *Revista CEJ* 15/64-72. Brasília, set.-dez. 2001.

28. Prisão especial, sala de estado-maior e prisão domiciliar em face da Lei 10.258/2001. *RT* 793/493. São Paulo: Ed. RT, nov. 2001.

os olhos voltados para o direito processual penal pós-1988, preocupa-se com o tema de maneira distinta:

"E as sempre lembradas 'deficiências de ordem material' não podem constituir óbice à efetivação dos valores consagrados pela lei fundamental; ao contrário, estes é que devem servir à superação das primeiras."[29]

De uma ou outra forma, pode-se dizer sem medo de errar que certa idéia de *honorabilidade*, na história brasileira, tem motivado as opiniões favoráveis à distinção entre aqueles que – já agora por previsão constitucional que não havia em nenhuma outra que lhe precedeu – são rigorosamente iguais aos demais no que tange à presunção do estado de inocência. Como até aqui se viu, à *honorabilidade* soma-se o argumento baseado na falta de condições de habitabilidade – que afronta à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988) – para, mais uma vez, possibilitar a *escolha* de quem não terá de se ver na situação subumana de cumprimento de prisão cautelar *comum*.

Tais idéias, de *honorabilidade* e de *evitabilidade de se contaminar com os presos comuns nas enxovias que são as prisões comuns*, como se viu linhas atrás, serviram a ultrapassar o princípio da igualdade[30] para justificar uma aura de *intangibilidade* aos eleitos. Afinal, a cantilena é que se a prisão processual é um *mal necessário* do processo penal, que sirva aos outros; não aos *eleitos* no sentido figurado que aqui se preferiu usar.

Esse raciocínio não se coaduna com o Estado de Direito que atingimos.

3. O ART. 295 DO CPP ATÉ 10.07.2001: PRISÃO ESPECIAL E PRISÕES ESPECIAIS

A partir do Código de Processo Penal de 1941, com esse nome, a prisão especial veio, primeiro, regulamentada pelo Dec. 38.016/1955,

29. Prisão especial e princípios constitucionais. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1ª Reg., ago. 2001, p. 5.

30. Sem perceber, os antigos doutrinadores usaram o princípio como atualmente, muitas vezes sem se perceber, alguns doutrinadores o fazem: na distinção entre *princípio* e *regra*, variando o modal deôntico, pois no primeiro caso o princípio *admite sopesamento em virtude dos valores envolvidos*, o que não se dá com as regras, que incidem na medida do "tudo-ou-nada". Eis, portanto, outra incorreção de não se explicar como se entende o *princípio*.

que previa, em seu art. 3.º, certo rol de privilégios àqueles presos provisórios.[31]

Aludido decreto, conforme alerta Petrônio Calmon Filho, está revogado desde 18.01.1991, pelo Dec. 11, do ex-presidente Fernando Collor de Mello, o que torna inexistente qualquer regulamentação na matéria, gerando perplexidade aos operadores do Direito.[32]

Depois, o que era inicialmente tido como exceção dentro do sistema das medidas cautelares penais, por força da mesma representação política que motivou a primeira configuração do seleto rol dos *imiscíveis* aos presos comuns se tornou quase que uma generalidade.

De fato, além da previsão inaugural do Código de Processo Penal, várias legislações esparsas, em defesa de particulares grupos de interesse, fizeram com que se sofresse, nas palavras de Rogério Lauria Tucci, uma "inflação de casos de prisão especial"[33] o que de acordo com Gustavo

31 Vale destacar: "Art. 3.º É assegurado ao detido: I – Alojamento condigno, alimentação e recreio. Quando o alojamento for coletivo serão ouvidos os recolhidos, sempre que possível, para a organização dos grupos.
II – O uso do seu próprio vestuário, guardado o decoro devido aos companheiros de prisão e ao estabelecimento. III – Assistência de seus advogados, sem restrições, durante o horário normal de expediente.
IV – Visita de parentes e amigos em horário previamente fixado. V – Visita de ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente, sem horário determinado. Em casos excepcionais, a critério do Diretor ou Comandante, poderá a visita iniciar-se e prolongar-se fora do horário de expediente. VI – Recepção e transmissão de correspondência livremente, salvo nos casos em que a autoridade competente recomendar censura prévia. VII – Assistência religiosa, sempre que possível. VIII – Assistência de médico particular. Quando os medicamentos receitados forem adquiridos ou manipulados fora, estarão sujeitos à verificação pelo Serviço Médico do Estabelecimento. IX – Alimentação enviada pela família ou amigos, em casos especiais e com autorização do Diretor ou Comandante. X – Transporte diferente do empregado para os presos comuns. XI – Direito de representar, desde que o faça em termos respeitosos e por intermédio do Diretor ou Comandante. As petições insultuosas ou com expressões menos recomendáveis não serão encaminhadas"

32 Petrônio Calmon Filho. O decreto revogado sobre a prisão especial e a proposta de alteração legislativa imediata. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br] Acesso em: 24.09.2008.

33 Indispensabilidade de nova regulamentação... cit., p. 9.

Henrique Righi Ivahy Badaró, "acabou 'generalizando' o que era 'especial'".[34]

Assim, sem se preocupar se a tal modalidade específica de prisão cautelar era "regalia" ou "prerrogativa"[35] de alguns, foram ampliadas suas hipóteses de cabimento; o que acabou gerando, como parece, uma *permissividade*.

Com a Lei 799, de 01.09.1949, estendia-se a "regalia" da prisão especial aos oficiais da Marinha Mercante Nacional que já tivessem exercido funções de comando; a Lei 2.860, de 31.08.1956, previu prisão especial para dirigentes de entidades sindicais e empregados no exercício da representação profissional ou em cargo de administração sindical; a Lei 3.313, de 14.11.1957, previu prisão especial para servidores do departamento federal de segurança pública com exercício de atividade estritamente policial;[36] a Lei 3.988, de 24.11.1964, previu prisão especial para pilotos de aeronaves mercantes nacionais;[37] a Lei 4.878, de 03.12.1965, estendeu a prisão especial aos policiais civis da União e do Distrito Federal;[38] a Lei 5.250, de 09.02.1967, previu prisão especial para jornalistas;[39] a Lei 5.256, de 06.04.1967, tratou do sucedâneo de prisão domiciliar para casos em que "não houver estabelecimento adequado

34 Reflexões sobre a prisão especial. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 3.

35 Em interessante artigo, Damásio de Jesus inicia o tratamento da prisão especial a partir da distinção de "prerrogativas" e "regalias" para, ao elogiar a Lei 10.258/2001, apontar que "O legislador teve a intenção de delimitar a medida de maneira clara e objetiva, sepultando o sistema de distribuição de regalias pela proporção do poder de influência" (A nova prisão especial. *Enfoque jurídico*. 15. ed. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 6-7).

36 De acordo com o art. 1.º, I, da Lei 3.313/1957, a prisão especial poderia ser cumprida "no quartel da corporação ou repartição em que servirem".

37 O próprio texto da lei, em seu art. 1.º toma o instituto por "regalia".

38 E dispôs que a prisão especial consiste no recolhimento do funcionário "a sala especial da repartição em que sirva, sob a responsabilidade do seu dirigente, sendo-lhe defeso exercer qualquer atividade funcional, ou sair da repartição sem expressa autorização do Juízo a cuja disposição se encontre".

39 "Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades. Parágrafo único. A pena de prisão de jornalistas será cumprida em estabelecimento

ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial"; a Lei 5.350, de 06.11.1967, estendeu aos policiais civis estaduais o regime de prisão especial constante da Lei 4.878/1965; a Lei 7.172, de 14.12.1983, tratou, ainda, da "regalia concedida pelo art. 295 do CPP" aos professores de ensino de 1.º e 2.º graus.

Dignas de nota são as modalidades de prisão previstas na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979),[40] na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75/1993),[41] na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993),[42] no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994),[43] na Lei Orgânica da Defensoria da União (LC 80/1994).[44]

Já não se está no campo da prisão especial tal e qual previu o Código de Processo Penal; mas sim, de prisões especiais de segundo grau ou, caso se queira, de prisões especialíssimas.

distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário."

40. "Art. 33. São prerrogativas do magistrado: (...) III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final".

41. "Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: (...) II – processuais: (...) e) ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena".

42. "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".

43. "Art. 7.º São direitos do advogado: (...) V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, *assim reconhecidas pela OAB*, e, na sua falta, em prisão domiciliar" (o texto destacado foi declarado inconstitucional pelo STF, em julgamento da ADIn 1127-8).

44. "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: (...) III – ser recolhido a prisão especial ou a sala especial do Estado-Maior, com direito a privacidade e, após sentença condenatória transitada em julgado, ser recolhido em dependência separada, no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena".

4. O QUADRO NORMATIVO MOTIVADOR DA LEI 10.258, DE 11.07.2001

Havia, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, a "prisão especial" tal qual prevista no art. 295 do CPP, e as várias modalidades de "prisões especiais" outras, distintas e idealizadas ao sabor dos corporativismos. Em outros termos: havia prisões "mais que" especiais, a depender das categorias dos cidadãos que a ela poderiam fazer jus.

Foi com essa grave disparidade, evidenciadora da falta de controle da excepcional distinção que se tinha instituído desde as ordenações filipinas, que se deparou a Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, ao idealizar o projeto da nova lei de prisão especial, que veio a se tornar a Lei 10.258, de 11.07.2001.

Aludida comissão tinha, originariamente, a incumbência de elaborar projetos de lei de reformas pontuais ao Código de Processo Penal. Inicialmente composta a comissão sob o Ministério da Justiça de José Carlos Dias, as principais propostas apresentadas eram de: 1. Investigação criminal; 2. Suspensão do processo, *mutatio libelli*, *emendatio libelli* e procedimentos; 3. Interrogatório do acusado e defesa efetiva; 4. Prova; 5. Prisão, medidas cautelares e liberdade; 6. Tribunal do júri; 7. Recursos e ações de impugnação.

Depois de terminados os trabalhos e diante de notícias de perseguições penais e prisões que diziam respeito a pessoas de representatividade nacional (destacadamente juiz de tribunal e senador da República), houve por bem o Ministério da Justiça, já titularizado por José Gregori, em convidar os integrantes daquela comissão para a elaboração de novo texto de lei, dessa vez específico e atinente à prisão especial, o qual poderia fazer parte do anteprojeto maior, que já englobava o tema "prisão e medidas cautelares".

Como diz o Prof. Petrônio Calmon, que juntamente ao Prof. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, elaborou o anteprojeto da nova lei de prisão especial, o ideal era que se eliminasse "qualquer vestígio de descumprimento ao princípio constitucional da igualdade, determinando, taxativamente, que a prisão especial, prevista no código ou em outras leis, consista exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum".[45]

45. Petrônio Calmon Filho. O fim dos privilégios da prisão especial. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

Ainda de acordo com as palavras daquele integrante da Comissão, "eliminar a figura da prisão especial é a meta visada, como proceder é a questão. Algumas leis que estabelecem a prisão especial são de iniciativa exclusiva, como a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Orgânica do Ministério Público da União etc. Nelas o governo não pode mexer" [46]

A *mens legis* era, como se disse, extinguir-se privilégio e obedecer-se, enfim, ao princípio da igualdade. Por isso, como frisado por um dos integrantes daquela Comissão, "a prisão especial, enquanto sobreviver, significará tão-somente o recolhimento em separado. Em uma cela fica o preso comum e em outra fica o preso dito especial, mas as duas celas serão iguais, sem nenhuma distinção, privilégios ou regalias". [47]

Taxativamente o novo art. 295 do CPP previu que: "A prisão especial, *prevista neste Código ou em outras leis*, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum" (§ 1.º – destaque nosso).

A idéia de uniformizar a exceção à regra de tratamento dado aos presos cautelares, contudo, ainda não vingou pois há quem sustente, com eco nos Tribunais como adiante se verá, que "a expressão *prisão especial* não se traduz em gênero, do qual o *recolhimento a quartéis* (em sala de estado-maior ou sala decente) seria simples espécie". [48]

O entendimento chega a distinguir a filigrana da terminologia usada pelo legislador de 2001, pois se sustenta que por não se ter alterado a previsão do *caput* do art. 295 do CPP, seriam ontologicamente separadas a "prisão especial" da hipótese de "recolhimento em quartel" [49] – e daí, no argumento, se elastece a consideração que privilegia a perpetuidade

46 Petrônio Calmon Filho. *O decreto revogado*. cit., p. 1.

47 Idem, ibidem. Com efeito, conforme a exposição de motivos do anteprojeto de lei que ao final se transformou na Lei 10.258/2001, "a proposta ora formulada consiste em retirar do preso especial privilégios injustificados, restringindo-se o conceito às condições que resguardam a segurança, saúde e dignidade humana. A diferença com o tratamento do preso comum consistirá exclusivamente em manter o especial em cela distinta e no transporte separado, até porque os demais direitos do preso já estão assegurados na Lei de Execução Penal" (Petrônio Calmon Filho. Op. cit.)

48 Roberto Delmanto Jr. Op. cit., p. 8.

49 Idem, ibidem. "A locução 'ou', aqui, indica alternância e não, sinonímia, caso contrário não haveria a necessidade do emprego da locução 'a' antes da expressão 'prisão especial'"

das distinções, pois se diz "*a quartéis* (em sala de estado-maior ou sala decente)".

Assume-se neste texto posição que parece mais próxima à *mens legis*, que foi a de uniformizar a prisão especial, prevista em qualquer lei, codificada ou não, que sobre ela disponha.

É que, observada uma excepcionalidade inicial da prisão prévia à condenação transitada em julgado no ordenamento jurídico brasileiro, onde a liberdade é a regra, abre-se no seio do cumprimento da medida cautelar, outra *excepcionalidade* que é a própria prisão especial. Dessa segunda *excepcionalidade*, tenta-se abrir uma *terceira excepcionalidade*, que parece afrontar à razão da lei. Ora: por muito que se cuide de privilegiar a lógica da liberdade, de exceção é que não se cuida mais, e o problema não está no tratamento da matéria como cautelar ou não; mas sim, na ofensa ao princípio da igualdade processual. Raciocinar-se assim, parece, não tisna o ideal de liberdade de todos os cidadãos, mas, quem sabe, atende ao escopo de colocar a prisão especial em melhor acomodação perante a ordem constitucional. Não é possível, de fato, inverter a presunção posta pelo constituinte originário com ineditismo em 1988 (art. 5.º, LVII, CF/1988); mas por outro lado não se pode mais fechar os olhos à drástica desigualdade substancial, no processo, entre os assim chamados *especiais* e os outros, os *comuns*.

Além disso, importa saber se essas fissuras no sistema das medidas cautelares processuais penais, sob a égide do princípio constitucional da presunção de estado de inocência, guardam com o processo ao qual estão ligadas, alguma *adequação*.

No sentido deste texto, Damásio de Jesus explica: "Cumpre notar que a Lei 10.258/2001 não alterou o *caput* do mencionado art. 295, possibilitando o recolhimento do preso especial em quartéis. Assim, o preso especial poderá ser recolhido em cela localizada nos quartéis, desde que esta não contenha regalias não encontradas em prisões comuns". [50]

E, com isso, conquanto a nova lei tenha tentado, de forma aberta e indiscutível tratar da prisão especial "prevista no Código ou em outras

50 Damásio Evangelista de Jesus. Op. cit., p. 7. Ao que parece, o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira caminha no mesmo sentido do professor paulista. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 409.

leis" (art. 295, § 1.º, CPP), prevalecem, ainda hoje no Brasil, a *prisão especial* e as demais *prisões especiais*.

Exemplificando: a prevalecer o entendimento que distingue, ainda hoje, entre prisão especial e prisões especialíssimas, um bacharel em Direito faz jus à prisão especial, *ex vi* do art. 295, VII, do CPP; mas o mesmo bacharel que for inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil faz jus à *outra* prisão especial: a ele, em vista da situação subjetiva alheia ao processo, reserva-se a prisão em "sala de Estado-Maior" (art. 7.º, V, da Lei 8.906/1994).

A partir do mesmo exemplo se atinge absurdo ainda maior: o bacharel que for *investigador de polícia* estará em situação mais periclitante se preso cautelarmente – ele *investiga* por dever de ofício possível prática de crimes e, ainda que indiretamente, pode ser apontado como agente público responsável pela prisão cautelar de algum imputado –, que o advogado *tributarista*, que não tenha atuado jamais na justiça criminal.

Exsurge, pois, com redobrada importância, o agudo e crônico problema da observância ao *princípio da igualdade*.

E isso provoca a análise da prisão especial sob os critérios de cautelaridade processual penal, quiçá para, ao final, poder-se situar a medida em outro plano e se atingir alguma conclusão crítica e propositiva. Como se verá a seguir, no plano estritamente processual, a prisão especial é de difícil acomodação.

5. A CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL: ONDE ESTÁ A PRISÃO ESPECIAL?

Não se conhece outro país que tenha hoje instituto parecido com a prisão especial [51].

51. Luiz Flávio Gomes. Prisão especial sem regalias. *Enfoque jurídico*. 15. ed.. Publicação do TRF-1.ª Reg., ago. 2001, p. 3. Só para exemplificar: ao longo de todo o Livro IV do *Codice di procedura penale* não se vê figura análoga à prisão especial; ao longo do Capítulo II, Título I do Livro VI do Código de Processo Penal português, também não se encontra algo parecido nem tampouco no Capítulo III, do Título VI do Livro II da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha; não há previsão análoga à prisão especial, também no Livro III do *Código Procesal Penal del Paraguay*; nem no Título V do Código Procesal Penal do Chile. Na Itália, como lembra Paolo Tonini, a regra que veda, excepcionalmente, o cumprimento de prisão cautelar é atinente aos seguintes casos: "donna incinta; madre di prole di età inferiore a ter anni con lei convivente, padre in analoghe condizioni, se la madre è assolutamente impossibilitata a dare assistenza allá prole, persona che há superato l'età di settanta anni", dependente químico de drogas durante período de tratamento terapêutico e doentes terminais que não respondam mais aos tratamentos terapêuticos (*Manuale di procedura penale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2008, p. 377-378). No último sentido, andou bem o legislador reformador brasileiro, uma vez que no PL 4.208/2001 previu como medida menos gravosa que a tradicional prisão cautelar, a prisão domiciliar nos casos de "pessoa maior de setenta anos; pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco" (art. 318 do CPP, em vias de aprovação no Congresso Nacional).

Ela é invenção bem brasileira. Aqui nasceu e aqui ficou. Entre nós Rogério Lauria Tucci a toma por "uma espécie de prisão provisória, de natureza cautelar, concedida a determinadas pessoas, em razão da função por elas exercida ou de uma condição especial que ostentam".[52] Mesmo que se tente conceituá-la para adequá-la à regra tradicional da cautelaridade pessoal no processo penal, a dificuldade da tarefa incomoda aos juristas que, ao que parece, não conseguem enquadrá-la sistematicamente dentro das modalidades de tutela cautelar processual penal pessoal.

De fato, de todos os autores pesquisados, e aqui já referidos, se pôde notar que, conquanto se tenham debruçado sobre a prisão especial, não tiveram êxito em tratar dela com ares de ciência como específica forma de prisão cautelar. Para exemplificar, além do que aqui já foi referido, Romeu Pires de Campos Barros não passou da seguinte consideração:

"O lugar de recolhimento do preso provisório, ou seja, aquele que sofre uma cautela de natureza pessoal, por força da qual deve ser segregado, atende à natureza da forma de prisão que poderá ser: comum e especial. A prisão comum provisória é a carcerária, quando a pessoa não goza de qualquer privilégio, a qual se efetiva num presídio onde não existem sentenciados em cumprimento de pena, quando isso se torna impossível, devido a existência de um só estabelecimento prisional ela deverá ser recolhida em seção distinta, evitando-se a promiscuidade com indivíduos já condenados."[53]

52. Indispensabilidade de nova regulamentação da prisão especial. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel* 19/8, São Paulo, jan.-mar. 2002.

53. *Processo penal. Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 112.

E não é mesmo fácil enquadrar a prisão especial no plano técnico-jurídico da cautelaridade no processo penal porque as razões de sua existência, ao que parece, não cabem no plano sistemático das características das medidas cautelares, mesmo que se perceba alguma oscilação doutrinária,[54] desde Calamandrei e Chiovenda, quanto às suas características.

Mesmo que se assuma, por parecer uma lição útil, que são características das medidas cautelares em processo penal, como quer Marcellus Polastri Lima, "a acessorialidade,[55] a preventividade, a instrumentalidade hipotética, a provisoriedade, a revogabilidade, a não definitividade, a referibilidade, a jurisdicionalidade, a adequação e a proporcionalidade",[56] em nenhum desses *Tatbestände* processuais se pode tomar a prisão especial como específica providência cautelar no processo penal.

À prisão especial falta a nota da *assessoriedade*, pois essa característica é consentânea a qualquer medida cautelar pessoal e tem natureza objetiva – pois se liga ao processo, enquanto na prisão que agora chamamos de *sui generis*, prende-se ao preenchimento *subjetivo* de qualidades do imputado que venha a sofrer a restrição na liberdade.

A ela falta também a nota da *preventividade*, pois os motivos da prisão, se decretada no curso do processo, não são dela, *prisão especial*,

54. *Dizem* com razão Rogério Lauria Tucci, Roberto Delmanto e outros que "as medidas cautelares não gozam de homogeneidade, o que dificulta sua sistematização" (Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado* 78/113, São Paulo: AASP, set. 2004).

55. Neste texto se usará a expressão "assessoriedade", e não "acessorialialidade", pois, no vernáculo, enquanto a primeira se liga à assistência, ao auxílio, a segunda se liga àquilo que, *sendo acessório*, não é fundamental; é secundário. Como a medida cautelar *se prende* ao processo principal; e especificamente a cautelar pessoal pode ter ares de limitação da liberdade, nesse particular, ela atinge ares de fundamentalidade no exercício dos direitos do cidadão.

56. Op. cit., p. 108-109. Há certa variação na colocação dos requisitos de medidas cautelares, como se percebe, dentre tantos outros em Gustavo Badaró (A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade... cit., p. 160-164) e João Roberto Garcez Ramos (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 79-95). E também, na doutrina do processo civil, José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301-313. Galeno Lacerda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 8, t. I, p. 11-28. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 19-42.

mas conectados às cautelares processuais penais típicas: prisão em flagrante (arts. 301 e ss. do CPP), prisão preventiva (arts. 311 e ss. do CPP), prisão temporária (Lei 7.960/1989), prisão preventiva se decorrente de decisão de pronúncia (art. 413, § 2.º, do CPP), prisão preventiva se decorrente de sentença recorrível (art. 393, I, do CPP).

A *revogabilidade*, igualmente, não é característica sua, mas das *medidas cautelares processuais penais pessoais* há pouco referidas – e, no plano dogmático, o Código vigente nem previu hipótese de *revogação* da prisão especial até porque se trata de um *apanágio* de pessoas certas que modifica, isso, sim, a *forma* de se cumprir esta ou aquela medida cautelar, como intuído por Romeu Pires de Campos Barros (como disse o mestre, a medida cautelar processual penal pessoal pode ser cumprida *num ou noutro lugar*, conforme seja a prisão – cautelar – *comum* ou *especial*).

Óbvio: a *revogabilidade* se dirige às medidas cautelares propriamente ditas. Nesse particular, poder-se-ia dizer, justamente por conta das características do sujeito, que uma nota sua, específica, qual seja a *definitividade*,[57] exclui logicamente de seu âmbito a *provisoriedade*. Tal qual as obrigações *propter rem*, a prisão especial acompanha o sujeito e suas características automaticamente, pelo fato de ele as ter, que são intransferíveis.

Por igual, a *jurisdicionalidade* não é característica sua, pois a prisão especial nada mais é do que uma possibilidade de, privilegiadamente, cumprir-se alguma das medidas cautelares pessoais. Com isso, a exigência de ordem judicial para a validade da medida cautelar nem é endereçada a ela. Jurisdicionalidade só haverá se for necessária a intervenção judicial para *alterar-se a forma de cumprimento da medida cautelar*, de comum para especial. Não há, pois, uma motivação judicial a título de ver nela os requisitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, pois na conversão, o magistrado já analisou os requisitos da prisão cautelar propriamente dita.

Pelas mesmas razões acima colocadas não se cola na *prisão especial* a nota de *instrumentalidade hipotética*.

57. E não há palavra em toda a doutrina sobre a hipótese de *cassação* ou *perdimento* da condição de prisão especial em virtude de, por exemplo, expulsão de advogado dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, exoneração de algum servidor da marinha mercante ou demissão de algum professor que tenha ministrado aulas regulares em 1.º grau, para exemplificar. A prisão especial não tem ares de cientificidade.

E justamente por não se colocar no plano das cautelares processuais penais, mesmo na mais genérica das classificações, não se consegue compreender a previsão legal à luz da comparação que deve ser feita com as *cautelares reais* e as *cautelares probatórias* do processo penal. Com efeito, houvesse harmonia sistemática no tratamento da matéria, as *prerrogativas* ou *regalias* previstas no art. 295 do CPP e nas leis esparsas que esgarçam a cautelaridade ora tratada poderiam também estar presentes quando do deferimento, por exemplo, de buscas e apreensões, interceptações telefônicas, arresto, seqüestro, especialização de hipoteca legal, produção antecipada de provas, justificação, restituição de coisas apreendidas, afastamento do lar (Lei 9.099/1995) [58]

As características de *referibilidade* e *adequação*, como sub-princípio da *proporcionalidade*, merecem mais algumas palavras

5.1 *Ainda a cautelaridade processual penal: referibilidade e adequação*

Pela primeira se resgata uma das principais idéias do processo cautelar e de suas medidas incidentais no processo:[59] a noção de vinculação de uma providência judicial com vistas a algum fim. A medida, em outras palavras, tem como razão de ser acautelar alguma coisa com referência a um evento futuro, numa prognose que leva em conta a noção de *risco processual*.[60]

58. Notadamente porque a depender do resultado de alguma dessas medidas (por exemplo: busca e apreensão) pode exsurgir indicativos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, a justificar, posteriormente, a medida cautelar processual penal pessoal.

59. Separa-se "processo cautelar" de "medidas cautelares" no processo penal porque, como se sabe, conquanto Sérgio Marcos de Moraes Pitombo entendesse ter espaço para o *processo penal cautelar* autônomo, com nova relação jurídica e objetividade distinta (*Breves notas em torno da coação processual penal*. *Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, vol. 1, p. 110), o que também ensinou Romeu Pires de Campos Barros na obra referida, a opinião dos mestres não prevalece (Afrânio Silva Jardim. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 352-388; Rogério Lauria Tucci et al. Op. cit., p. 113.

60. "A idéia de *referibilidade*, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à idéia de *instrumentalidade hipotética* que no caso do processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (João Roberto Garcez Ramos. Op. cit., p. 94).

De acordo com Paolo Tonini, "as medidas cautelares são esses provimentos provisórios e imediatamente executivos, que tendem a evitar que o transcurso do tempo possa provocar um dos seguintes perigos: 1) o perigo para a aferição do crime; 2) o perigo para a execução da sentença; 3) o perigo que se agrava a partir das conseqüências do crime ou que venha estimulado com a comissão de ulteriores crimes".[61]

A idéia não discrepa do entendimento específico de Virginia Pujadas Tortosa, que em obra específica restringe o *fundamento* das medidas cautelares penais à "defesa do processo, enquanto único instrumento de aplicação do *jus puniendi*". Tal situação, segundo a professora espanhola, baseia-se em dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro deles é o "risco de frustração" do processo, e o segundo, a "periculosidade processual"[62] do imputado.

61. Op. cit., p. 356 (trad. livre). Páginas após, o próprio autor resume o que acabou de dizer: "il pericolo di nquinamento della prova; il pericolo di fuga o, infine, il pericolo che vengano commesi determinati rati" (Op. cit., p. 373). Para Franco Cordero, como hipóteses de diagnose, há "inderrogáveis e concretas exigências" de que exista "risco efetivo que o imputado elimine, oculta ou inquine provas singulares; fuga ou 'concreto perigo' que fuja e dessa feita o adjetivo assinada uma alta probabilidade; imputado perigoso, conforme conste de sua figura moral e 'circunstâncias do fato', portando a custodiar a 'tutela da coletividade'" (*Procedura penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 475 – trad. livre).

62. Para a autora, no que parece ter razão, tanto o *risco processual* quanto a *periculosidade do imputado* se colocam depois de haver o primeiro de todos os pressupostos da decretação de qualquer medida cautelar: a *imputação*, como "pressuposto genérico das medidas cautelares penais" (*Teoria general de medidas cautelares penales. Peligrosidad Del imputado y protección Del proceso*. Prólogo de Teresa Armenta Deu. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p. 133, trad. livre). À imputação poderia se assemelhar, fosse para se seguir o costume de o processo penal buscar nas raízes do processo civil as medidas cautelares, o *fumus boni iuris*. A nós, contudo, parece inadequada tal similitude até em vista da correção da premissa: se é de *imputação* que se trata, melhor se tratar de *fumus comissi delicti*; e se é de possível prática de um crime que se cogita, de *fumaça do bom direito* não se pode tratar. Assim, no Brasil, Aury Lopes Jr. *Direito processual penal*... cit., p. 351 e, do mesmo autor, *Introdução crítica ao processo penal*... cit., p. 198 e ss. Gustavo Enrique Righi Ivahy Badaró. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II, p. 142. Fábio Machado de Almeida Delmanto. Op. cit., p. 99-102. No

A partir disso, resumem-se os fins da tutela cautelar em "evitar a fuga do sujeito passivo do processo; evitar a ocultação, destruição ou manipulação de fontes e meios de prova; evitar a insolvência provocada pelo imputado".[63]

Ora, a *referibilidade*, que se conecta à noção de *instrumentalidade hipotética* (enquanto a primeira se *refere* ao prognóstico de decisão judicial como razão fundante do cabimento e da adequação da medida,[64] a última reflete propriamente a noção de uma garantia à efetividade processual na medida em que a medida é instrumento do processo, i. é., a *referibilidade* se liga à imputação e a *instrumentalidade*, à efetividade do processo), é estranha à prisão especial. Bem ao contrário e além do que já se viu até aqui, a única situação a que a prisão especial se *refere* é ao preenchimento de *requisitos subjetivos* para fazer jus à distinção no cumprimento, aí sim, de medida cautelar processual penal pessoal.

Mais chamativo que isso: falar-se em referibilidade quando se permite, por exemplo, cumprimento de pena processual *em sala de Estado-Maior* ou, na ausência de instalações condignas, *em prisão domiciliar*, ao que parece, afasta-se da referibilidade à imputação e da instrumentalidade ao processo. Basta imaginar para se atingir essa conclusão que um dos *riscos processuais*, como dito acima, é evitar não só a *insolvência* do imputado no processo, como sua própria fuga e a possibilidade de ele, diretamente, influenciar prejudicialmente na colheita de provas. Conquanto se possa, com alguma dose de razão, argüir que tais riscos não estariam sanados com a prisão processual sem privilégios, parece certo admitir, contudo, que, em situação especial, os riscos de frustração processual são maiores.

sentido do texto, em outra perspectiva, Paolo Tonini: "quando si tratta di limitare la liberta personale dell'imputato non ci si puó accontentare del *fumus boni iuris*; ocorre ben altro. Appunto una 'gravità' degli elementi a carico, sia pure allo stato degli atti. Ocorre che l'accusa provi come molto probabile la reità dell'indagato" (Op. cit., p. 370)

63 Virginia Pujudas Tortosa. Op. cit., p. 28-29.

64 "Por referibilidade deve-se entender a característica da tutela cautelar consistente em vinculá-la e conectá-la a uma determinada situação concreta de direito material, em relação à qual o provimento cautelar terá finalidade de assegurar" (Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: Celso Sanchez Vilardi; Flávia Rahal Bresser Pereira; Theodomiro Dias Neto (coords.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170, série GVLaw)

E, para se tratar de novo do foco central da questão, basta pensar em processo condenatório com mais de um imputado: preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos das medidas cautelares processuais penais pessoais, se um dos co-imputados fizer jus à prisão especial, certamente a cautelaridade – que tem razão de ser objetiva (*risco processual*) na medida em que se a situação subjetiva dos envolvidos for distinta não lhes deverá alcançar a prisão processual por falta de preenchimento de requisito de *periculum libertatis* – estará distribuída de modo desigual, periclitando assim, até a futura aplicação isonômica da lei penal na futura sentença, haja vista as inegáveis distinções dos regimes de prisão processual que incidirão.

Pior: no caso de concurso de agentes acima imaginado, provocado a decidir eventual pleito de aplicação do princípio da igualdade objetiva no processo, o magistrado terá diante de si a difícil decisão de estender ou não os efeitos da *prisão especial* aos demais que, por circunstâncias *subjetivas* e alheias à cautelaridade processual penal deverão permanecer onde estão. A própria leitura, pois, do art. 580 do CPP, induz a ver a prisão especial *na contra-mão* da aplicação igualitária das regras processuais, mormente no tormentoso plano das medidas de prisão.

A prisão especial, pois, pode, por critérios exclusivamente subjetivos e alheios à técnica processual, desfigurar a característica da referibilidade das medidas cautelares penais.

Quanto à adequação da medida, por outro lado, costuma-se entendê-la, por ser um sub-princípio da proporcionalidade, especificamente como uma inata técnica de limitação do poder estatal, em prol da proteção dos direitos individuais.[65] E não ousará aqui se propor que seja entendida de forma diferente. Não seria admissível um mal-entendido em tema tão delicado, a saber: confundir a tentativa de separar as hipóteses de justificável *distinção* no processo penal cautelar com um apressado – e até mal intencionado – entendimento de que se postularia a igualização para pior entre todos os imputados que, porventura, venham a fazer jus à medida que, repita-se, no Estado que privilegia a liberdade de seus cidadãos, é excepcional.

Apenas, no limite das características específicas das medidas cautelares penais, tenta-se desnudar um viés da *inadequação* da prisão espe-

65 Virginia Pujadas Tortosa. Op. cit., p. 139.

cial aos escopos propalados e aqui meramente resenhados das medidas cautelares

Com efeito, não se discorda que ao se falar – agora mais apropriadamente, haja vista o quão confuso é, ainda, o entendimento do "princípio" – em *critério* de proporcionalidade[66] nas medidas cautelares, está-se a propugnar por medida "menos prejudicial", a que "suponha um menor sacrifício dos direitos do imputado".[67]

Há razão na afirmação segundo a qual "se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar".[68] Mas é igualmente certa a afirmativa de Tonini, segundo a qual deve haver uma "piena corispondeza funzionale tra la misura da adottare ed il pericolo che si vuole evitare".[69]

Fora de questão que no plano das medidas cautelares processuais penais "o assessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo".[70] Com efeito. Mas o "assessório" *segue* o principal; deve com ele ter ligação intrínseca e dependente, deve guardar, para validade da medida, razão teleológica. Isso não se dá com a prisão que, repita-se, prefere-se chamar de *sui generis*, pois, como visto acima, não *segue o principal*, pois é antes uma forma mitigada, motivada por critérios alheios às cautelaridades e à instrumentalidade ao processo principal e à referibilidade à futura sanção hipotética, de cumprimento da medida cautelar processual penal pessoal.

Daí se vê, mais uma vez, que a prisão especial não cabe na teoria da cautelaridade penal. O estabelecimento do privilégio, ou, se se preferir como por vezes disse o legislador, da *regalia*, além de não guardar *referibilidade* com o objeto tutelado (a defesa do processo em sentido lato), não se mostra a ele adequado. Essa prisão, em outras palavras, não "expressa uma relação de racionalidade entre o tratamento dispensado ao sujeito passivo (a medida cautelar) e o fim que justifica dito tratamento",[71] pois o fim que justifica o tratamento não é processual

Aliás, além de não ser adequada e idônea como mecanismo cautelar de salvaguarda do processo e, eventualmente, de garantia do cumprimento de eventual sanção penal, não foi pensada para isso, pois, colocada no pórtico das disposições legais sobre prisão processual no vigente Código de Processo Penal, está evidenciado que, ao servir de *coringa* ou, com o perdão da palavra, *enxerto* para toda e qualquer modalidade de prisão processual para amenizar seu cumprimento, nem foi esse o escopo do legislador de 1941.

Não há, pois, como se sustentar que a prisão especial, como se viu acima em autorizadíssima lição, cumpre papel de tutela cautelar do processo.[72]

Há, de mais a mais, outro detalhe impeditivo, na técnica processual, à consideração da prisão especial como modalidade de tutela cautelar no processo penal: além de ela, em si mesma, não ter "conexão com o processo dirigido contra pessoa determinada",[73] não se pode dizer ter a nota de *homogeneidade* que, para certa doutrina, timbra a prisão processual.

66. A concretização do abstrato e poroso princípio permite que se o tome, ao implementar a decisão judicial, como critério para se atingir esse ou aquele provimento jurisdicional. Trata-se de adequar o domínio da norma (principiológica no sentido aqui assumido) ao seu âmbito de aplicação.

67. Teresa Armenta Deu. *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 174.

68. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A prisão preventiva... cit., p. 172.

69. Op. cit., p. 375.

70. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Medidas cautelares... cit., p. 171.

71. Virginia Pujadas Tortosa. Op. cit., p. 142 – trad. livre. Ainda dessa autora: "la idoneidad de una medida cautelar se afirma cuando la restricción de derechos que es contenido de dicha medida crea un estado de las cosas tal que impide afirmar (o por lo menos reduce) la existencia de un 'riesgo de frustración procesal' o la peligrosidad del imputado para materializar ese riesgo" (Op. cit., p. 143).

72. É curioso que o grande José Frederico Marques não tenha, em absoluto, se situado sobre sua característica, quando em sua monumental obra de direito processual penal tratou do *processo penal cautelar*. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4, p. 42-44. Pareceu um *silêncio eloqüente*. Com razão disse Luiz Guilherme Moreira Porto: "o que define se uma medida tem caráter cautelar são as razões pelas quais são impostas, e não a sua natureza". (Projeto de Lei 4.208/2001. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: Eduardo Reale Ferrari (org.). *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003, p. 71.

73. José María Rifá Soler, Manuel Richard González, Iñaki Riaño Brun. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública,

De fato, enquanto a homogeneidade "significa que as medidas a adotar não são idênticas às futuras executivas e, portanto, não devem considerar-se como uma antecipação da futura condenação",[74] considerar-se a prisão especial no patamar das cautelares, nesse particular, também não tem sentido, pois à luz da Lei de Execuções Penais elas não guardam qualquer relação – *nem de instrumentalidade, nem de assessoriedade, nem de referibilidade* – com a futura sanção penal. É que a Lei de Execução Penal, em seu art. 84, § 2.º, prevê que:

"O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada."

Essa previsão legal leva a outras considerações acerca do estado de coisas em que se encontra o processo penal brasileiro, que será adiante tratado, não sem lembrar que, no processo penal brasileiro, não se admitem medidas cautelares pessoais atípicas.

6. A IGUALDADE E A DIFERENCIAÇÃO RAZOÁVEL: A PREVISÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Mauricio Zanoide de Moraes, ao comentar o art. 295 do vigente CPP, com absoluta propriedade, pontua:

"A prisão especial tem sido justificada pela doutrina sob dois argumentos: a) a necessidade de segregação de determinadas pessoas do convívio com os presos comuns, porque elas, por suas profissões e atividades, têm sua integridade física ameaçada (por exemplo, policiais civis e militares de todas as espécies, magistrados, defensores públicos, advogados, promotores públicos, enfim, todas aquelas pessoas ligadas aos

2006, p. 225.

74 Idem. Não é o caso, aqui, de estabelecer possíveis comparações entre tutela *antecipatória* e tutela *cautelar*, tema do qual tem a doutrina processual civil se ocupado há mais tempo. No campo processual penal, conquanto se possa perceber certa confusão entre as duas modalidades de tutela de segurança por Frederico Marques ("com a tutela cautelar, antecipa-se, no todo ou em parte, a situação jurídica que advirá do resultado final do processo". Op. cit., p. 12), ao menos no campo do *dever-ser* é proscrita a *antecipação de tutela* principalmente quando o que está em jogo é a liberdade de quem se presume inocente. Mesmo que se pretendesse, de toda forma e a *fórceps* impôr antecipação de tutela em matéria de prisão, à evidência também aqui a prisão especial não teria qualquer função, e nem é necessário se explicar porquê.

vários órgãos da Justiça Criminal, notadamente às atividades de persecução penal); e b) o reconhecimento do Estado aos importantes serviços públicos e sociais de determinadas categorias de pessoas (por exemplo, integrantes do Livro de Mérito, participantes do Corpo de Jurados, Juiz de Paz etc.). A primeira razão apontada (alínea *a*) é a única que se justifica, tanto que aquela preocupação é mantida inclusive após o trânsito em julgado da condenação pela Lei de Execução Penal (art. 84, § 2.º). O segundo argumento (alínea *b* supra) muitas vezes revela indisfarçável atuação classista. Tanto isso é mais verdade que, caso houvesse razão concreta para tal diferenciação, ela não desapareceria após o trânsito em julgado da condenação. Se determinadas categorias profissionais devem ser segregadas dos demais presos, isso não pode se justificar apenas antes da condenação definitiva, mas deveria existir ainda após a formação da coisa julgada."[75]

A Lei de Execução Penal brasileira, desconsiderada pela doutrina brasileira em geral e, salvo honrosas exceções, pelos operadores do Direito em particular nesse ponto, não fechou os olhos às diferenciações que deve haver entre os envolvidos na persecução penal e as reconheceu da seguinte forma: "o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração da Justiça criminal ficará em dependência separada" (art. 84, § 2.º).

É, de fato, curioso se estabelecer *discrimen* tão sensível em vista de circunstâncias subjetivas alheias à motivação cautelar entre aqueles que possam ter a liberdade temporariamente tolhida e, depois de transitada em julgado eventual decisão condenatória, assumir parâmetros distintos, notadamente porque os últimos, tratados na Lei de Execução Penal, têm razão de ser, especificamente, na segurança dos condenados que tenham circunstâncias especiais.

Ao trazer para o plano cautelar as advertências legais e do professor acima indicado, a esta altura já se pode perguntar se as razões subjetivas e meritocráticas, alheias aos riscos que possam advir aos próprios jurisdicionados que venham a sofrer medidas cautelares de privação de liberdade antes de sentença criminal transitada em julgado têm alguma razão de ser. A resposta é negativa.

75 Mauricio Zanoide de Moraes. Prisão especial. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco. (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 871-872.

Além de não poder ser considerada como uma espécie dentro do gênero de prisão processual (a prisão especial não traz em si as características sedimentadas de cautelaridade no processo penal), sua existência, nos termos previstos na legislação vigente, não atende à proporcionalidade de qualquer medida restritiva de liberdade, notadamente porque não é – ao contrário da previsão da Lei de Execução Penal – adequada aos pretendidos fins aos quais a *medida cautelar*, e não ela, a prisão especial, destina-se.

É perceptível a diferença: a discriminação prevista na Lei de Execução Penal é *adequada* ao fim de regular cumprimento de pena privativa de liberdade porque propicia segurança aos condenados.

Não há mais distinção do que a necessária: a medida se presta a garantir que, efetivamente, os demais direitos que não são tolhidos em virtude do cumprimento de pena privativa de liberdade possam ser mantidos; destacadamente: o direito à vida e à integridade pessoal (art. 3.º da LEP). Isso não se confunde com privilégio; e nada tem a ver com meritocracia. Liga-se à lógica e imperativa necessidade de se evitar, para o cumprimento de um *mal menor* – a própria suspensão temporária da liberdade do cidadão condenado –, a ocorrência de um *mal maior* – revanchismo dos outros condenados em face daquele que, tendo desenvolvido funções na Justiça Criminal, possa pericilitar o normal cumprimento da sua execução penal ou da de outros. Há, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, *razão razoável para o discrimen*.[76]

Aceita-se também a *diferenciação* da execução penal porque, nas palavras de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, "quando a diferença for imprescindível, até mesmo para garantir ou preservar igualdade em diferentes termos, será calculada sempre em relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens jurídicos envolvidos, até o ponto em que for possível distinguir sem atingir direitos delineadores do devido processo legal em sua versão processual, de garantia".[77]

Faz, de fato, sentido em se *separar* dos presos comuns, em execução penal, aqueles que, *especiais*, atuaram na Justiça Criminal.

Diz, a respeito, com inteira razão, Gustavo Badaró, com o cuidado de não ferir o princípio constitucional da igualdade: "determinados

76. Consultar o clássico: *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

77. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 63.

indivíduos, em função dos cargos que exercem, merecem um tratamento 'diferenciado', por serem substancialmente 'desiguais' dos demais. Basta pensar, por exemplo, nos policiais civis e militares, bem como em todos aqueles que atuam na administração da justiça criminal, entendida em sentido lato. Trata-se de pessoas 'desiguais', que merecem um tratamento 'especial', 'na medida em que se desigualam'. Não há como manter encarcerados em celas comuns os policiais, civis ou militares, os promotores de justiça ou juízes de direito, em especial os que atuam na justiça criminal. Tal medida equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, a pena de morte para tais pessoas".[78]

Ao contrário, não faz sentido algum *separar* dos demais presos provisórios o seleto rol de escolhidos, por sucessivas alterações legislativas, muitos dos quais sem razão plausível, cumprirão a mesma medida cautelar em regime absolutamente distinto, antes de tudo porque a razão da separação não guarda relação com o objeto da medida a ser cumprida: nem todos os *eleitos* ostentam especial qualidade que justificaria a separação dos demais presos cautelares, o que efetivamente ocorre com policiais civis e militares, juízes, promotores e advogados que atuam na Justiça Criminal.[79]

Na amplitude da discriminação, pois, comprova-se na história o erro dos sucessivos legisladores. É fácil perceber, pelo inflado rol dos titulares das prerrogativas ou privilégios, como dito acima, que mais parecem permissividades, que se está indo longe demais de se consagrar o princípio da igualdade. E, neste particular, como frisa Guilherme de Souza Nucci, ao pontuar passagem na qual se situa contrário à existência da prisão especial no Brasil, "não se vai construir uma sociedade justa separando-se brasileiros por castas, ainda que em presídios".[80]

Especificamente quanto à aplicação do princípio da igualdade em âmbito penal, desde sua extração constitucional, disse José Afonso da Silva que "sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da Justiça Penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condi-

78. Reflexões... cit., p. 4.

79. Assume-se aqui, portanto, que a Lei de Execução Penal, no artigo há pouco citado, poderia ter dito mais do que disse.

80. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 560.

cionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar de o princípio da isonomia, assegurado a todos pela Constituição (art. 5.º)".[81]

Além disso, o patrocínio à desigualdade e não à *diferenciação razoável* tem perna curta. Isso porque, como a prisão especial não tem natureza cautelar processual penal e, portanto, não visa proteger o escopo do processo ao qual está ligada, fosse para se ver alguma razoabilidade na medida de se separar tais e quais pessoas por razões que legitimassem o discrimen, ela perduraria ao longo não só do processo de instrução, mas também durante a execução penal; e não é isso o que ocorre.

A bem da verdade e de toda forma, mesmo que *referibilidade* e *instrumentalidade hipotética* houvesse, a medida – se cautelar – não poderia se desfigurar com o trânsito em julgado de decisão condenatória. E é essa uma razão pela qual se estabelece nítido paralelismo, no direito brasileiro e comparado, entre as medidas cautelares e a reprimenda imaginada abstratamente pelo legislador, como se vê não só pelas disposições brasileiras de direito projetado, constantes no PL 4.208/2001 (art. 313, I, da Legislação projetada), como sobretudo nos dispositivos do art. 274, *b*, do *Codice di Procedura Penale* da Itália, art. 503, 1, da Ley de Enjuiciamiento Criminal da Espanha e art. 202, 1, do Código de Processo Penal de Portugal.

Pelo visto, atualmente no processo criminal brasileiro, finda a fase declaratória-condenatória,[82] filtra-se a desigualdade para só a partir da execução da sanção criminal ver-se atendida a *adequação da diferenciação funcional*.[83] Aí, pelo visto, leva-se em conta o espírito maior que a justifique: o cumprimento integral da pena criminal com o menor risco possível ao próprio jurisdicionado. Nada mais que isso.

81. José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78.

82. Só se condena se reconhece, se se *declara* a prova da materialidade, a certeza da autoria e a presença de todos os elementos de tipicidade subjetiva e objetiva previstos no ordenamento jurídico.

83. Como dito por Pierpaolo Bottini ao comentar a reforma projetada do sistema processual penal de medidas cautelares, hoje "não há medida de proporcionalidade possível" (Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 454.

Diga-se, de outro lado e como aqui já se tratou, que as modalidades de prisões especiais, distintas do ideal uniformizador de 2001, igualmente não se justificam até porque estabelecem desigualdade de segundo grau entre os beneficiados do art. 295 do CPP e aqueles outros que, mais do que detentores do direito à prisão especial, fazem jus a uma *dulcíssima prisão*.

Aqui já se está além do prisma da diferenciação com alguma razão entre quem faz jus a algum tratamento distinto – atendida a adequação da medida ao fim ao qual se destina – com o que se cria classe de privilegiados específicos ou, como quer Gustavo Badaró, pessoas sobre quem recai um "encarceramento provisório diferenciado".[84]

E, além da doutrina que repete a consagração histórica da desigualdade em sentido processual-penal no Brasil, ao que parece, os tribunais se aferram, para patrocinar a longevidade da criticável distinção, ao precedente do STF, quando do julgamento da MC na ADIn 1.127/DF[85] em que se reconheceu a *constitucionalidade* do art. 7.º, V, do EOAB. É chamativo como se usa o precedente para outro fim, que não aquele que motivou o aforamento da ação objetiva, e a decisão que lhe foi correlata.

De fato, naquela ADIn, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, inquinava-se de inconstitucional, dentre tantos outros e por razões absolutamente diversas do que acabou se reproduzindo como se tivesse sido o entendimento do Supremo, o aludido dispositivo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil porque, conforme as palavras, especificamente, dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, a previsão legal significava privilegiar a fiscalização corporativa da Ordem dos Advogados do Brasil em detrimento do controle judicial sobre as condições de validade da prisão especial, destacadamente sobre o que se poderia reconhecer como "instalações e comodidades condignas".

O Supremo, pois, e é preciso que isso seja dito, *não se debruçou sobre a constitucionalidade da prisão especial de segundo grau*, mas, apenas e tão-somente sobre a questão da fiscalização das "instalações e comodidades condignas" previstas no art. 7.º, V, do EOAB. O objeto da ação,

84. Reflexões... Op. cit., p. 4. No sentido do texto e conforme este autor, também, Guilherme de Souza Nucci, que toma as previsões legais esparsas atinentes à "prisão especial" em sala de Estado-Maior como prisão "mais especial ainda" (Op. cit., p. 561).

85. Pleno, j. 06.10.1994, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 29.06.2001, Ementário 2037-2.

aliás, nem era esse, o que deveria impedir que o precedente fosse utilizado no distorcido entendimento.

Mais que isso, a própria composição da Suprema Corte à época, distinta da atual, reflete a possibilidade de um novo olhar sobre a prisão especial e, particularmente no ponto, sobre essa especialíssima forma de prisão processual.[86]

É por isso que, quer ao se invocar o aludido precedente para privilegiar a interpretação *pro* prisão especial para categorias especiais e distintas do quanto previsto no art. 295 do CPP,[87] quer, a título de não privilegiar a interpretação que reconheça a prisão domiciliar na ausência de "sala de Estado-Maior", como faz a 5.ª T. do STJ,[88] não se atinge o cerne da questão. O posicionamento dos tribunais, pois, pode variar num ou noutro sentido, mas gira sobre o mesmo eixo a partir de precedente que não se aplica ao caso.

Na segunda hipótese, o flagrante erro da premissa é ainda mais grave, pois não se reconhece – o que é igualmente comprometedor – que a *prisão domiciliar* prevista na Lei 5.256/1967 não é *sinônimo* de prisão especial,[89] mas nova modalidade de cumprimento da prisão cautelar – *se*

86 Não se pode desconhecer que o *leit motiv* do aforamento da demanda foi a instituição da Lei 9.099/1995 com a conseqüente disputa entre Magistratura e Ordem dos Advogados do Brasil acerca da dispensabilidade ou não de advogados em questões cíveis de menor complexidade, notadamente porque o advogado é *indispensável à administração da Justiça* (art. 133 da CF/1988). Além disso, só para exemplificar a plausibilidade de se rever o posicionamento adotado à época, a hoje Ministra da Suprema Corte, Carmen Lúcia Antunes Rocha, ofereceu *memoriais* à Corte, em matéria que não feria a discussão aqui tratada. De mais a mais, e como acima se disse, o erudito voto do eminente Ministro Relator, Paulo Brossard, delineia e explicita que o cerne da questão não era, efetivamente, esse do qual agora se trata.

87 No STF, dentre tantas: AgRg no HC 91.089/SP, 1.ª T., rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 10.04.2008; AgRg no HC 82.850/SP, 2.ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 28.09.2007; HC 88.702/SP, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 24.11.2006; Rcl 4.535/ES, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 15.06.2007; Rcl 5.212/SP, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 29.05.2008. Na 6.ª T. do STJ: HC 86.246/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 09.06.2008; HC 45.393/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* 17.09.2007; HC 56.352/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 04.08.2008.

88 HC 62.867/SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 17.03.2008; HC 87.933/SP, rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 23.06.2008.

89 Como nem continuará a ser, caso o PL 4.208/2001 seja convertido em lei (na legislação projetada, arts. 317 e 318 do CPP com a futura redação).

cautelar ela fosse – diante da ausência de condições de salubridade e dignidade humana do local em que os ditos presos especiais possam aguardar o julgamento dos casos criminais. Em resumo: a prisão domiciliar não se dirige apenas e tão-somente àqueles presos *mais que especiais*, notadamente aqueles que, pelas categorias a que pertencem, fazem jus à distinção prevista em leis especiais que trazem situação de ainda maior distinção do que as previstas no art. 295 do CPP.[90]

7. Conclusões

Um estudo sobre a prisão especial não pode prescindir de analisá-la com os olhos voltados para a separação entre quem ostenta o rótulo de *especial* e quem, ao contrário, é *comum*. Assim, à mirada histórica se soma o necessário entendimento do processo penal brasileiro em obediência aos ditames da Constituição de 1988, sobretudo para se perceber se a continuidade da prisão especial, tal como posta, ofende ou não ao princípio constitucional da igualdade. Isso porque não se concebe matéria jurídica que não esteja constitucionalmente orientada.

Por outro lado e como se viu, já houve, no direito processual penal brasileiro, desenvolvimento teórico suficiente para poder se concluir que a prisão especial não tem aptidão para ser considerada como medida cautelar processual penal pessoal.

É, pois, tempo de se deixar de repetir lições antigas, ainda que por vezes propaladas por autores recentes, que não conseguem obscurecer a realidade de que efetivamente a separação por classes, por motivos de honorabilidade ou respeitabilidade adquiridas em virtude de situações específicas e alheias à possível distinção funcional que o processo penal deva levar em conta, não se sustenta.

E os tribunais brasileiros limitam-se a se posicionarem num ou noutro sentido, especificamente no que tange às aqui chamadas prisões

90 Não há, pois, saída senão admitir que a prisão domiciliar, não sendo modalidade específica de prisão especial – com o que se poderia admitir seu cabimento só aos presos especiais de segundo grau –, caso se mantenha a legislação em vigor como válida sob a luz da Constituição de 1988, deve se espraiar por todas as modalidades da prisão especial, nos termos do art. 295, *caput*, do CPP; por mais estranho que seja. Em verdade, pelo PL 4.208/2001, a *prisão domiciliar* se consubstancia em substitutivo à *prisão preventiva*, com o que tem abrangência muito maior, atendidas razões humanitárias que isso justifiquem.

especiais de segundo grau por uma questão de apreço maior ou menor às liberdades individuais (como se viu com os exemplos das 5.ª e 6.ª Turmas do STJ), mas sem enfrentar a problemática da constitucionalidade do instituto em sua raiz. Isso beira ao voluntarismo dos operadores do direito, em descuido com os aspectos constitucionais e processuais penais do tema. Negar isso seria, por exemplo, ter de se sustentar, também, que, na esteira do que decidiu na ADIn 1.127/DF, o Supremo também teria dito que as outras modalidades de prisão especial de segundo grau foram agasalhadas pela ordem constitucional. Ora, além de não se crer que a Suprema Corte poderia se "esquecer" de dizer isso caso enfrentasse a matéria, pelo visto isso não foi nem objeto daquela controvérsia constitucional.

Essa forma mitigada de cumprimento de medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro, em conclusão, merece ser reapreciada.[91] E o merece ainda porque há, no Brasil, setor doutrinário que já se mostra atento às peculiaridades funcionais que determinados sujeitos ostentam que justificam o cumprimento de medidas privativas de liberdade em situação distinta da regra geral de prisão *ante tempus*.

Se há quem defenda a tese de revogação do instituto *tout court* no Brasil e há quem postule a revogação apenas das prisões especiais de segundo grau, pode-se chegar a um critério justificável – e atento à prevalência da regra da liberdade enquanto pende de decisão irrecorrível hipotética condenação criminal – para a separação entre presos provisórios, baseado no art. 84, § 2.º, da LEP.

Assume-se aqui que a prisão especial, tal como hoje disciplinada, institui diferença injustificável entre os imputados e consagra idéia pré-republicana de distinção entre cidadãos mais qualificados que outros.

A República brasileira, democrática, não admite sangue azul; mas mesmo que se veja a prisão especial como forma distinta do cumprimento de medida cautelar processual penal pessoal, é justificável que funcionários da justiça criminal, policiais civis e militares, membros do Ministério Público, juizes, advogados que militam na área criminal e

91. E pelo que se vê, o legislador perderá importante possibilidade de reapreciar a matéria, pois não se nota novo tratamento da matéria no PL 4.208/2001. Quiçá por ter se constituído, o projeto que deu origem à Lei 10.258/2001, em parte autônoma e com motivações pontuais, que tramitou ao largo das fecundas e maduras discussões que redundaram nos demais projetos da Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover.

defensores públicos não possam ocupar a mesma cela que presos que não ostentem essas características.

A distinção funcional, pois, tratada na Lei de Execuções Penais, deve ser levada em conta, para fins de cautelaridade, em qualquer momento prévio ao trânsito em julgado de eventual condenação criminal.

Isso parece ser *adequado* ao cumprimento da medida cautelar que venha a ser imposta, sobretudo porque por um lado preserva a integridade dos presos provisórios como um todo; por outro não descuida da *necessidade* técnica de, justificadas as hipóteses fáticas de *risco do processo*, introjetar-se distinção razoável entre os destinatários da aplicação da lei penal.

Acredita-se, pois, que as várias disposições de leis esparsas que disciplinam, cada uma a seu modo e com peculiaridades que prendem a cada específico setor corporativo, devam ser revogadas e que a distinção no tratamento da prisão cautelar deva ser unificada em disposições do Código de Processo Penal. Afinal, já é difundida a idéia de que a noção de sistema traz segurança jurídica e segurança interpretativa aos próprios operadores do direito e jurisdicionados.

Enfim, caso se mantenha especial e distinta forma de cumprimento de prisão cautelar no direito processual penal brasileiro, o melhor argumento parece ser o que privilegia, única e exclusivamente, a distinção funcional supra descrita como motivação para a separação entre presos. De tão absurda, a leitura despreocupada com os valores constitucionais, que se apega à separação entre *especiais* e *comuns* colocada no art. 295, § 3.º, do CPP, não pode ser cogitada.

É que as condições mínimas de dignidade a todo e qualquer preso devem ser rigorosamente iguais, pois a dignidade humana não tem preço, não se mede, não se compra e nem se paga. Caso contrário *todos aqueles sujeitos ao cumprimento de medida cautelar processual penal pessoal deveriam ser agraciados com a* "prisão especial".

Nenhum cidadão pode pagar com sua dignidade o preço da carência estatal enquanto está custodiado *às custas e sob responsabilidade do Estado*. Há um dever estatal ético e legal de garantir a integridade e a dignidade do imputado, seja ele qual for, enquanto não há o acertamento do fato com a eventual cogitação de responsabilidade criminal contra a qual não caiba mais recurso. Esse postulado não admite distinções, pois o Estado não pode se preocupar, assumida a responsabilidade de ter um cidadão custodiado, só com os que são *especiais* e descurar-se dos tantos

outros, *comuns*. Todos são, neste particular, especiais; e todos são, ao mesmo tempo, igualmente comuns.

Este é o desafio: uniformizar-se até onde for possível; observar-se, apenas e tão-somente as distinções funcionais que não ofendam a igualdade entre os jurisdicionados, que são os destinatários da futura aplicação da lei penal; manter-se, durante o cumprimento de toda e qualquer medida coativa antes do trânsito em julgado de decisão judicial, as mesmas condições de dignidade entre os imputados. A exceção deve ser pura e simplesmente a de caráter funcional – para preservar os direitos dos próprios presos provisórios.

Todos são, quanto à titularidade de direitos que resguardam a dignidade inata do ser humano, rigorosamente iguais. Essa antiqüíssima lição é, talvez, dentre todas as aqui reproduzidas, a única que vale a pena ser repetida.

Bibliografia

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Almeida Júnior, João Mendes de. *O processo criminal brazileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. vol. 1.

Amodio, Ennio. *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2003.

Aprile, Ercole. *Le misure cautelare nel processo penale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: Ribeiro, Bruno de Morais; Lima, Marcellus Polastri (coords.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, t. II.

_____. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: Vilardi, Celso Sanchez; Pereira, Flávia Rahal Bresser; Dias Neto, Theodomiro (coords.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. Série GVLaw.

_____. Reflexões sobre a prisão especial. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1ª Reg., ago. 2001.

_____; Lopes Júnior, Aury Celso. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

Barbosa Moreira, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *RF* 304/151, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Barroso, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III.

_____. Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. I.

Bottini, Pierpaolo. Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: Assis Moura, Maria Thereza Rocha de (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Calmon Filho, Petrônio. O decreto revogado sobre a prisão especial e a proposta de alteração legislativa imediata. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

_____. O fim dos privilégios da prisão especial. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br]. Acesso em: 24.09.2008.

Câmara Leal, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. vol. 2.

Campos Barros, Romeu Pires de. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

Cogan, Arthur. *Prisão especial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio (orgs.). *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2000.

Cordero, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

Costa, Paula Bage Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

Cruz, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Delmanto, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Delmanto Júnior, Roberto. Prisão especial, sala de estado-maior e prisão domiciliar em face da Lei 10.258/2001. *RT* 793/493, São Paulo: Ed. RT, nov. 2001.

Deu, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955 vol. 3.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Livraria Jacinto, 1943 vol. 1

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945 vol. 3.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão especial sem regalias. *Enfoque jurídico*, n. 15. Brasília: TRF-1 ª Reg., ago. 2001

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão especial e princípios constitucionais. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. A nova prisão especial. *Enfoque jurídico*, n. 15, Brasília: TRF-1.ª Reg., ago. 2001

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 vol. 8, t. I.

LARA, Silvia Hunold (org.). *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 vol. 1.

_____. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. vol. 4

MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão especial. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008

MOREIRA PORTO, Luiz Guilherme. Projeto de Lei 4.208/2001. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: FERRARI, Eduardo Reale (org.). *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACHECO, Denílson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2004.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas em torno da coação processual penal. Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1973. vol. 1

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

RAMOS, João Roberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

REALE JÚNIOR, Miguel. Preso de fino trato. *Folha de S. Paulo*. Tendências/Debates, 25.02.2007

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro. Obra de teoria e prática sobre o Código de Processo Penal brasileiro. Dec.-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. vol. 2

SEMER, Marcelo. A síndrome dos desiguais. *Boletim Juízes para a Democracia*. 19/11, jan.-mar. São Paulo. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607, Belo Horizonte: Del Rey, 2003

_____. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2006

SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho procesal penal*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.

STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: [www.leniostreck.com.br]. Acesso em: 11.11.2008

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. Prisão especial: direito ou privilégio? *Revista CEJ* 15/65, Brasília, set.-dez. 2001.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2008.

TORTOSA, Virginia Pujadas. *Teoria general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Prólogo de Teresa Armenta Deu. Barcelona: Marcial Pons, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Em que consiste a prisão especial? Disponível em: [www.direitocriminal.com.br] Acesso em: 24.09.2008.

_____. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. Indispensabilidade de nova regulamentação da prisão especial. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel* 19/8, São Paulo, jan.-mar. 2002.

_____. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____ et al. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado* 78/111. São Paulo: Aasp, set. 2004.

III SISTEMA PRISIONAL

1
A prisão dentro da prisão: sínteses de uma visão sobre o encarceramento feminino na 5.ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul

LUIZ ANTÔNIO BOGO CHIES

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Umsa (Argentina). Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor do Mestrado em Política Social e do curso de Direito da UCPel.

ANA LUISA XAVIER BARROS

Doutora em Serviço Social pela PUC-RS. Professora do curso de Serviço Social da UCPel.

CARMEN LÚCIA ALVES DA SILVA LOPES

Mestre em Saúde e Comportamento pela UCPel. Professora do curso de Psicologia da UCPel.

LENI BEATRIZ CORREIA COLARES

Mestre e doutoranda em Sociologia pela UFRGS. Professora da Furg.

SINARA FRANKE DE OLIVEIRA

Mestre em Educação pela UFPel. Professora do curso de Psicologia da UCPel.