XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESILIÊNCIA DA PRISÃO ESPECIAL COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL

THE RESILIENCE OF SPECIAL PRISON AS A LEGAL AND SOCIAL INSTITUTION

Guilherme Rego Magalhães [1]

Resumo

Esse artigo trata da instituição da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história. O afastamento de presos processuais do ambiente carcerário ao qual os demais são submetidos com base em critérios como cargo ou educação é, faz tempo, fortemente criticado. O objetivo desse trabalho é, através do estudo da doutrina e da legislação através dos anos, entender como e por que essa instituição foi capaz de perdurar, sofrendo apenas mudanças pontuais, apesar de ser visto cada vez mais como anacrônica.

Palavras-chave: Prisão especial, Prisão processual, Direito processual penal, Direito e desigualdade social, Processo penal e constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the institution of “special prision” in Brazilian law, it’s function in our social structure and how it was rationalized in different points of it’s history. The subtraction of a select few groups from the prission envirosment to wich all others are exposed based on criteriae such as occupation and education has long been strongly criticized. We’ll try here to understan how e why this institution was able to endure, going only through minor changes, despite being ever more dissonant with the national law discorce.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Special prision, Temporary arrest, Criminal procedural law, Law and societal inequality, Penal procedure and constitutionality

[1] Bacharel em direito, Mestrando no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Ufpel, Advogado

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho consiste em uma análise crítica do instituto da prisão especial, de seu lugar no sistema jurídico brasileiro e de seu papel em nossa estrutura social. Tratar-se-á dos grupos aos quais é estendido o privilégio da prisão especial e de qual seria a razão para que essas pessoas recebessem tratamento diferenciado, da função declarada desse instituto em oposição aos seus efeitos conforme ele é aplicado e, com base nisso, de como a prisão especial sobrevive até hoje em nosso ordenamento jurídico apesar das mudanças pelas quais passou e da pressão que advém de hoje ela ser amplamente considerada injusta.

A prisão especial, prevista nos artigos 295 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro consiste em um privilégio que é estendido a indivíduos pertencentes a determinados grupos que se veem na condição de presos processuais, ou seja, sem condenação. Quando submetidos a prisão em flagrante, provisória ou temporária essas pessoas devem ser mantidas em ambientes separados dos demais presos sem condenação, seja em quartéis ou outro cárcere especial. A lista dos beneficiários da prisão especial é ampla e diversa, contida em múltiplos dispositivos legais, mas consiste principalmente dos ocupantes e ex-ocupantes de uma série de cargos públicos, de profissionais de diversas áreas às quais, uma a uma, esse privilégio foi sendo estendido e, mais fundamentalmente, a todos os diplomados por qualquer faculdade superior da República.

É um princípio básico do Estado de Direito que todos são iguais perante a Lei, mas dentre as nações que adotaram esse como um de seus princípios fundamentais, nenhuma o respeitou perfeitamente através de sua história e o Brasil está longe de ser uma exceção. A existência desse princípio impede a concessão explícita de privilégios voltados a determinados grupos na aplicação da Lei, mas veremos que a prisão especial no mínimo se aproxima dessa descrição em sua forma ideal prescrita em Lei, e, conforme aplicada no mundo dos fatos, constitui para todos os efeitos essa espécie de privilégio. Isso se dá não por conta de privilégios diretamente concedidos aos detentos em prisão especial, mas sim por consequência do estado de permanente precariedade e irregularidade do sistema prisional comum, que gera condições degradantes das quais os beneficiários da prisão especial são poupados.

À medida que as instituições democráticas brasileiras evoluem, instituições legais que reproduzem desigualdades que historicamente fizeram parte de nossa estrutura social tendem a ser aos poucos removidas. Nesse processo, a prisão especial passou de ser defendida como justa, sensata e natural para ser amplamente criticada como um privilégio descabido que fere

o princípio da igualdade de todos diante da Lei. Diante disso se esperaria que a instituição da prisão especial fosse revogada ou ao menos alterada significativamente, mas mesmo após anos de ser considerada anacrônica nenhum dos dois ocorreu. Esse trabalho levanta a hipótese de que a prisão especial como privilégio de uma elite social tem uma função importante na estrutura da sociedade brasileira referente à interface entre ela e a penalidade.

No que se trata dos objetivos desse trabalho, o objetivo geral é estudar a prisão especial como uma instituição tanto no direito quanto na estrutura social brasileira ao longo de sua existência. Isso inclui analisar que função ela serve nesses dois meios e como ela se adaptou às mudanças que neles ocorreram desde sua criação.

Já os objetivos específicos desse artigo são: 1) Agregar doutrina tratando positiva ou negativamente da prisão especial e determinar como ela foi vista em diferentes momentos de nossa história; 2) Agregar os esforços legislativos ao longo dos anos para alterar a prisão especial para determinar como o legislativo reagiu às referidas mudanças no pensamento quanto a esta instituição e 3) Propor com base nisso uma teoria quanto ao papel da prisão especial no direito e na sociedade brasileira que faz com que ela perdure até hoje

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa utilizando do método bibliográfico documental. São analisadas obras da doutrina assim como legislação, Projetos de Lei e jurisprudência para serem analisados em conjunto e posteriormente sobre eles serem traçadas conclusões. O método de abordagem é o indutivo, pois se está analisando as medidas que foram tomadas a respeito da prisão especial e suas consequências em busca de se entender o que levaria a essas reações e resultados, no caso, a natureza da prisão especial na estrutura de nossa sociedade.

2. QUEM OU O QUE A PRISÃO ESPECIAL PROTEGE?

Tratar-se-á, nesse momento, dos grupos aos quais se aplica a prisão especial e por que tal benefício seria estendido a eles. Não há nada de inaceitável, afinal, em reconhecer que a circunstância de haver exercido um determinado cargo pode pôr em especial risco a segurança física de um indivíduo em um contesto prisional. Alguns dos casos de aplicação da prisão especial se justificam por essa racionalidade e se ela se resumisse a isso seria alvo de pouca crítica, pois não se trataria de elevar um grupo a um padrão de direitos superior aos demais, mas sim apenas de proteger o direito à integridade física de um grupo que estaria com esse direito especificamente ameaçado em caso contrário. Esses casos justificados incluem magistrados, ex-jurados, chefes e delegados de polícia e guardas-civis entre outros, todos os

quais estariam em risco de se tornarem alvos de criminosos no ambiente carcerário, mas é difícil usar esse argumento para a maioria dos grupos a quem esse benefício foi estendido ao longo do tempo.

No que se trata dos demais grupos, por outro lado, não há explicação semelhante que justifique sua adição. A maioria deles parece se basear apenas em uma visão de mundo que considera que há um nível mais refinado de pessoas que não deveria ser sujeito a contato com os demais presos provisórios, seja por sua distinção social ou presumida qualidade de seu caráter. Esses grupos incluem, nos incisos do art. 295 do Código de Processo Penal, múltiplos cargos públicos como ministros de Estado, governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, prefeitos municipais, vereadores e membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados. Proteção que, sob a questionável narrativa de que todas essas figuras públicas seriam alvos naturais de criminosos, garante à classe política brasileira mais um *status* privilegiado perante a lei. Temos também beneficiários como os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito" e ministros de confissão religiosa, aparentemente adicionados aos casos de aplicabilidade da prisão especial por conta de sua qualidade moral. É notável que essa espécie de critério aparece muito menos que a ocupação de um cargo, mas em ambos os casos se está tratando não de pessoas para quem a prisão comum seria perigosa, mas de "pessoas de qualidade", que não devem ser misturadas com o preso comum.

Sendo o padrão de cabimento da prisão especial evidentemente o pertencimento a grupos seletos, e não a existência de um risco específico, não é surpreendente que múltiplos outros setores vieram a reivindicar a sua inclusão ao longo do tempo. Assim, o privilégio foi estendido por lei após lei ao longo dos anos, se aplicando hoje a: Dirigentes de entidades sindicais/representante profissional/administrador sindical (Lei nº 2.860/56), Servidores do Departamento Federal de Segurança Pública (Lei nº 3.3132/57), Pilotos de aeronaves mercantes nacionais (Lei nº3.3132/57), Policiais civis da União e do DF (Lei nº4.878/65) e dos estados (Lei nº 5.350/67), Oficiais da Marinha Mercante (Lei nº 5.606/70), Juízes de paz e de direito (Lei complementar nº 35/79 LOMN), Agentes de segurança privada (Lei nº 7.102/83), Professores do 1º e 2º grau (Lei nº 7.172/83), Promotores e procuradores (Lei nº 8.625/93 LONMP), e Advogados (Lei nº 8.906/94 Estatuto da OAB).

Essa extensão da prisão especial a cada vez mais grupos, independentemente da vulnerabilidade de seus membros, é sintomática dela se tornar menos uma medida de proteção de direitos universais como vida e integridade física e mais um privilégio a ser pleiteado por grupos que almejam reivindicar seu lugar dentro de uma elite social. Essas concessões

pontuais têm, no entanto, pouca relevância em comparação com o critério de aplicação da prisão especial que abrange de longe o maior grupo de pessoas, sua extensão aos detentores de curso superior. Essa provisão em particular é abertamente voltada para evitar que uma casta da sociedade que se vê como superior seja submetida às mesmas condições que – ou mesmo ao convívio com – o que ela vê como castas inferiores. São completamente incabíveis aqui mesmo as questionáveis justificativas anteriormente citadas, visto que os beneficiários não são unidos pelo cargo que desempenham nem por ter demonstrado sua integridade de forma alguma. Tratamos aqui de algo muito mais explícito, a separação de pessoas supostamente cultivadas daqueles vistos como seus inferiores, baseando-se na suposição de que estes são naturalmente mais perigosos que aqueles.

Vale notar que, sendo o objetivo separar os presos provisórios entre grupos mais e menos perigosos seria perfeitamente possível e de fato muito mais racional separá-los com base na gravidade dos delitos praticados ou em se tratar ou não de crime violento. No entanto, o legislador opta por um critério inteiramente diferente, que nada tem a ver com os crimes cometidos pelos detentos e por tanto de forma alguma impede esse tipo de situação. Em lugar disso, os detentos são separados não pelo que fizeram, mas por quem são na sociedade. Não se chegou ao ponto de separar os presos por renda, mas o nível de educação não só é estreitamente relacionado à posição econômica, como, conforme descreve Bourdieu, também constitui por si só uma forma de capital na sociedade com base na qual tais formas de segregação são implementadas (BOURDIEU, 1989).

A instituição da prisão especial implica que a separação da sociedade em classes que ocupam espaços diferentes e tem diferentes padrões de vida é tão correta e natural que não se deve permitir que a aplicação do direito venha a equalizar membros de diferentes grupos mesmo no contexto do processo penal. Essa justificativa para a existência da prisão especial obviamente não está explícita no texto legal ou é articulada pela doutrina que ainda defende sua existência, pois ela seria flagrantemente inconstitucional. No entanto, a justificativa elitista para a prisão especial fica suficientemente evidente na aplicação dessa instituição no mundo dos fatos para ter sido absorvida pela grande maioria da população mesmo assim. Isso se torna visível na rara ocasião de um multimilionário sem curso superior completo ser preso e ser destinado à prisão comum e como isso provoca fascínio e catarse na população. É visto como uma anomalia que alguém rico se veja nessa posição, a clara impressão é de que a prisão comum não é para esse “tipo de pessoa” se equivale a uma pequena revolução que ele seja submetido a ela independentemente do crime cometido.

Até mesmo os noticiários tratam de tais eventos como aberrações interessantes, demonstrando uma compreensão intuitiva de que esse é o tipo de pessoa que a norma foi feita para proteger, mas que foi vítima de uma brecha em sua formulação. A existência da prisão especial passa a mensagem de que o direito estaria extrapolando seus limites ao eliminar separações intrínsecas de nossa estrutura social porque manter essas separações é o único objetivo que justificaria ela tomar a forma que vemos. Essa mensagem é clara o suficiente para ter sido internalizada pelo povo em geral que não tem nenhuma exposição à racionalização que legisladores e doutrinadores dão para instituições legais. É importante ressaltar como a prisão especial é compreendida pela sociedade porque instituições como essa frequentemente tem uma razão de ser teórica inteiramente distinta de sua razão de ser na estrutura social e é a segunda que dita como ela é de fato aplicada e é responsável por sua resiliência através do tempo.

3. UMA BREVE HISTÓRIA DA PRISÃO ESPECIAL

A instituição da prisão especial existe desde a entrada em vigor de nosso atual código de processo penal de 1941 no qual sua existência foi prevista pelo artigo 295, que continua em vigor até hoje (BRASIL. 1941). O que implica para o indivíduo estar em prisão especial, por outro lado, não está previsto nesse artigo e foi definido de diferentes formas ao longo da história dessa instituição. Em 1955, o Decreto nº 38.016 de 05/10/1955 regulou as condições sob as quais deveriam ser detidos os presos especiais e em fazer isso previu uma série de privilégios como o uso do seu próprio vestuário, visita de parentes e amigos, assistência de seus advogados sem restrições e de médico particular, alimentação enviada pela família ou amigos, entre outros e sujeitos a restrições pontuais (BRASIL. 1955). Esses privilégios saíram oficialmente de vigor apenas quando o referido decreto foi revogado junto a milhares de outros pelo Decreto n°11, de 18/01/1991.

A demora para a revogação desses privilégios agregada ao fato deles não terem sido alvo específico da mudança legislativa que os invalidou mostra o quão tolerada foi a ideia de privilégios explícitos para os beneficiários da prisão especial pela maior parte de sua história. Dadas as circunstâncias, também não é surpreendente que essa revogação não foi interpretada como uma proibição à concessão de benefícios aos presos especiais em relação aos demais presos sem condenação. De fato, essa continuou sendo a prática, necessitando a Lei 10.258/2001 que 60 anos depois da institucionalização da prisão especial finalmente previu que presos especiais devem ser apenas mantidos separados dos demais, sem direito algum a

tratamento privilegiado. Essa é a versão da prisão especial que hoje existe em teoria, mas mudar a natureza de uma instituição legal tão enraizada em nossa cultura jurídica não é algo que se pode fazer com a mera adição de um parágrafo ao seu artigo de origem.

4. SEPARADOS, MAS IGUAIS

A separação efetuada pela Prisão Especial pode não implicar direitos a mais na teoria, mas põe diferentes classes de presos em diferentes espaços, e isso permite que os direitos de cada grupo sejam salvaguardados com diferentes níveis de rigor. Pode-se argumentar que seria inconcebível instituir uma separação dos presos processuais em duas classes sem isso resultar em privilégios; na histórica decisão de *"Brown v. Board of Education*", o então presidente da Suprema Corte estado-unidense *Earl Warren* proclama corretamente, tratando do sistema educacional no caso, que instalações "separadas, mas iguais" são por natureza desiguais e que a separação em si denota a inferioridade de um dos grupos (Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 1954).

No Brasil, em 2003, pode-se dizer que nossa suprema corte corroborou esse argumento tornando mais um direito acessível àqueles que se encontram em Prisão Especial e não os demais presos provisórios. Proclamou o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 717:

> Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (Brasil, 2003).

Não está aqui se criando um direito novo ou exclusivo aos réus em prisão especial, mas sim facilitando o acesso a um direito universal a um grupo determinado enquanto o restante tem que passar por múltiplos obstáculos para desfrutar dele. Enquanto isso, os demais presos provisórios, antes de pleitear a progressão de regime, têm que ser transferidos para o sistema penitenciário para ser avaliados pela Comissão Técnica de Classificação e poder cumprir o requisito do trabalho (Lei 7.210/84 art. 31 e §único). Isso faz com que aqueles que não se beneficiam da Prisão Especial tenham que arcar com uma pena muito mais rígida para efetivar o mesmo direito de progressão de regime que os beneficiados. Escreve Guilherme Nucci:

> Em verdade, permitir a progressão de regime ao preso sujeito à prisão especial representará, no Brasil, cujo sistema processual é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o impedimento do cumprimento da pena em regime carcerário severo. Como exemplo: determinada autoridade, condenada a 6 anos de reclusão, em regime fechado inicial, por ter cometido

> variados delitos, encontra-se presa preventivamente, recolhida em prisão especial. Enquanto aguarda o arrastado trâmite processual, seu tempo de 'cumprimento de pena' encontra-se em decurso. Assim, antes mesmo de transitar em julgado a decisão condenatória, quase certamente já atingiu o regime aberto (NUCCI, 2014. p. 343)

Temos na Prisão Especial, então, não só um exemplo de como a divisão de classes de uma sociedade é por vezes reconhecida e reproduzida pela legislação, em detrimento aos princípios republicanos sobre os quais em teoria se baseia nosso sistema legal, mas também um exemplo de como o sistema que aplica o direito encontra formas de dar tratamento diferenciado a certos grupos mesmo quando a literalidade da Lei proíbe isso. No caso da Prisão Especial o primeiro permite o segundo; a separação dos presos pelos critérios usados é em si objecionável e sintomática de uma sociedade de castas, mas a Lei em si não pode explicitamente prever privilégios. Em vez disso, a Lei meramente efetua a separação, e permite que a realidade social do país atue e proteja um grupo diferentemente do outro.

A principal forma como isso ocorre é por meio do permanente estado de crise do sistema prisional. A legislação brasileira quanto aos direitos dos detentos não é especialmente fraca, é a realidade de nossos presídios que está em um constante estado de ilegalidade. Há diferentes causas às quais se atribuem as condições subumanas que são comuns em nosso sistema prisional, incluindo desde o descaso proposital para apaziguar uma população que, vitimizada pela criminalidade, exige penas mais cruéis até a simples falta de recursos que seria esperada de um país em desenvolvimento com uma população prisional considerável. Opinar quanto à causa está além do âmbito desse trabalho, mas a consequência é que separar os presos especiais dos comuns permite dar a eles um tratamento muito melhor sem que isso tecnicamente constitua um privilégio, pois eles têm no papel os mesmos direitos que todos os presos. Só acontece, dizem os defensores da prisão especial, que eles estão em um sistema separado e de escala mais manejável que é capaz de concretizar os direitos que todos os presos deveriam ter. O problema dessa visão legalista é que ela só se ocupa do que está previsto no mundo ideal das normas e não com o que as normas permitem que ocorra no mundo dos fatos.

5. OUTRAS MUDANÇAS LEGISLATIVAS

O caráter anti-igualitário da figura da Prisão Especial foi reconhecido pelo Projeto de Lei 4.208/2001, que, até sua versão aprovada pelo Senado, não só revogava os critérios do artigo 295 do CPP incluindo a ocupação de cargos políticos e posse de diploma de curso

superior, mas também dedicava o *caput* de dito artigo para proibir a concessão de prisão especial sob qualquer pretexto que não a necessidade de proteção da vida ou integridade física do preso. Diria o artigo:

> Art. 295. É proibida a concessão de prisão especial, salvo a destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada do cumprimento da medida (BRASIL 2001. pp. 8-9).

Vemos então que mesmo perto e duas décadas atrás no próprio Senado Federal, a natureza da Prisão Especial como um privilégio antagônico aos princípios de nossa Constituição e república era amplamente reconhecida. Torna-se claro ao analisar a história do dispositivo da Prisão Especial, que ela não perdura por conta de uma visão ideológica que a defende como justa, mas pela força política dos grupos que dela se beneficiam. Consta no voto do relator João Campos do mesmo Projeto de Lei:

> Trata-se de alteração do texto do art. 295, referente ao recolhimento à prisão especial. A proposta proíbe a sua concessão, salvo se destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso. Destacamos que além disto, o Substitutivo do Senado propõe, em seu artigo 4º, a revogação de uma série de dispositivos e Leis que estabelecem casos de prisão especial.(…)
> Entendemos que a proposta de revogação de todas as prisões especiais é de grande valia, muito embora o seu resultado não atinja totalmente a nobre pretensão,(…)
> Outrossim, enfrentaremos enorme pressão pelo corporativismo desses "Poderes", que lutam incessantemente pela manutenção de status diferenciado, condição que aponta para o fato de que nunca advirá proposição da natureza em tela por iniciativa do Ministério Público e do Poder Judiciário. Portanto, pugnando pela justa aplicação da medida, acolhemos o novo texto dado ao art. 295 e as revogações das prisões especiais (BRASIL 2001. pp. 10-12).

De fato, seja pela pressão corporativista de setores do aparelho estatal que se beneficiam dela ou pela histórica dificuldade de eliminar privilégios de classe no Brasil, o Projeto de Lei 4.208/2001, depois de passar a maior parte de uma década inerte, resultou na Lei 12.403/2011, que manteve o artigo 295 do CPP inalterado e por consequência a Prisão Especial ainda hoje é essencialmente a mesma.

A Lei resultante fez esforços para diminuir o excesso de aplicação de prisões processuais, que havia se tornado alvo de fortes críticas enquanto seu projeto não progredia. Isso incluiu proibir a privação de liberdade durante o processo quando os tipos penais em questão não a trouxerem como potencial pena e instituir medidas cautelares, estabelecendo que essas devem substituir a prisão preventiva sempre que cabível, entre outras mudanças. Foram até mesmo tomadas medidas para reduzir privilégios descabidos, como a definição de

critérios sólidos para a aplicação da prisão domiciliar, visando diminuir a seletividade e arbitrariedade na sua aplicação e a possibilidade de o juiz reduzir ou dispensar a fiança de um preso cujas condições financeiras não permitam arcar com o custo. Esses esforços são, no entanto, de pequena escala comparados com a potencial proibição da Prisão Especial que foi perdida no caminho (BRASIL, 2011).

No momento em que se desenvolve essa investigação tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 334, ajuizada em 2015 pelo então Procurador Geral da República Rodrigo Janot que sustenta a não recepção do artigo 295, inciso VII do Código de Processo Penal, que concede o benefício da prisão especial a diplomados por faculdade superior por "afronta aos princípios republicano, da dignidade do ser humano e da isonomia, insculpidos nos arts. 1º, caput e III, 3º, I, III e IV, 5º, caput e I, da Constituição da República. " (BRASIL, 2015). Será um passo extremamente positivo se o Supremo Tribunal Federal decidir pela não recepção deste inciso, pois sem categoria dos diplomados a aplicação da prisão especial diminuiria muito e apenas em casos em que ela é injustificada. Deve-se notar, no entanto, que a indignação contra privilégios para elites e a separação do povo brasileiro em castas articulada na ADPF se opõe exclusivamente à concessão da prisão especial a aqueles que apenas diploma de ensino superior. Os membros dos órgãos engajados nessa discussão, assim como seus colegas advogados e os portadores de outros cargos públicos todos manteriam o que está aqui sendo chamado de um privilégio. Deve se destacar então que no melhor dos casos a prisão especial se tornará um benefício para uma elite ainda menor.

6. ARGUMENTOS PRETÉRITOS EM PROL DA PRISÃO ESPECIAL

Atualmente, quando se fala de Prisão Especial em um âmbito acadêmico, mesmo em um contexto tecnocrático, é comum ao menos se abordar ideia de uma separação dos presos por classe como evidentemente problemática. As múltiplas maneiras como essa instituição é antitética à noção de um sistema jurídico igualitário são tão evidentes que se torna difícil sequer descrevê-la sem levantar dúvidas quanto a seu cabimento. O fato desse ser hoje o caso reflete positivamente sobre o amadurecimento da noção de justiça em nosso país, a final, os princípios jurídicos feridos estão postos desde antes da existência da prisão especial. O que se vê é eles sendo levados gradualmente mais a sério e serem menos subjugados pelas piores características de nossa sociedade, como a sua estratificação. Menos encorajador, como

abordaremos posteriormente, é o fato dessa mudança de consciência não ter levado a mudanças legislativas substanciais.

Temos hoje, consequentemente, uma dissonância entre o discurso acadêmico e o direito que ainda é aplicado. A crítica ampla e fervorosa a essa instituição jurídica não inviabilizou de forma alguma a sua contínua vigência, seu maior efeito parece ter sido a proibição de tratamento privilegiado para seus beneficiários que, conforme mencionado, absolutamente não se concretizou. Por outro lado, a sua defesa, assim como o referido elemento normativo, conciliam a existência da prisão especial defendendo uma versão abstrata dela que absolutamente não corresponde a como ela é implementada. Eles justificam os seus critérios de aplicabilidade com argumentos o mais distantes possíveis de um extrato social superior, geralmente trazendo a ideia dos grupos protegidos estarem em risco, ou fazem menção ao princípio da igualdade perante a Lei apenas para afirmar sem maior aprofundamento que não há ofensa a ele. Segue a totalidade da discussão desse tópico no livro Processo Penal de Julio Fabbrini Mirabete:

> Sem ferir o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei, esta prevê hipóteses em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quarteis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham, por sua educação ou cultura, pelos serviços prestados etc., evitando que fiquem em promiscuidade com outros presos durante o processo condenatório (MIRABETE, 2005).

Não é necessário, no entanto, voltar muito na história para se deparar com juristas defendendo a justiça da Prisão Especial em termos que hoje são usados apenas pelos seus detratores. Escreveu Paulo Lúcio Nogueira, em seu “Curso Completo de Processo Penal”:

> O privilégio da prisão especial é perfeitamente justificável, pois não se concebe que as pessoas beneficiadas pela sua própria formação ou mesmo posição social tenham tratamento igual ao do criminoso comum, sendo colocadas em promiscuidade nas prisões, juntamente com condenados por espécie (NOGUEIRA 1996. pp. 302-303).

Essa é a espécie de discurso que foi usado para justificar a existência da prisão especial desde a sua criação até recentemente. Temos a admissão de que estamos tratando não só de nível de educação, mas, na prática, de “posição social” e nesses termos o autor descreve a separação como justa e necessária. Percebe-se a presunção de inocência ser estendida a indivíduos dessa posição social, devendo esses serem poupados do convívio com condenados, enquanto os de pior posição social na mesma situação processual são confortavelmente chamados de criminosos comuns. Que os presos provisórios de melhor extrato social têm mais necessidade de serem segregados dos de extrato pior na mesma situação processual do que estes têm de serem segregados de condenados é dado como evidente.

Igualmente o autor nunca vê a necessidade de justificar por que "não se concebe" que pessoas que contam com privilégios na sociedade em geral por conta de sua classe social e educação sejam igualados aos demais cidadãos pela aplicação do processo penal. É importante notar que a essência de como é prevista e aplicada a prisão especial não mudou desde a redação desse texto, ou seja, a justificativa teórica dada para a existência dessa instituição mudou inteiramente enquanto ela própria sofreu apenas retoques pontuais. Não é surpreendente, portanto, que a prisão especial hoje não se adéqua às suas supostas razões de ser.

A citação em questão é da edição de 1996 de um livro originalmente publicado em 1985, o que, na longa história da Prisão Especial não é muito antigo. Se retornarmos um pouco mais no tempo para 1962, podemos encontrar obras ainda mais explícitas na forma como justificam a necessidade da Prisão Especial. Vejamos o Código de processo penal brasileiro anotado de Eduardo Espinola Filho:

> Antes da condenação definitiva, não se podem afirmar responsáveis inescusáveis, por infrações penais, as pessoas sujeitas a prisão, pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando que 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 (ESPINOLA FILHO. 1980. pp. 316-317)

Ao contrário do exemplo anterior, essa obra não articula suas conotações elitistas através do tom amenizante de uma linguagem tecnocrática. Isso significa que enquanto a maioria do que foi dito acima sobre a passagem anterior se aplica a essa, em particular o uso da presunção de inocência como justificativa sem nenhuma tentativa de explicar por que ela só deve proteger certos grupos. Dessa vez o autor se refere diretamente aos beneficiados da Prisão Especial como "pessoas de qualidade" e aqueles dos quais eles devem ser separados de "ralé dos criminosos". Também é mais explícita nesse texto a visão de que a separação entre classes sociais e de como elas são tratadas é natural – esse exato termo é usado – e que, portanto, não seria cabível a justiça neutralizá-la.

É relevante observar como a existência de privilégios como a Prisão Especial era defendida no passado para entender a sua razão de ser até hoje. Isso porque, como é o caso para muitas espécies de avanço social, tornou-se inaceitável admitir o ímpeto por trás dessa estrutura injusta antes de se tornar politicamente possível removê-la. Observa-se que essas justificativas mais antigas para a existência da prisão especial – completamente inaceitáveis

nos tempos atuais – se encaixam muito melhor à forma que essa instituição de fato toma do que as atuais. Isso revela que quando a política da separação de "pessoas de qualidade" da "ralé" deixou de ser aceitável nos meios acadêmico e jurídico alterou-se como a prisão especial é descrita e justificada em vez de como ela é prescrita ou aplicada.

Por mais repreensíveis que as citações acima possam ser, elas são honestas quanto à natureza e razão de ser da instituição que defendem. Dessa forma os opositores da prisão especial podem se contrapor aos argumentos que justificam a sua existência e, se demonstrarem que são incompatíveis com a Constituição ou de outra forma inválidos, afirmar o seu descabimento. Inversamente, quando teóricos defendem uma versão abstrata da prisão especial que pouco se aproxima de como ela é aplicada no mundo dos fatos torna-se mais difícil condená-la como instituição. Os defensores da prisão especial podem, nesse caso, concordar com todos os argumentos levantados contra a forma como ela é aplicada e continuar se opondo a qualquer mudança substantiva, pois para eles seria apenas uma questão de aplicar corretamente a legislação que já está em vigor. Essa mudança de discurso esconde o propósito segregador da prisão especial que era antes abertamente admitido e põe a culpa de suas iniquidades na precariedade do sistema penal, pois, se esse correspondesse à versão ideal dele próprio concebida na legislação, a prisão especial seria menos problemática.

7. CRÍTICAS CONTEMPORÂNEAS À PRISÃO ESPECIAL

Na mesma medida que se tornou raro ouvir defesas absolutas da Prisão Especial como ela existe hoje, tornou-se bastante comum se deparar com autores que a veem como algo completamente injustificável e sintomático de tudo que há de pior a respeito da cultura jurídica brasileira. Um deles é Eugênio Pacelli de Oliveira, que considera a prisão especial como ela existe hoje "absurdamente desigual", especialmente por conta do critério da escolaridade. O autor reconhece a necessidade de uma separação para detentores de funções públicas ligadas à execução penal da população prisional em geral, mas considera os demais critérios uma afronta ao princípio da isonomia e defende a reivindicação de condições iguais para todos os presos provisórios. Oliveira traz inclusive a ideia de que a forma atual da prisão especial serve de ferramenta para propositalmente selecionar certas camadas econômicas e manter sua exclusão social. Escreve o autor:

> De outra perspectiva, a distinção e a desigualdade revelam, de modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (…) devem mesmo ser reservados para as

> classes sociais menos favorecidas (…), o que, aliás, iria exatamente na direção de outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal.
>
> O tema abordado em profundidade pela criminologia denominada crítica e tantas vezes anunciado pelos defensores do abolicionismo penal, teria o seguinte espectro: o sistema penal, aqui envolvendo todo o aparato estatal persecutório (...), é propositadamente seletivo, dirigindo-se mais e mais aos atores que aos fatos por eles praticados; é seletivo também no sentido de afirmar a exclusão social, visando atingir e proteger apenas determinados e específicos interesses, de determinados e específicos grupos ou camadas sociais. (OLIVEIRA, 2013, p. 579)

Kant de Lima descreve a Prisão Especial como o mais óbvio exemplo de um instituto legal que existe para reforçar o que ele chama de um sistema social em "modelo pirâmide" em que uma elite vive sob regras diferentes do resto da população. O autor destaca que não são só elementos explicitamente positivados como os critérios de aplicabilidade da Prisão Especial, em particular a posse de diploma universitário, que possibilitam um tratamento diferenciado para os socialmente mais bem posicionados. Ele destaca como em uma sociedade de classes as mesmas regras são aplicadas diferentemente para pessoas de diferentes status sociais.

Nesse caso a Prisão Especial não constitui o benefício em si tanto quanto um mecanismo para colocar indivíduos de diferentes extratos sociais em espaços diferentes para que os direitos que eles supostamente têm em comum possam ser protegidos em diferentes níveis. Afinal, a partir da Lei nº 10.258/2001 a prisão especial "consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum" (art. 295 §1º CPP) sem nenhum benefício adicional. Sabemos ainda assim como as condições mínimas de bem-estar às quais o preso tem direito são muito mais respeitadas no espaço da Prisão Especial e quando não atingidos resultam na transferência para regime domiciliar enquanto os demais presos são forçados a aguentar rotineiramente condições muito mais flagrantemente ilegais. Como escreve Kant de Lima:

> (…) Esses institutos inconstitucionais começam pelo mais escandaloso de todos, a prisão especial. Isso quer dizer que uma pessoa que tem nível de instrução superior dá um tiro em um sujeito, e uma que não tem instrução superior, e dá ao mesmo tiro no mesmo sujeito, se forem presas, vão ser tratadas de forma desigual. Uma vai para a cadeia, ser estuprada, dormir em pé, comer mal, não tomar sol; a outra vai ter um tratamento especial, que agora, em 2001, passou a significar "apenas" que fica separada das pessoas comuns… O tratamento especial é uma coisa muito importante quando uma pessoa está se defendendo de uma acusação. O juiz Nicolau, por exemplo, não queria ser fotografado, não queria ser algemado, tinha comida especial e acabou preso em casa, porque estava doente. E os presos comuns? Esses não podem sair da prisão quando estão doentes. Já se disse até que estão melhor lá do que fora de lá, porque onde moram não têm recursos para se tratar… O que indica que a liberdade não é um bem que se conceda como universalmente distribuído no Brasil. A polícia costuma dizer que a prisão é um benefício, não um castigo para os miseráveis que nela estão: teto, comida

> e roupa lavada de graça! Ou seja, essas pessoas nunca estiveram no mundo público, do tal Estado de Direito… (LIMA. 2001. pp.103-104)

A conclusão de que a prisão especial como atualmente está configurada é ofensiva ao princípio da isonomia não é comum apenas entre autores politizados e críticos do sistema jurídico brasileiro em geral, mas aparece também em obras essencialmente tecnocráticas. Eis a discrição dessa instituição no Manual de Processo Penal de Renato Brasileiro de Lima:

> Resultado do reconhecimento explícito da péssima situação carcerária vivenciada no Brasil, e da própria seletividade do sistema penal, o legislador brasileiro resolve conferir a certos indivíduos o direito à prisão especial, pelo menos até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
> Cria-se, por meio da prisão especial, tratamento diferenciado entre um cidadão diplomado e outro analfabeto, violando-se o princípio da isonomia sem qualquer critério lógico e razoável a justificá-lo. Na verdade, se o próprio Estado reconhece que não consegue fornecer condições carcerárias dignas, deveria reservar a todo e qualquer preso provisório, primário e com bons antecedentes, recolhimento em separado daqueles que foram condenados, e, por conseguinte, já possuem mais tempo de vivência no cárcere (LIMA. 2016. p. 1190).

O autor é bastante menos enfático que Kant de Lima, mas mesmo no contexto de introduzir o conceito da prisão especial em termos simples ele vê a necessidade de apontar seus problemas gritantes. Em particular critica a aplicação da prisão especial para diplomados e não para os demais presos provisórios sem justificativa compreensível. O autor se mostra favorável à ideia de estender tal benefício aos detentores de cargos que possam atrair a violência de detentos, de fato defende a absoluta necessidade de tal medida, mas se mostra no mínimo perplexo pelas demais escolhas de beneficiários.

Também comum é a posição defendida pela anteriormente mencionada ADPF 334/DF de que o inciso VII do artigo 295 CPP, que estende a prisão especial a diplomados de curso superior em particular é inadmissível mas tolera em geral a extensão do benefício a portadores de certos cargos e profissionais de certas áreas. Conforme o artigo “Fim da Prisão Especial para Portadores de Diploma de Curso Superior, uma Medida Salutar no Fortalecimento do Sistema Penal Brasileiro”:

> Em suma, resta evidente a necessidade de se estabelecer uma nova regra quanto à prisão especial, deixando o instituto somente para aquelas hipóteses em que há riscos justificáveis para a pessoa encarcerada, tal como para os membros dos órgãos de persecução penal. Não há fundamento justificante para o privilégio albergado pela lei processual penal vigente, tapar os olhos de que a prisão especial não tem natureza de salvaguarda de uma camada privilegiada é negar os preceitos impostos pela própria Constituição Federal (NETO; PINTO; PINTO; SANTOS, 2017).

Infelizmente, o que transparece é que a evolução do discurso teórico dominante até o ponto em que a Prisão Especial é vista como flagrantemente injusta e contraditória aos

princípios de nossa constituição pela maioria dos acadêmicos do direito não parece estar levando no curto ou médio prazo à reforma ou abolição dessa instituição. O que parece ser o caso é que enquanto o surgimento dessa espécie de consenso leva regularmente a alterações de normas e da forma como elas são aplicadas, isso não parece ocorrer a quando se trata uma instituição atada profundamente à estrutura social do país, que seu sistema jurídico reproduz. Veremos a seguir como alterações nas normas relativas à Prisão Especial tiveram extraordinária dificuldade de ocorrer e quando ocorreram de surtir efeitos substantivos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se mostra preocupante ao analisar a trajetória da prisão especial como instituição é que parecemos estar diante de um exemplo de como os procedimentos que deveriam levar à correção de instituições legais injustas podem ser inteiramente impotentes. Como vimos, a legislação foi alterada para especificar que a Prisão Especial não deveria implicar tratamento privilegiado e sim apenas separação física, mas é universalmente reconhecido que na prática ainda não é isso que ocorre. A doutrina então chegou a um amplo consenso de que esse é o caso e passou a protestar pela abolição dessa instituição ou sua aplicação de acordo com os novos parâmetros, mas não houve movimento rumo a nenhum dos dois acontecer.

O sistema jurídico brasileiro mostra uma resistência muito grande a remover um dos mecanismos através dos quais ele reproduz a estrutura de classes da sociedade que lhe deu origem e o que o põe nesse caminho claramente não é a legislação positiva ou a cultura acadêmica jurídica, ambos os quais estão sendo atropelados nesse caso. O que a história e contínua existência da prisão especial demonstram é que as tendências anti-igualitárias do direito brasileiro vêm de algo mais profundo e enraizado do que legislação e doutrina e que elas só podem ser alteradas no nível de uma evolução de nossa estrutura social.

A Lei 10.258/2001 em especial provou que abordagens superficiais não são suficientes para corrigir essa espécie de problema, seu texto prescreveu que as condições da prisão especial não podem ser melhores que as da comum. O problema foi corretamente identificado, mas não sua causa e, portanto, sua solução. A disparidade de condições entre presos comuns e especiais não adivinha do texto legal até então vigente, visto que já não se previam privilégios explícitos para os presos especiais e as condições piores dos presos comuns já eram em maioria irregulares, assim seria ingênuo esperar que essa mudança legislativa corrigisse a situação. Esse caso nos mostra que há situações em que a função de uma instituição legal não

é a explicita na letra da Lei ou mesmo na doutrina que a defende, mas advém na verdade de um papel mais profundo na estrutura social na qual ela existe.

A forma como a prisão especial é aplicada no mundo dos fatos a faz servir como uma proteção que impede elites sociais de serem expostas a um sistema carcerário precário e degradante, algo que é compreendido pelo senso comum da população brasileira e era abertamente admitido por doutrinadores até isso se tornar inaceitável. A resistência dela a ser desviada dessa função serve de exemplo de como outras dimensões da sociedade agem sobre o direito e a mudança da redação de uma lei ou do discurso doutrinário dominante não anulam esses fatores.

Enquanto a sociedade brasileira tiver um sistema carcerário precarizado que rotineiramente deixa de atingir os parâmetros mínimos de dignidade humana que a lei existe e uma elite privilegiada a quem não se admite impor as mesmas indignidades que o restante da população haverão mecanismos que permitam a separação desses grupos dos demais presos. É possível que ações legislativas seja uma parte vital do processo que mudará essa realidade, mas seria ingênuo pensar que esses privilégios podem ser revogados por um inciso em uma Lei, especialmente quando eles frequentemente se manifestam pela aplicação seletiva da Lei. Na medida que esses problemas podem ser combatidos por mudanças na legislação é necessário se tomar uma postura mais forte e se reconhecer que não há versão de uma política como a separação dos presos provisórios em classes que não vá levar a injustiça e uma reprodução de divisões sociais preexistentes.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334/DF**. Brasília, DF, 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941.** Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

_____. **Decreto Nº 38.016, de 5 de Outubro de 1955.** Rio de Janeiro, RJ, 1955. Disponível em: <hhttp://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-38016-5-outubro-1955-335386-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mar 2018.

_____. **Lei Nº 12.403, de 4 de Maio de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 20 mar 2018.

_____. **Projeto de Lei Nº 4.208, de 2001**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/676860.pdf>. Acesso em: 20 mar 2018.

_____.**Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 717**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ de 13.10.2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>. Acesso em: 20 mar 2018.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Praticas Policiais. In: NOVAES, Regina. (Org.). **Direitos Humanos**: Temas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 2001. p. 94-110

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NETO, Renato Meirelles Guerra; PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva; SANTOS, Fernando Rangel Alvarez dos. Fim da Prisão Especial para Portadores de Diploma de Curso Superior, uma Medida Salutar no Fortalecimento do Sistema Penal Brasileiro. In: CONGRESSO DE DIREITO DA UBM, 5., 2017, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos.** Rio de Janeiro: UBM, 2017. Disponível em: <hhttp://intranet.ubm.br/conidir/anais/2017/ANAIS/23-Fim-da-prisao-especial.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado.** 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de, **Curso de Processo Penal.** 17.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brown v. Board of Education.** Relator: Earl Warren. DJ: 17/05/1954.