

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIANA COELHO DIAS

**O INSTITUTO DA PRISÃO ESPECIAL E SUA  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO  
DA ISONOMIA**

VITÓRIA

2019

MARIANA COELHO DIAS

**O INSTITUTO DA PRISÃO ESPECIAL E SUA  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO  
DA ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientador: Profº. Dr. Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA  
2019

## RESUMO

A presente monografia visa analisar a constitucionalidade do instituto da prisão especial, prevista no Código de Processo Penal de 1941, frente ao princípio da isonomia, disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Para tanto, é necessário expor a igualdade em suas modalidades materiais e formais e compreender acerca do elemento discriminador, isto é, quando é possível o tratamento desigual para diferentes cidadãos. Ainda, faz-se imprescindível discorrer acerca das medidas cautelares pessoais e, especificamente, das prisões cautelares, momento em que é exigida a prisão especial para determinados indivíduos. Por fim, a partir da análise legislativa, principiológica e social, conclui-se que a previsão da prisão especial na legislação processual penal encontra-se em desconformidade com o princípio da isonomia, visto que se trata de um privilégio sem justificativa lógica e reforça a desigualdade social brasileira.

**Palavras-chave:** Princípio da isonomia. Medidas cautelares pessoais. Prisão especial. Constitucionalidade.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>04</b>
<b>1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>05</b>
1.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..	06
1.1.1. Igualdade Formal e Material e o elemento discriminador.....	07
1.1.2. O princípio da Igualdade no Processo Penal.....	09
<b>2. DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>12</b>
2.1. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....	15
2.2. PRISÃO EM FLAGRANTE.....	19
2.3. PRISÃO PREVENTIVA.....	21
2.4. PRISÃO TEMPORÁRIA.....	23
<b>3. DO INSTITUTO DA PRISÃO ESPECIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS.....</b>	<b>25</b>
<b>4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL SOB A ÓTICA</b>	<b>27</b>
<b>DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....</b>	
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>33</b>

## INTRODUÇÃO

É inquestionável que a Constituição Federal de 1988 surgiu como uma espécie de rompimento com os governos anteriores, marcados por extremas arbitrariedades do Estado e violações a direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Nessa perspectiva, a Carta Magna trouxe, como um de seus objetivos centrais, o comprometimento em buscar sempre o tratamento digno, igualitário e justo para todos indivíduos, sem qualquer distinção.

Apesar disso, é sabido que muitas normas infraconstitucionais, por terem sido criadas em períodos anteriores à promulgação da Carta, encontram-se em direto confronto com os princípios constitucionais. Nesse sentido, o presente estudo tem como propósito trazer questionamentos acerca da prisão especial e de sua inconstitucionalidade sob a ótica do princípio da isonomia.

Para isso, preliminarmente, analisar-se-á os princípios constitucionais e, especialmente, o princípio da isonomia e sua aplicação no plano processual penal. Desse modo, será abordado no presente trabalho o conceito de caráter discriminatório e uma análise de quando este estará presente nas ações estatais, a fim de justificar tratamentos diferenciados para determinados indivíduos.

Em um segundo momento, será abordada e esmiuçada a questão das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro. Acerca deste tema, esta monografia terá o objetivo de esclarecer as características e os pressupostos para aplicação destas medidas, bem como as espécies de prisões cautelares existentes no país atualmente.

Posteriormente, explanar-se-á o instituto da prisão especial e suas características, para que, enfim, com base nos estudos a respeito do princípio da isonomia nas relações processuais penais, possa ser realizada uma crítica específica a este instituto sob a ótica principiológica.

## 1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A experiência política do Brasil antes de 1988 foi marcada por um longo período de ilegitimidades e violações aos direitos sociais dos cidadãos. Durante esta fase, eram inegáveis o tratamento desigual e as arbitrariedades dos indivíduos que possuíam poderes sobre as classes dominadas. Em 1988, porém, a promulgação da nova Constituição Federal surgiu como um recomeço e uma nova perspectiva de governo.

A construção de novas normas constitucionais buscou a efetivação de direitos sociais e, mais do que isso, objetivou impor limites às normas infraconstitucionais. Dessa forma, toda e qualquer lei que desrespeitasse os direitos fundamentais previstos na Carta Magna passaram a ser consideradas inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis no mundo fático.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios passaram a ser incorporados no universo jurídico, de forma implícita e explícita, de modo que a valoração e o reconhecimento da importância destes aproximaram o Direito e a Ética. Segundo Barroso:

Os princípios são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (1999, p. 147)

Ao analisar tal afirmativa, as normas principiológicas mostram-se de extrema importância para o ordenamento jurídico. Estas devem ser consideradas alicerces do sistema brasileiro e ferramentas que dão coerência ao ordenamento como um todo. Ademais, são instrumentos de garantia em relação à conformidade entre o Direito e a Ética, visto que, sem a observância dos princípios, a sociedade viveria uma constante insegurança jurídica.

O presente trabalho possui como objeto de estudo a análise acerca da constitucionalidade da prisão especial frente ao princípio da igualdade na Constituição

Federal de 1988, razão pela qual se desenvolve, especificamente, a partir da aplicação deste princípio ao Direito Processual Penal.

## 1.1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade ou da isonomia está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Este é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, além de ser classificada como princípio jurídico, se apresenta como direito fundamental, indispensável para qualquer indivíduo. Nesse sentido,

George Marmelstein conceitua os direitos fundamentais como normas jurídicas: “[...] ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (2009, p. 20). Assim, pode-se dizer que são fundamentais os direitos que possuem hierarquia constitucional e estão ligados à dignidade da pessoa humana e a limitação de poder. (DE OLIVEIRA, 2014, p. 17)

A igualdade jurídica diz respeito à norma plena, cuja eficácia não depende de qualquer outra disposição em lei e a exigência é instantânea, de modo que é assegurado a todos, independentemente de raça, cor, sexo, orientação sexual, classe social, convicções culturais e religiosas, o tratamento igual.

Apesar de não haver necessidade de outra norma que assegure o tratamento igual para todos, a Constituição Federal de 1988, além de definir o princípio no artigo 5º, *caput*, apresenta-lhe em outros dispositivos, como no artigo 4º, inciso VIII, que trata sobre a igualdade racial; no artigo 5º, I, que dispõe da igualdade entre os sexos; no artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política, bem como no artigo 150, inciso III, que trata da igualdade tributária.

Dessa forma, a pluralidade de disposições no ordenamento jurídico evidencia a importância da igualdade nos diversos aspectos do cotidiano do cidadão brasileiro e reforça a obrigação da observância da isonomia. Isto porque, esta é primordial para um tratamento justo e deve ser respeitada em todos os campos sociais.

Nesta ótica, importa salientar que a igualdade deve ser aplicada a partir de dois pontos de partida distintos, tendo em vista que, segundo o disposto na Constituição Federal de 1988, não há garantia do direito à igualdade, se esta não for observada em seu sentido formal e material.

### **1.1.1. Igualdade Formal e Material e o elemento discriminador**

Antes de 1988, a legislação brasileira se preocupava em assegurar o princípio da igualdade em seu sentido formal, isto é, a imposição do tratamento igual para todos, sem nenhuma distinção. Neste sentido, o direito à isonomia na norma constitucional objetivava abolir privilégios de classes perante a lei.

Desse modo, ao abarcar a igualdade como princípio e direito constitucional, o legislador da época se preocupou, no primeiro momento, com o direito no sentido jurídico formal, tendo em vista que, desde aquela época, o ordenamento jurídico possuía a função de proteger os cidadãos de injustiças e de garantir que o tratamento da população de forma digna, o que só poderia acontecer sob a ótica da isonomia.

Por outro lado, a isonomia no sentido formal não se mostrava suficiente para garantir a justiça entre as classes, visto que a previsão em lei não significava a eficácia da igualdade no plano fático. Conforme evidenciado na questão abordada por Alexy:

O princípio da igualdade jurídica - por estar ligado ao ato de tratamento em si e não ter de levar em consideração seus múltiplos efeitos - é mais simples e mais seguro em sua aplicação que o princípio da igualdade fática. Um pai que presenteia seus dois filhos com duas bolas idênticas satisfaz plenamente, sem grandes reflexões e com segurança, a igualdade em seu sentido relacionado ao ato. Por outro lado, é altamente incerto e de difícil decisão saber se ele também promove alguma igualdade relacionada a conseqüências. Se um dos filhos fica feliz com o presente, e o outro não,



pode-se dizer que, ao menos no que diz respeito ao critério de igualdade de felicidade, não houve a promoção de uma igualdade relacionada a consequências. (...) aquele que decide consegue ter uma visão apenas incompleta do processo de fomento dessa igualdade e pode controlá-lo apenas parcialmente. Diante disso tudo, não há dúvidas de que o princípio da igualdade jurídica não deve ser abandonado em favor do princípio da igualdade fática. (2008, p. 418-419)

Este exemplo manifesta, na prática, a ineficiência da previsão do princípio da isonomia de modo puramente formal. Dessa maneira, resta evidenciado que de nada adianta a preocupação do tratamento igual sem o objetivo de que as consequências tenham os mesmos efeitos para todos os envolvidos, posto que diferentes indivíduos possuem características inerentes desiguais.

Nesta ótica, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a ter uma previsão da igualdade nos dois sentidos: formal e material. Isto é, a norma que determina o tratamento igual pelo legislador permaneceu e, em contrapartida, surgiu um novo direito: o direito dos cidadãos serem tratados de maneira desigual, desde que para garantir uma situação igual como consequência. Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu” (SILVA, 2010, p. 213).

Isto posto, é evidente que existem situações em que, para que a igualdade material seja garantida, é necessária a aplicação de medida discriminatória, porquanto a isonomia só é possível se todos os cidadãos forem colocados em posições semelhantes. Para que isso ocorra, determinados grupos - por possuírem maiores dificuldades - precisam de maior atenção do Estado e, conseqüentemente, do caráter discriminatório.

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2008, p. 21-22)

Nesse sentido, importa ressaltar que, desde a segunda geração de direitos humanos, é dever do Estado adotar diligências que façam a igualdade sair do plano formal e

entrar no plano fático do indivíduo, qual seja, a materialidade. Isto pois o texto constitucional prevê que o dever de garantir a isonomia não só existe para o legislador, quando dispõe que “Todos devem ser tratados iguais perante a lei”, mas também para o aplicador do direito e para os governantes estatais.

No entanto, é imprescindível compreender que as medidas discriminatórias só podem ser adotadas a partir de uma análise minuciosa quanto à necessidade do tratamento diferenciado, uma vez que não é aceitável que qualquer tratamento segregador seja naturalizado. Portanto, para esta situação ser considerada legal e constitucional, deve haver uma justificativa racional. Ao abordar essa temática, Mello aduz:

(...) é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. (...) a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. (2008, p. 28-29)

Em vista disso, entende-se que é imprescindível que o tratamento diferenciado e sua razão de ser tenham uma adequação racional, ou seja, deve haver pertinência lógica para que o benefício seja dado para um grupo específico. Dessa forma, “(...) uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela” (ALEXY, 2008, p. 407).

Sob esta perspectiva, enquanto o tratamento desigual é aceito e, inclusive, exigido em situações em que exista desigualdade fática entre os sujeitos envolvidos, a ausência de fundamento lógico resulta na ofensa ao princípio da igualdade.

## **1.2. O princípio da Igualdade no Processo Penal**

Enquadrando a teoria nos moldes do presente estudo, importa a explicitação do princípio da igualdade no Processo Penal, isto porque este deve ser o centro das relações processuais, a fim de promover e garantir o tratamento justo para os acusados, que estão a mercê da legislação penal.

“Na medida em que todos são iguais perante a lei, todos os que tiverem praticado conduta típica, ilícita e culpável, deverão participar de processo penal. Há justiça processual, também, quando os regramentos processuais

são os mesmos para todos os acusados. Há justiça processual, ainda, quando o acesso à justiça é garantido a todos, em igualdade de condições” (COSTA, 2001, p. 14)

Nessa toada, o Direito Processual Penal, que existe para estabelecer uniformidade no procedimento realizado pelos profissionais do Direito para apuração de infrações penais, tem como um dos principais pilares a igualdade. Nesse sentido, apenas a partir da adequação do processo a esse princípio, é possível o alcance da justiça processual, com regramentos proporcionais e acesso à justiça igualitária a todos.

Assim sendo, destaca-se a obrigação, em especial, do Poder Legislativo e Judiciário, de observância do direito à isonomia. Em consequência, o sujeito processual pode gozar do devido processo legal, uma vez que, com o tratamento previsto constitucionalmente, o acusado possui condições de ser tratado com paridade processual. Em vista disso, a isonomia é indispensável no Processo Penal, conforme aduz Costa:

A igualdade jurídica, para o processo penal, é direito fundamental de não ser discriminado pelo legislador na formulação do Direito Processual Penal, na medida em que todos têm mesmo direitos individuais e igual acesso às garantias que os protegem (2001, p. 65)

Logo, é imprescindível que o legislador observe a igualdade jurídica para formulação de qualquer legislação, inclusive do Código de Penal e de Processo Penal. No mesmo sentido,

(...) da consagração do princípio da igualdade na Constituição Federal decorre a regra de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale e não a que discrimine. Daí por que é vedado estabelecer privilégios ou discriminações na lei, que deve sempre conferir tratamento equitativo a todos os membros da comunidade, ainda que no plano real essa pareça ser uma missão impossível. (FREIRE JUNIOR; MIRANDA, 2009, p. 281)

Diante do exposto, é fundamental que as relações processuais sejam regidas pelo princípio da isonomia, tendo em vista que, por se tratarem de processos em face de indivíduos, é imprescindível que o acesso aos direitos fundamentais seja garantido para todos os inseridos no procedimento. Isto, porém, não pode ser visto de maneira literal, mas a partir de uma análise completa da Constituição Federal de 1988 e de seus objetivos.

Como já dito, a Constituição Federal surgiu em 1988, com uma preocupação antes inexistente: a do tratamento igualitário não só formal, mas também material. A igualdade no processo penal, portanto, deve ser analisada de maneira sistemática e a partir da análise mais aprofundada dos casos concretos.

Dessa forma, não é correta a afirmação de que todos sempre devem ter tratamentos idênticos, sem qualquer distinção. A interpretação ideal da isonomia é, em primeiro lugar, a verificação da existência de algum elemento discriminador e, a partir disso, a definição de tratamento. Segundo Costa, “O tratamento igual de pessoas pode acarretar desigualdades: a igualdade, quando busca justiça, pode significar desigualdade, alterando-se a relação de equivalência para ser priorizado o equilíbrio” (2001, p. 24).

Assim como em qualquer relação de igualdade, o aplicador do Direito Processual Penal deve agir em conformidade com a busca de igualdade material, prevista na Carta Magna, de modo que é aceitável - e, inclusive, exigível - que haja tratamento diferenciado para determinados indivíduos.

Para que o processo penal ocorra em conformidade com os princípios constitucionais e, em especial, com a isonomia, não basta que o acusado tenha tratamento idêntico formalmente em relação aos outros acusados. Por outro lado, também não há constitucionalidade no tratamento desigual, sem que haja, para isso, um fundamento lógico. Consequentemente, extrai-se que o comportamento exigível ao Estado deve ser analisado a partir do caso concreto.

No primeiro momento, deve ser identificado o caráter discriminador e uma possível necessidade de tratamento distinto, a fim de garantir, ao final, que os indivíduos alcancem a paridade processual. Isto é, ao identificar a desigualdade material, deve se identificar, da mesma forma, qual tratamento deve ser dado para situação em concreto, com o objetivo de promover a igualdade fática. Para Costa, “A igualdade constitucional visa, até mesmo, a produzir desigualdade. Para se alcançar igualdade é preciso, muitas vezes, tratar desigualmente. Caso contrário, não se alcançará dignidade, justiça ou solidariedade” (2001, p. 24).

Constata-se que, assim como o princípio da isonomia funciona para a Constituição Federal - na busca da igualdade material e formal -, faz-se necessária a mesma análise no Processo Penal. Dessa forma, para que uma norma seja considerada constitucional à luz do princípio da igualdade, o igual deve ser tratado de maneira igual ao mesmo tempo em que o desigual deve ser tratado de maneira desigual, a fim de garantir a justiça processual.

Portanto, não há qualquer irregularidade em tratar de maneira distinta determinados indivíduos, desde que este tratamento seja justificável a partir do elemento discriminatório adotado. Dessa maneira, esta situação só é possível quando comprovada a necessidade da discriminação para garantia da justiça material.

## **2. DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram, além do princípio da isonomia, diversos outros, entre eles, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1998).

É indiscutível que o Estado tem o dever de punir aqueles que não agem em conformidade com a lei, tanto para assegurar a segurança pública quanto para evitar a impunidade. No entanto, esse interesse estatal não pode ultrapassar a liberdade individual, senão dentro dos parâmetros legais.

Nesse sentido, para que a persecução penal esteja de acordo com o direito fundamental de presunção de inocência, o indivíduo só pode ser considerado culpado após o esgotamento de todos os recursos, isto é, a diminuição, ao máximo, de qualquer possibilidade de erro em condenar um inocente. Acerca do princípio da não culpabilidade, leciona Lopes Junior,

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de

algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. (2018, p. 587)

Sob essa ótica, o objetivo de punir um culpado não pode exceder o dever de não culpar um inocente, de modo que, para evitar erros, torna-se necessária a análise mais completa possível. Destarte, a partir da premissa de que o acusado só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado, as consequências fáticas estão na impossibilidade do seu cárcere prematuro.

De outro ponto de vista, há a possibilidade de prender o acusado em apenas duas situações: quando se identifica a necessidade da providência para garantia do sucesso na apuração do suposto crime e quando o acusado demonstra alta periculosidade. Nesse contexto, surgem as medidas cautelares, que têm como finalidade assegurar a eficácia de um futuro processo jurisdicional, isto é, possuem função instrumental em relação ao processo principal, além de objetivar proteger a sociedade de um suposto risco. Sobre o tema, aborda Badaró:

Muitas vezes no curso do processo o fator tempo - ou melhor, a demora para que se obtenha o provimento final, faz com que seja necessária alguma medida para assegurar a utilidade e eficácia desse futuro provimento, quando vier a ser proferido. Assim, as medidas cautelares surgem como um instrumento que assegura o provimento final. (2017, p. 1002)

Nesse sentido, a fim de uma melhor compreensão acerca da existência dessas medidas, é preciso olhar para realidade jurisdicional: há uma demora - muitas vezes necessária - da prestação jurisdicional, capaz de causar perecimento do direito, além do risco para o processo na liberdade do réu durante a persecução. Dessa forma, para evitar que o sistema seja falho, surgem as medidas cautelares, responsáveis por ações mais rápidas dos sujeitos do Direito, o que possibilita um resultado satisfatório ao final do processo principal.

No Código de Processo Penal, as tutelas provisórias estão previstas no Título IX e dividem-se em patrimoniais, probatórias e pessoais. Primeiramente, as medidas patrimoniais possuem o condão de restringir os patrimônios, se destinando a assegurar a reparação do dano causado devido à infração penal, evitando que o decorrer do tempo pereça o direito. Ainda em relação às medidas probatórias, estas

são identificadas pelo seu caráter instrumental, visto que existem para preservar as provas.

Por último, as medidas cautelares processuais pessoais relacionam-se a liberdade de locomoção e dividem-se em quatro espécies: prisão preventiva, prisão temporária, prisão em flagrante e medidas alternativas às prisões. No presente artigo, as medidas que importam são as medidas pessoais e, especificamente, as prisões, visto que o objeto de estudo é a prisão especial, somente possível nas três situações de prisão cautelar.

Importa salientar que as medidas cautelares pessoais não possuem caráter executório, isto é, a decretação das prisões provisórias não decorre da antecipação da pena. De forma diversa, estas existem apenas para garantir a efetividade do processo penal e para garantir a proteção da sociedade frente a um indivíduo supostamente perigoso, não adentrando o mérito.

No entanto, esta ferramenta só pode ser utilizada se a urgência restar-se devidamente demonstrada, a fim de evitar a sua utilização desnecessária. Em vista disso, a Constituição Federal de 1988 exige, claramente, que a prisão cautelar deverá ser fundamentada. Vejamos:

Art. 5º. LXI - ninguém será preso **senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1998, grifo nosso)

No mesmo sentido, aduz o Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso **senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, **no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva**. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Desse modo, para que configure fundamentação devida, o magistrado deve expor na sua decisão o preenchimento de requisitos, quais sejam, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Logo, as prisões cautelares só podem ser decretadas a partir da demonstração destes dois elementos.

O *fumus commissi delicti* se caracteriza pela probabilidade da existência do delito, isto é, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Todavia, este elemento, individualmente, não é suficiente. Portanto, além disto, é necessária a demonstração do *periculum libertatis*, isto é, o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. Acerca deste elemento, aduz Lopes Junior:

Aqui, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). (2018, p. 590)

Portanto, as medidas cautelares pessoais preocupam-se, diferentemente das patrimoniais, em manter o acusado afastado da persecução, de modo que este não interfira e atrapalhe o resultado final. A tutela provisória mostra-se imprescindível, em situações em que existam os dois elementos supracitados, para o sucesso da apuração e o objetivo final do Estado de punir os culpados.

## 2.1. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Primeiramente, é importante a explanação das características das medidas para que então, com o conhecimento prévio, sejam definidas as tutelas individualmente, de acordo com suas particularidades. No presente artigo, os aspectos serão definidos conforme o autor Gustavo Badaró, que separa as tutelas provisórias pessoais em cinco características: necessidade e adequação; proporcionalidade; excepcionalidade; contraditoriedade; e, por último, cumulatividade.

Em relação a necessidade e adequação, estas estão previstas expressamente no Código de Processo Penal e são condições fundamentais para legalidade das tutelas provisórias. Nesse sentido, dispõe o artigo 282 do CPP:

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

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (1941, grifo nosso)



Dessa maneira, conforme o disposto no artigo supracitado, para que seja imposta a medida cautelar, deve-se observar, em primeiro lugar, se há necessidade da aplicação da medida. Sob esta ótica, se a tutela não é comprovadamente necessária, não há razão para que haja intervenção provisória do Estado, de modo que, caso seja imposta, esta representará uma violação aos direitos fundamentais do acusado.

Posteriormente, caso seja identificada a imprescindibilidade de alguma tutela, esta deve ser, entre as medidas possíveis, a mais adequada, ou seja, a menos gravosa para os direitos fundamentais do acusado. Isto porque, a legislação possibilitou ao aplicador do direito diversas possibilidades de medidas cautelares, em vários níveis de restrição de direitos. Assim, caso seja necessária a aplicação da tutela, esta deve ser aplicada a partir da análise da gravidade do crime, das circunstâncias fato e das condições pessoais do indiciado, conforme artigo 282, II, do Código de Processo Penal.

Ainda, para Badaró, a proporcionalidade em sentido estrito, apesar de não estar expressa no Código de Processo Penal, é indispensável para o bom funcionamento do instrumento cautelar. Desse modo, além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, para que seja aplicada a prisão preventiva o magistrado também deve ponderar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade.

Nessa lógica, para que a tutela provisória seja justa, é necessário que seja proporcional à pena que, possivelmente, será executada após a sentença condenatória. Logo, um dos critérios para que seja possível a imposição da medida cautelar é a proporcionalidade entre a pena provisória e pena definitiva.

Em sua obra, Badaró aborda essa característica a partir, principalmente, da prisão preventiva, visto que a identificação da desproporcionalidade fica mais clara: É incabível a imposição de prisão preventiva se não há possibilidade do fato atípico em questão ser punível por pena privativa de liberdade. Apesar do destaque dessa modalidade, o autor também esclarece ser indispensável para qualquer outra medida provisória:

Embora a necessidade de observância da proporcionalidade em sentido estrito seja mais evidente em relação à prisão preventiva em ponderação

com a pena projetada, sua aplicação se impõe como um princípio geral das medidas cautelares (...) (2017, p. 1023)

Dito isto, importa salientar que qualquer medida cautelar só poderá ser imposta a partir de uma análise sobre a pena possivelmente imposta ao final do processo. Isto porque, não seria adequada a aplicação de medida cautelar mais gravosa do que a pena executada após o trânsito em julgado, por haver uma clara violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No mesmo sentido, se a tutela provisória for insignificante em relação a possível pena definitiva, não há eficácia em sua aplicação. Por esta razão, entende-se que a proporcionalidade em sentido estrito está diretamente ligada à eficácia das tutelas provisórias no processo penal.

Entrelaçado com a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, está a excepcionalidade da prisão preventiva, outra característica introduzida na legislação processual penal a partir da Lei nº 12.403/2011. A mudança legislativa trouxe, de maneira explícita, a prisão preventiva como último instrumento de medida cautelar. Segundo o artigo. 202, §6º, do Código de Processo Penal: “Art. 282. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)” (BRASIL, 1941).

Isto uma vez que, a medida cautelar, conforme o princípio da adequação, deve sempre ser decretada sob a ótica do menos gravoso. Desse modo, para que seja escolhida qual medida é a mais eficaz, deve-se analisar sob o ponto de vista da medida que seja eficaz e, ao mesmo tempo, menos gravosa ao acusado. Em conformidade com Oliveira:

(...) a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). (2018, p. 504)

Portanto, inquestionável a imposição da legislação de que a prisão cautelar ocorra apenas em situações em que as medidas alternativas não sejam suficientes para assegurar a persecução penal de forma plena.

Além das características supracitadas, a Lei 12.403/2011 incluiu no Código de Processo Penal de 1941 outro princípio na decretação de medida cautelar, qual seja, o princípio do contraditório. Em seu artigo 282, §3º, a legislação processual penal prevê que:

Art. 282. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL, 1941)

Nesta perspectiva, a Lei dispõe que, antes da decretação da medida cautelar, seja ela prisão ou demais medidas cautelares, é assegurado ao acusado o direito ao contraditório prévio. Na prática, no entanto, o contraditório existe muito mais para as medidas alternativas à prisão do que para as prisões cautelares.

Ocorre que, comumente, na decretação de prisão cautelar, o contraditório das partes traz risco à eficiência da medida, situação prevista na lei como exceção ao direito em questão. É importante destacar que, além do contraditório ser exigido na decretação, ele deve existir também para revogação, substituição, reforço ou atenuação de qualquer medida cautelar pessoal, com a mesma exceção citada anteriormente.

Por último, o artigo 282 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo primeiro traz a possibilidade das medidas cautelares serem aplicadas cumulativamente. Tal possibilidade, contudo, apenas existe para medidas alternativas à prisão, não se enquadrando, portanto, nos moldes do presente trabalho, ou seja, nas prisões cautelares. Isto porque o cárcere é o grau máximo de restrição previsto na legislação processual, razão pela qual não há justificativa para cumulatividade com qualquer outra tutela.

Desse modo, abordadas as características das tutelas provisórias pessoais, passo a expor acerca das espécies de prisão cautelar.

## 2.2. PRISÃO EM FLAGRANTE

Inicialmente, antes de adentrar a questão da prisão em flagrante, importa ressaltar que há divergência na doutrina brasileira quanto ao seu caráter cautelar. Isto já que, anteriormente, entendia-se que a prisão em flagrante, por si só, era suficiente para que o acusado continuasse preso até o fim da persecução penal e, portanto, era modalidade autônoma de medida cautelar.

Ocorre que, com a promulgação da Lei 12.403/2011, o artigo 310 do Código de Processo Penal sofreu uma modificação e passou a prever que o mero flagrante não é cabal para prisão do acusado até o fim do processo. Expõe o dispositivo:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:  
I - relaxar a prisão ilegal; ou  
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou  
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941)

Nesse sentido, o procedimento da prisão em flagrante é breve, uma vez que ocorre apenas quando o auto de prisão em flagrante é feito até a confirmação do juiz da legalidade da prisão e a conversão em prisão preventiva ou a concessão de liberdade provisória. Depois da fundamentação do juiz, conforme dispõe o artigo, a prisão, caso permaneça, passa a receber outra nomenclatura.

Devido ao curto período de incidência, muitos doutrinadores entendem que prisão em flagrante trata-se apenas de uma medida pré cautelar, pois possui o condão de permitir ao juiz que adote ou não uma - verdadeira - medida cautelar. Leciona Lopes Junior:

(...) o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.  
Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. Como explica BANACLOCHE PALAO, o flagrante - ou la detención imputativa - não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. (2018, p. 607)

Em contrapartida, alguns doutrinadores entendem que, ainda que breve, a prisão em flagrante não perdeu o seu caráter cautelar, tendo em vista que a situação possui os pressupostos exigidos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Nesse sentido, alude Marcão:

Embora sedutores os argumentos, se nos afigura fora de dúvida que a prisão em flagrante tem como um de seus principais objetivos a colheita da prova ardente e, com isso, contribuir de maneira positiva com a melhor apuração dos fatos. Ademais, não se desenha razoável a privação da liberdade de quem quer que seja - ainda que por 24 horas ou pouco mais - apenas para que depois o juiz possa verificar a necessidade e adequação de outras providências cautelares, cuja aplicação sabidamente prescinde de tal privação precedente. Dito isto, insistimos: a nosso ver, não se trata de prisão pré-cautelar, mas de típica prisão cautelar, marcada pela necessária brevidade que seus objetivos estão a recomendar. (2016, p. 646)

Dessa forma, resta demonstrado que a natureza jurídica da prisão em flagrante não é pacífica entre os autores, visto que, enquanto alguns consideram a flagrância como medida meramente precauteladora, ou seja, administrativa, outros veem como medida cautelar.

Superada tal questão, iniciaremos a abordagem acerca da prisão em flagrante. Esta espécie de medida cautelar - ou precauteladora - está prevista nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal e ocorre, segundo o artigo 302, quando o sujeito está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la ou é perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser autor da infração, bem como quando é encontrado, logo após, com objetos que façam presumir a autoria da infração. De acordo com Marcão, “a situação em flagrante reclama, em regra, atualidade e visibilidade” (2016, p. 645).

Vale destacar que a prisão em flagrante é a única modalidade de prisão que pode ter como sujeito ativo, isto é, quem realiza a prisão, qualquer indivíduo, inclusive a vítima, integrante ou não da atividade policial. Nessa perspectiva, existem dois tipos de flagrante: o facultativo, que diz respeito a qualquer um do povo, e o coercitivo, em que o sujeito ativo é alguma autoridade policial ou agente que possui dever legal de efetuar a prisão.

Por fim, em relação ao sujeito passivo, qualquer pessoa que esteja em situação de flagrância e tenha mais de dezoito anos pode ser presa, desde que não possua

imunidade prisional, em razão do cargo ou da função exercida. No que tange às imunidades, a legislação brasileira abrange diversas classes com tal privilégio, como o Presidente da República e os diplomatas, que não podem ser presos provisoriamente em nenhuma situação e os membros do Congresso Nacional, magistrados e membros do Ministério Público, que não podem ser presos em flagrante, a menos que seja crime inafiançável.

Portanto, conclui-se que a prisão em flagrante ocorre em um curto lapso temporal e objetiva, em primeiro lugar, a proteção do ofendido e a garantia da qualidade probatória na apuração do crime. Sob esta ótica, trata-se, previamente, de um ato administrativo da polícia que, quando chega ao magistrado, com a sua decisão fundamentada, torna-se judicial, podendo ser relaxada, em caso de ilegalidade, confirmada e convertida em prisão preventiva ou confirmada e concedida a liberdade provisória.

### 2.3. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva encontra previsão nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e, conforme artigo 311, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Dessa forma, é a única prisão cautelar com vida durante todo o processo.

Conforme já exposto, a medida cautelar existe para garantir o processo principal e, portanto, funciona como instrumento processual. Nesta perspectiva, a prisão preventiva existe com o mesmo objetivo, de modo que deve ser decretada pelo juiz sempre que forem identificados os pressupostos de aplicação de medida cautelar, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como a ineficácia de qualquer outra medida diversa da prisão. Sob esta ótica, o magistrado deve fundamentar sua decisão a partir dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

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

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

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

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

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941)

Nesta toada, o artigo 312, do Código de Processo Penal, aborda duas questões primordiais para a aplicação da prisão cautelar: a necessidade da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, que caracteriza o *fumus comissi delicti*, e as hipóteses que evidenciam o risco que a sociedade ou o processo corre em manter o acusado livre durante a instrução criminal, isto é, o *periculum libertatis*.

Assim, são previstas quatro hipóteses taxativas para a caracterização deste perigo. O primeiro motivo para decretação da prisão preventiva é quando a liberdade do acusado traz perigo para “ordem pública”. Segundo Rangel,

Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais. (2018, p. 830)

Nesse sentido, apesar das críticas de alguns doutrinadores acerca da vagueza da expressão “ordem pública”, Rangel entende que a imprecisão encontra-se, na realidade, na fundamentação da decisão do magistrado, que não fundamenta, de forma clara, onde a ordem pública estaria ameaçada pela liberdade do indiciado ou acusado.

Por sua vez, como segunda causa, a legislação traz a garantia da ordem econômica. Trata-se de um conceito relaciona aos crimes de colarinho branco, em que envolvam golpes no mercado financeiro. Ainda, o terceiro motivo diz respeito à conveniência da instrução criminal, de modo que a prisão deve ser decretada para garantir o bom funcionamento da persecução penal. Esta situação ocorre em casos em que resta comprovado com elementos concretos que o acusado está, de alguma forma, atrapalhando o andamento processual.

Por fim, a última razão pela qual é permitida a prisão preventiva é para assegurar a aplicação da lei penal, isto é, quando há risco de fuga do acusado, pelo temor da condenação. Para que seja caracterizada tal circunstância, o magistrado precisa ter provas seguras de que o acusado está planejando uma fuga, seja com o desfazimento de bens ou com a localização em local certo e não sabido.

Contudo, a previsão do artigo 312, do Código de Processo Penal, não deve ser vista de forma individual, na medida que a aplicação da prisão preventiva depende de uma análise sistemática entre este e o artigo 313, da mesma legislação, que trará as hipóteses de cabimento desta medida cautelar.

Destarte, o magistrado somente poderá decretar a prisão preventiva quando a situação fática se enquadrar na previsão dos dois artigos supracitados, desde que não exista nenhuma outra tutela provisória eficaz no caso concreto.

## 2.4. PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária surgiu no ordenamento jurídico com o advento da Lei 7.960/1989, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como uma das espécies das medidas cautelares pessoais. Esta, pode ser definida, conforme Mirabete, como uma “medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial” (2003, p. 392).



Nesse sentido, ao contrário da prisão preventiva, essa modalidade só pode ser decretada na fase pré processual, possuindo como principal objetivo evitar que o investigado possa dificultar a coleta de provas de autoria e materialidade delitiva durante a investigação policial. Ademais, sua aplicação tem prazo máximo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias, conforme artigo 2º da Lei 7.960/89. Após o prazo, a menos que seja convertida em prisão preventiva, o ora preso deve ser solto.

A prisão temporária segue o mesmo princípio das medidas cautelares pessoais abordadas no presente artigo e, por esta razão, para que sua aplicação seja legal, faz-se necessária a observação quanto ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis*. Nessa perspectiva, o artigo 1º da Lei de Prisão Temporária traz, em seu inciso I e II o risco que a liberdade do indiciado evidencia, só sendo possível a decretação da prisão em situações em que reste comprovada a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial ou quando o suposto infrator penal não tiver residência fixa ou não fornecer elementos que indiquem, de forma precisa, sua identidade.

Já o *fumus comissi delicti* está previsto no inciso III, do mesmo artigo, que traz, além da necessidade de indícios de autoria e prova da existência do crime para que haja a prisão temporária, um rol taxativo de crimes que a admitem. Importa salientar que, para que esta modalidade de medida cautelar seja decretada, é preciso que o inciso III esteja conjugado com o inciso I ou II no caso concreto, visto que a incidência de apenas um deles não é suficiente para caracterização dos pressupostos da prisão.

Ainda, vale ressaltar que, apesar da existência desta Lei específica, a Lei de Crimes Hediondos prevê outros crimes em que é possível a prisão temporária. Outrossim, os crimes hediondos que permitem a prisão temporária possuem prazo maior, qual seja, de 30 dias, prorrogáveis por 30 dias, conforme previsão do art. 2º, §3º, da Lei 8.072. Da mesma forma que os crimes previstos na Lei 7.960/89, findo o prazo, o indiciado deve ser solto, a menos que a prisão seja convertida em preventiva.

Abordadas as três espécies de prisão cautelar previstas na legislação brasileira, o presente trabalho passará a dispor acerca do seu objeto central, qual seja, o instituto da prisão especial. Esta, por sua vez, não diz respeito a uma nova modalidade de

medida cautelar, mas a uma forma de cumprimento de prisão cautelar especial, como será exposto posteriormente.

### **3. DO INSTITUTO DA PRISÃO ESPECIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS**

Desde que começou a vigorar, o Código de Processo Penal de 1941 dispõe acerca do instituto da prisão especial, no artigo 295, que prevê um benefício a determinados indivíduos no momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, o instituto está previsto para o momento anterior à sentença condenatória, isto é, apenas os presos provisórios estão sujeitos ao benefício.

Primeiramente, importa ressaltar que os indivíduos que estão em situação de prisão cautelar, mesmo os não amparados no rol de presos especiais, devem ficar alojados em locais separados dos condenados definitivos, conforme artigo 300 do Código de Processo Penal. Nesta perspectiva, é inegável a distinção de qualquer preso provisório em relação aos que já estão em fase de execução da pena.

De forma mais minuciosa, a legislação processual penal promulgada em 1941 trouxe uma distinção ainda maior para alguns presos provisórios. Deste modo, a prisão especial diz respeito ao direito de determinados presos provisórios serem alojados em locais separados do preso provisório comum, além do direito de não serem transportados juntamente com outros presos, benefícios previstos nos §§1º e 4º do artigo 295, do Código de Processo Penal, respectivamente. Isto é, para além da diferenciação entre o cárcere cautelar e definitivo, o Código trouxe hipóteses de segregação entre os próprios detidos provisoriamente.

Diante deste cenário, determinados grupos possuem o direito à prisão especial devido às funções públicas que exercem, à formação escolar por eles alcançada ou ao exercício de atividade religiosa, conforme a lista de amparados, presente nos incisos do próprio artigo:

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

I - os ministros de Estado;

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

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

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

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

VI - os magistrados;

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

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

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

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (BRASIL, 1941)

No entanto, tendo em vista que o rol do artigo não é taxativo, existem outros indivíduos que gozam deste benefício, apesar de não estarem contemplados neste rol, mas em leis especiais, como por exemplo os pilotos de aeronaves mercantes nacionais, professores de 1º e 2º graus, conselheiros tutelares, entre outros. Nesta ótica, percebe-se que o instituto da prisão especial abarca diversos grupos de indivíduos, sem, no entanto, uma justificativa plausível para tal distinção.

Conforme já explanado, a separação de celas para esses indivíduos em relação aos outros, em regra, só será possível antes do trânsito em julgado da condenação. Dessa forma, entende-se que este instituto, por apenas ter incidência durante as prisões cautelares, terá as características gerais das medidas cautelares pessoais. No entanto, importa ressaltar que, em relação à provisoriedade, o artigo 84 da Lei de Execuções Penais prevê uma única situação em que a prisão especial será estendida mesmo após a condenação definitiva:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. [...] §2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada. (BRASIL, 1984)

Nesta perspectiva, verifica-se que a extensão da separação de alojamento em relação aos outros presos somente será possível se o preso, na época do fato, tiver sido funcionário da Justiça Criminal.

Por fim, em relação à segregação entre presos provisórios especiais e presos provisórios comuns, há muita discussão na doutrina acerca de sua constitucionalidade - ou não -, uma vez que trata-se de tratamento diferenciado para determinados grupos. Como já visto, tal diferenciação só pode ser feita em situações em que exista justificativa lógica e, portanto, este é o ponto de divergência entre doutrinadores, como será exposto posteriormente.

#### **4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Enquadrando os temas abordados nos moldes do cerne deste trabalho, tem-se que o princípio da igualdade é, diversas vezes, violado quando aplica-se o instituto da prisão especial, em que o preso considerado especial recebe tratamento discriminatório em relação aos presos comuns. Isto porque, ao segregá-los, colocando-os em um grupo privilegiado, o Estado não tem a justificativa racional exigida para que ocorra o tratamento diferenciado. Dessa forma, a aplicação da prisão especial mostra-se em confronto direto com o princípio constitucional da isonomia.

A prisão especial, conforme exposto anteriormente, é uma garantia dos amparados pelos incisos do artigo 295 do Código de Processo Penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória e refere-se ao direito do preso especial ficar em local de recolhimento distinto e, inclusive, ao direito de não ser transportado juntamente com os presos comuns.

Como já exposto, o rol do artigo supracitado não é taxativo, tendo em vista que existem leis especiais que abrangem outros cidadãos favorecidos por esse instituto em razão de suas funções, cargo ou relevância para sociedade. Nesse sentido, a prisão especial ofende o princípio da igualdade sempre que aplicada para cidadãos que não possuem qualquer ligação com a Justiça Criminal, visto que não há ameaça à integridade física em situações diversas a esta.

Dessa forma, a prisão especial se justifica apenas quando o preso provisório possui ligação direta com a Justiça Criminal, considerando que esta é a única situação em que se justifica uma segregação deste em relação aos outros presos. Sobre a temática, lecionam Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer:

Há apenas uma razão a justificar um tratamento minimamente diferenciado: a de evitar que determinadas pessoas sejam punidas ou discriminadas nos estabelecimentos prisionais provisórios em razão de específicas funções por elas exercidas, associadas exatamente ao aprisionamento dos demais presos (...) Mas, nessas hipóteses, o risco à integridade física das citadas pessoas é que justificaria a segregação em separado. Apenas isso. (p. 564-565, 2014)

Por esta razão, considerando a justificativa para o tratamento desigual em relação aos funcionários da Justiça Criminal, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 84 da Lei de Execução Penal, que, como já exposto no presente artigo, prevê a extensão da prisão especial mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, o artigo, quando prevê a garantia para outros cidadãos não ligados ao sistema criminal, não possui nenhuma justificativa racional. Pelo contrário, existe para privilegiar determinados grupos em razão de relevância de cargo ou função, eventuais méritos conquistados ao longo da vida do preso, título de bacharel ou outras situações que o Estado considere honrosas.

Dessa maneira, é inegável o caráter discriminatório adotado para aplicação do instituto, que padece de qualquer fundamento, senão a de preferência estatal por determinados grupos em detrimento de outros. Segundo Oliveira, “Em um país que não faz questão nenhuma de esconder suas preferências sociais e o gosto imoderado pelo uso de meios discriminatórios não há de causar qualquer surpresa a previsão de prisão especial para determinados privilegiados” (p. 564, 2014).

Sob esta ótica, a prisão especial é mais uma situação em que o Estado se vale de uma medida segregadora e discriminatória sem pertinência lógica, cuja única intenção seria a de privilegiar as classes dominantes. É, dessa maneira, uma forma escancarada de ofensa ao princípio da isonomia. A fim de entender as razões -

ocultas - para que a prisão especial exista, é necessária uma análise acerca da realidade social brasileira.

A população brasileira vivencia diariamente situações de segregação, visto que vivem em um país marcado por profunda desigualdade social. Por sua vez, o Estado, que deveria criar medidas para impedir tal situação, muitas vezes exerce papel separatista. Isto ocorre, por exemplo, a partir da seletividade do sistema penal, que possui como foco principal as camadas já socialmente excluídas.

Esta seletividade resta demonstrada pela concentração de punição nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Isto porque, as instituições estatais, influenciadas pela visão de que as classes menos favorecidas economicamente cometem mais crimes, dão maior atenção a estes indivíduos. Nesse sentido,

O contexto traçado demonstra a existência de uma simbiose entre a marginalidade econômica e a marginalidade social que tem forçado o Estado a concentrar seus esforços na preservação da segurança e da ordem, em detrimento da implementação de políticas sociais voltadas para os segmentos vulneráveis. Com isso, esses grupos deixam de possuir as condições materiais para o exercício de seus direitos humanos fundamentais, mantendo-se vinculados apenas a seus deveres que, uma vez descumpridos, impõem a aplicação de sanções, quase sempre, de natureza penal. (BOLDT; KROHLING, 2011, p. 40)

Extraí-se, portanto, que os indivíduos marginalizados socialmente estão sempre na “mira” estatal, de modo que, apesar da falta do Estado no contexto de garantias fundamentais, este surge prontamente com uma sanção penal quando são descumpridos deveres. Dessa forma, o Estado apenas existe para estas pessoas para punir, estando ausente quando é necessário garantir os direitos humanos. Isto não ocorre com as classes dominantes economicamente. Na realidade, o tratamento é diferenciado em diversas situações, injustificavelmente, e pode ser identificado a partir de dois pontos de vistas: a criminalização primária e secundária.

A primeira diz respeito às tipificações e penas. Enquanto a punição é maior em crimes praticados geralmente pelos marginalizados, como crimes contra a propriedade, os crimes de colarinho branco, que possuem como sujeitos ativos indivíduos ricos, possuem penas mais brandas. Além disso, pode-se observar a diferenciação também sob a ótica secundária, isto é, no processo penal, com a aplicação das normas.

Segundo Boldt e Krohling:

Enquanto no âmbito da criminalização primária notamos a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes dominantes, pré-selecionando os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, a criminalização secundária concretiza a seletividade na prática, alimentando-se do estereótipo do delinquente, sempre presente no imaginário coletivo, graças, principalmente, à ação de meios de comunicação de massa. (...) Ao operar como um filtro, selecionando as pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo, o sistema penal reproduz a desigualdade nas sociedades contemporâneas e contraria alguns de seus objetivos declarados e legitimados pelo discurso jurídico de igualdade, liberdade, bem-comum, etc. (2010, p. 222)

Extrai-se, portanto, que o Direito Penal e Processo Penal possuem uma seletividade velada, o que pode ser observada, inclusive, pelo instituto de prisão especial. Esta, por sua vez, está inserida na criminalização secundária, uma vez que se trata de um instituto criado pelo legislador para beneficiar injustificavelmente a classe dominante em relação aos marginalizados. Em contrapartida, alguns doutrinadores alegam que a distinção encontra justificativa devido à importância do cargo ou da função exercidos pelo preso provisório especial.

No entanto, tal posicionamento não se sustenta, visto que não é plausível levar em consideração o exercício do indivíduo se a prisão existe para punição do fato criminoso. Isto é, ao punir o cidadão o Estado não deve se condicionar à função exercida anteriormente pelo cidadão, mas ao crime em si - com exceção às situações justificadas pela proteção do Estado à integridade física do preso. Nesse sentido, Nucci aduz:

Quem vai preso é o indivíduo e não seu cargo ou sua função. Quem sofre os males do cárcere antecipado e cautelar é o ser humano e não o seu título. Em matéria de liberdade individual, devemos voltar os olhos à pessoa e não aos seus padrões sociais ou econômicos, que a transformem em alguém diferenciado. (2012, p. 623)

Inclusive, o fundamento no cargo ou função exercidos apenas confirma o que já foi exposto no presente artigo: a prisão especial surge no ordenamento jurídico como uma ferramenta de seletividade penal, posto que tem como amparados indivíduos que, claramente, possuem melhores condições econômicas e sociais.

Ainda, existem autores que não consideram que a prisão especial esteja em confronto com o princípio da isonomia, com a justificativa de que as posições privilegiadas pelo

artigo estão ao alcance de qualquer indivíduo. Segundo Arthur Cogan, “a todos os cidadãos estão abertos os caminhos que conduzem à conquista das posições que dão aos seus integrantes a regalia de um tratamento sem o rigor carcerário” (1996, p. 1).

Ao apresentar tal pensamento, o autor ignora a realidade brasileira de desigualdades sociais, em que muitos cidadãos não possuem, na prática, oportunidades de ascensão pessoal, profissional e social. Assim, se transformam em vítimas da ineficiência do Estado em assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Dessa forma, ao analisar a verdadeira situação do país, a falta de oportunidade de crescimento de determinados indivíduos reforça ainda mais o caráter discriminatório das prisões especiais.

Portanto, percebe-se que a aplicação do instituto da prisão especial, ressalvadas as hipóteses mencionadas anteriormente, violam de forma frontal o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal. Dessa forma, a discussão acerca do artigo 295 do Código de Processo Penal demonstra que existe um confronto entre esta previsão e a Constituição Federal de 1988, que traz, dentre seus princípios fundamentais, a isonomia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em um país marcado pela desigualdade social e econômica, a Constituição Federal de 1988, em seu texto, prevê como um dos objetivos fundamentais da República o tratamento igual a todos, sem distinção de cor, sexo, idade, origem ou qualquer outra forma de discriminação. No entanto, o ordenamento jurídico, que deveria ser instrumento para garantir a promoção deste objetivo, possui diversos dispositivos que o contrariam diretamente, dentre eles, dispositivos previstos na legislação penal e processual penal.

A presente monografia foi concebida com o propósito de promover uma análise crítica sobre a prisão especial, instrumento disposto no Código de Processo Penal de 1941,



frente ao princípio constitucional da igualdade. De todo o exposto, não há como ignorar a sua inconstitucionalidade, visto que se trata de uma ferramenta que reforça a desigualdade social e econômica, de modo que apenas indivíduos mais favorecidos economicamente são privilegiados por este instituto.

Trata-se, portanto, de um dispositivo que beneficia indivíduos em razão das funções que exercem, da formação escolar alcançada ou, ainda, do exercício de atividade religiosa. Dessa forma, não há justificativa para tal diferenciação, a não ser oferecer mais um privilégio para classes favorecidas e, por consequência, excluir e marginalizar ainda mais as classes já marginalizadas socialmente.

No entanto, o tratamento desigual só pode ser considerado constitucional caso possua fundamento lógico, o que não ocorre com a aplicação da prisão especial, com exceção à separação de alojamento em casos de funcionários da administração da justiça criminal, visto que, nesta situação, busca-se proteger a segurança e integridade física do preso provisório. Conclui-se, portanto, que a prisão especial fere o princípio da igualdade e existe sem justificativa plausível, sendo, desta forma, um instituto inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: **fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Direitos humanos, tolerância zero: paradoxos da violência punitiva no estado democrático de direito. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 10, n. 1, 2011.

\_\_\_\_\_. Libertando-se da opressão punitiva: Contribuições da filosofia da libertação para a concretização de uma cultura dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro (1941)**. República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 24 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal - LEP**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em 15 out. 2019.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE OLIVEIRA, Heletícia Leão. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 15, n. 2, jul./dez. 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito Processual Penal**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.