



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC  
FACULDADE DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES  
MONOGRAFIA JURÍDICA

A ANÁLISE DA PRISÃO ESPECIAL EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA ISONOMIA

MANUEL CARLOS GOMES REINALDO 195801

0272057

343  
x Direito Penal  
x Prisão (Direito Penal)  
x Igualdade perante a lei.

Fortaleza  
Dezembro - 2009

IMPRESSO

Ac. 112030  
343  
R 364a  
R 14002869

MANUEL CARLOS GOMES REINALDO

A ANÁLISE DA PRISÃO ESPECIAL EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA ISONOMIA

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Daniel Maia

Fortaleza  
Dezembro - 2009

MANUEL CARLOS GOMES REINALDO

A ANÁLISE DA PRISÃO ESPECIAL EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA ISONOMIA

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Daniel Maia

Apresentada em 11 de dezembro de 2009

Banca examinadora

---

Prof Daniel Maia

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof Marcos de Holanda

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Profª . Wagneriana Lima Timóteo  
Universidade Federal do Ceará - UFC

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar prisão especial, instituto antigo no Direito Brasileiro, que divide opiniões e traz à tona problemas comuns do nosso sistema prisional e da Justiça pátria. Procura fazer um levantamento histórico do instituto no País, a fim de compreender a vontade do legislador, bem como, chegar aos critérios escolhidos pelo legislador para incluir a mais variadas categorias a fazerem jus a tal benefício. Inicialmente, faz uma descrição das diversas espécies de prisão existentes no nosso Direito, explicitando diferenças e semelhanças entre cada uma, para em seguida direcionar o foco na prisão especial. Por fim, será analisado o instituto da prisão especial em face do princípio da isonomia. Os que combatem duramente a prisão especial, pedindo seu fim, alicerçam na tese de que ela é dispensa tratamento discriminatório, em demonstração de forte desrespeito ao princípio da igualdade.

*Key words:* Criminal Law, Special Prison, Isonomia

**Palavras-chave:** Direito Penal; Prisão Especial; Isonomia

## ABSTRACT

This study aims to examine the special prison, ancient institute in Brazilian Law, which divides opinions and brings out the common problems of our prison system and the Brazilian Justice. It does a historical survey of the institute in the country in order to understand the will of the legislature, as well as to reach the criteria chosen by the legislature to include a wide variety of categories to have a right to such benefit. Initially, it describes the various types of prison in our existing law, highlighting differences and similarities between each one, then it focus on the special prison. Finally, it will consider the institution of the special prison relating it to the principle of equality. Those who disagree vehemently with the special prison, fighting for its abolition, base themselves on the thesis that it is discriminatory, demonstrating strong disrespect for the principle of equality.

Key words: Criminal Law, Special Prison; Isonomy;

## SUMENRE

Este estudio tiene como objetivo examinar la cárcel especial, antiguo instituto en la legislación brasileña, que divide las opiniones y pone de manifiesto los problemas comunes de nuestro sistema penitenciario y de la patria la justicia. Esforzamos para hacer un estudio histórico de la institución en el país con el fin de entender la voluntad del legislador, y llegar a los criterios elegidos por el legislador para incluir una amplia variedad de categorías para hacer justicia a tal beneficio. Inicialmente, se describen los distintos tipos de prisión en nuestra legislación vigente, poniendo de relieve las diferencias y similitudes entre cada uno, y luego de dirigir el foco en la prisión especial. Por último, se considerará la institución de la prisión especial en la cara del principio de igualdad. La lucha duro a la cárcel especial, preguntando por su orden, así como fundamentar la tesis de que la discriminación está exento en firme demostración de falta de respeto por el principio de igualdad.

Palabras claves: Derecho Penal, la Prisión Especial; Isonomía

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. Definição e espécies de prisão.....	2
1.1 Prisão em flagrante.....	3
1.2 Prisão preventiva.....	5
1.3 Prisão temporária.....	7
1.4 Prisão domiciliar.....	10
1.5 Prisão especial.....	12
2. Prisão Especial.....	15
2.1 Enquadro histórico.....	15
2.2 Sala de Estado Maior.....	16
2.3 Duração da prisão especial.....	17
3. Legislação extravagante sobre prisão especial.....	18
3.1 A prisão especial para jornalistas e escritores.....	18
3.2 A prisão especial para advogados.....	19
3.3 A prisão especial para Magistrados e Juizes de paz.....	20
3.4 A prisão especial para Membros do Ministério Público.....	21
3.5 A prisão especial para Dirigentes e empregados de Instituições.....	22
3.6 A prisão especial para Professores de Escolas.....	23
4. Mapa da Legislação da Prisão Especial.....	24
Considerações finais.....	25
Bibliografia.....	26

Bem-aventurado o homem que encontra  
sabedoria, e o homem que adquire  
conhecimento,

pois ela é mais proveitosa do que a prata,  
e dá mais lucro do que o ouro.

(Provérbios 3:13,14)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1. Definição e espécies de prisão</b> .....	11
1.1 Prisão em flagrante .....	12
1.2 Prisão preventiva .....	16
1.3 Prisão temporária .....	17
1.4 Prisão administrativa .....	19
1.5 Prisão simples .....	21
<b>2. Prisão especial</b> .....	23
2.1 Escorço histórico .....	26
2.2 Sala de Estado Maior .....	30
2.3 Duração da prisão especial .....	31
<b>3. Legislação extravagante sobre prisão especial no Brasil</b> .....	32
3.1 A prisão especial para Jornalistas profissionais ( <i>especialíssima</i> ) .....	32
3.2 A prisão especial para Advogados .....	36
3.3 A prisão especial para Magistrados e Juizes de paz .....	38
3.4 A prisão especial para Membros do Ministério Público .....	40
3.5 A prisão especial para Dirigentes e empregados, dos sindicatos.....	41
3.6 A prisão especial para Professores de 1º e 2º graus .....	42
<b>4. Prisão especial e o princípio da isonomia</b> .....	43
<b>Considerações finais</b> .....	48
<b>Bibliografia</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

O instituto da prisão especial reaparece na mídia nacional, dividindo opiniões, após a aprovação pelo Senado de um projeto de lei que põe fim, em parte, a sua existência. O instituto existe no Brasil desde 1941, com a promulgação do Código de Processo Penal, estabelecendo a chamada prisão especial em seu art. 295.

A prisão especial foi criada pelo Código de Processo Penal, em 1941. O seu artigo 295 estabelece que serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, quando sujeitos a prisão antes da condenação definitiva, os ministros de Estado, os governadores, os secretários estaduais, os chefes de polícia, os parlamentares federais e estaduais, os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros, os magistrados, os que possuem diploma de curso superior, os inscritos no "Livro do Mérito", os ministros de confissão religiosa, os ministros dos Tribunais de Contas, os ex-jurados, os delegados de polícia e os guardas-civis.

Existem outras cinco leis - 2860/56, 3313/57, 3998/61, 5350/67 e 7172/83 - que estendem o direito da prisão especial a outras categorias como dirigentes de entidades sindicais e servidores da Polícia Federal.

O artigo 33, inciso III da Lei Complementar 35/79, conhecida como Loman - Lei Orgânica da Magistratura assegura aos magistrados o direito de ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior.

A Lei 5256/67 diz que nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial, o juiz poderá autorizar a prisão domiciliar.

O decreto 38016/55, que agora estar revogado desde 1991, assegurava aos presos especiais, entre outras coisas, alojamento condigno, alimentação e recreio, uso de seu próprio vestuário, alimentação enviada pela família e transporte diferente do empregado para presos comuns.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que a sala destinada a prisão de advogado tem que ser aprovada pela entidade.

O descumprimento ao princípio constitucional da igualdade, por vezes se evidencia totalmente vetado na Lei 10.258/2001 - *que alterou o Código de Processo Penal, estabelecendo a atual composição do art. 295 do referido código* – ao estabelecer no parágrafo primeiro do art. 295 que a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. Percebe-se que o legislador, ao definir prisão especial, exclui qualquer tipo de privilégio quando diz que aquela consiste em local distinto, exclusivamente, da prisão comum. Não está aqui a dizer que a prisão especial é equipada com conforto e a prisão comum é insalubre e superlotada. Fica também evidente o cumprimento do preceito constitucional no parágrafo quinto do mesmo artigo, ao dizer que os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

O art. 300 do Código de Processo Penal estabelece um tratamento diferenciado, porém, isonômico, para presos provisórios e para presos condenados definitivamente, ao prevê, sempre que possível, prisões distintas para as duas categorias de presos.

A Lei de Execução Penal, 7.210 de 11 de julho de 1984, ao tratar dos estabelecimentos penais, órgãos da Execução Penal, é clara ao distinguir, nos termos formais, estabelecimentos penais e a que se destinam. Conforme o seu fim, o estabelecimento penal destina-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. A lei leva em conta a situação legal do preso, se condenado ou provisório; leva em conta o grau de sentença - de segurança máxima, média, ou prisão aberta - e se refere ainda à natureza jurídica da sanção, para cumprimento de pena e para cumprimento de medida de segurança. Determina que preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado( art. 84). Percebe-se aqui que o legislador não fez distinção de pessoas, mas da situação legal do condenado, não levando em conta a classe sócio-cultural e econômica do preso.

## 1. Definição e espécies de prisão

Prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, podendo ser definida como uma privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria, em função da denominada prisão-albergue. Dentro desse conceito, TOURINHO FILHO classifica duas espécies de prisão, a prisão como pena, ou *prisão-sanção*, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de *prisão sem pena*. A *prisão-pena* é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal, em retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.<sup>1</sup>

Na mesma toada, NUCCI conceitua prisão como a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distinguindo, nesse conceito, a *prisão provisória*, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, da prisão que resulta de cumprimento de pena. Segundo o referido processualista, enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>2</sup>

Na acepção jurídica, CARVALHO<sup>3</sup> define prisão como sendo a privação ao direito de ir, vir e ficar, em razão da prática de ilícito ou por ordem emanada da autoridade judiciária competente. A prisão pode ser ainda penal ou extrapenal. A prisão penal pode decorrer de uma sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, ou de uma decisão fundamentada da autoridade judiciária competente ou de uma situação de flagrante delito, denominadas também de prisões processuais. Já as prisões extrapenais são decretadas pelo juízo cível ou trabalhista, ou pela

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

autoridade militar. São elas: *prisão civil*, decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF); *prisão administrativa*, prevista no CPP (art. 319, I) e em leis especiais, só podendo ser decretada pelo juiz; prisão disciplinar, decretada em casos de transgressões militares e crimes propriamente militares (art. 5º, LXI, e art. 142, § 2º, da CF )<sup>3</sup>.

### 1.1 Prisão em flagrante

É mister, antes da definição de prisão em flagrante, conceituar flagrante delito. Não sendo objetivo precípua deste trabalho um maior aprofundamento sobre o instituto, prisão em flagrante, porém, algumas peculiaridades ínsitas são de especial importância para compreensão do trato diferenciado, quando trata-se de prisão em flagrante delito, não só no aspecto da formalização do auto de prisão, mas também quanto às pessoas que podem dar ordem de prisão em flagrante e, sobretudo, quanto às pessoas que, em determinadas situações previstas em lei, não estão sujeitas a esta modalidade de prisão.

Decorre do próprio art. 302 do nosso Código de Processo Penal a definição do que seja flagrante delito:

Art. 302. *Considera-se em flagrante delito quem:*

*I - está cometendo a infração penal;*

*II - acaba de cometê-la;*

*III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*

*IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Ressalta ainda o art. 303 do referido Código que nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

A exata definição do conceito de prisão em flagrante é indispensável para a compreensão da sua fundamentação e de suas peculiaridades na formalização do auto, o que a diferencia das demais.

A prisão em flagrante encontra guarida no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, ao passo que o referido dispositivo autoriza a sua execução sem mandado de ordem da autoridade judiciária competente. Ou seja, é uma modalidade excepcional, uma vez que ninguém será preso sem ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, sob pena de ser considerada ilegal, devendo ser imediatamente relaxada (art.5º, LXI, LXV, CF). Vale lembrar que essa excepcionalidade é estendida também nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Nesse sentido, pois, *prisão em flagrante* é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).<sup>4</sup>

Para NUCCI(2007)<sup>5</sup>, o fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, não sendo necessária, para sua finalidade cautelar e provisória, a análise antecedente de um juiz de direito. Por outro lado, lembrando, essa prisão realizada sem mandado está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5º, LXV, CF).

Ressaltando que, inicialmente, a prisão preventiva tem o caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, considerada legal.

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

Lembra ainda, que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal, exigindo-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude a culpabilidade, outros dois requisitos para configuração do crime. É a tipicidade o “*fumus boni júris*”. Quanto ao “*periculum in mora*”, típico das medida cautelares, é ele presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois lesadas estão sendo a ordem pública e as leis. Cabendo ao juiz, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum in mora* existe, permitindo ou não, que o indiciado fique em liberdade.

O art. 301, do CPP, conferiu a possibilidade de, além da autoridade policial, qualquer pessoa do povo, até mesmo o ofendido, poder dar voz de prisão em flagrante delito, ou seja, prender aquele que for encontrado em flagrante delito, num autêntico exercício de cidadania, em nome do cumprimento das leis do país. Daí não ser necessária a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária.

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

Do art. 302 do CPP e seus incisos, extraem-se diversas modalidades de flagrantes delitos, não sendo objetivo desse trabalho maior aprofundamento. Os incisos I e II, do referido artigo, tratam do *flagrante próprio ou perfeito*, quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. Já o inciso III traz o que a doutrina chama de *flagrante impróprio ou imperfeito*, que ocorre quando o agente conclui a infração penal -- ou é interrompido pela chegada de terceiros -- mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. O inciso IV trata do chamado *flagrante presumido*, que não deixa de ser uma modalidade de flagrante impróprio ou imperfeito. É caso do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal.

O art. 301 do CPP trata dos *flagrantes facultativos* e *obrigatórios*. O referido artigo confere a possibilidade de qualquer pessoa do povo, inclusive a vítima, prender aquele que for encontrado em flagrante delito. Trata-se aqui do *flagrante facultativo*, pois a pessoa ou a vítima não estão obrigadas a dar voz de prisão em flagrante. Quanto às autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), o art. 301 impõe o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. Trata-se aqui do *flagrante obrigatório*, as autoridades policiais são obrigadas a dar voz de prisão, por força da lei. Quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada *exercício regular de direito* (art. 23, III, CP). Quando a prisão for realizada por policial, trata-se de *estrito cumprimento de dever legal* (art. 23, III, CP).<sup>6</sup>

Para finalizar este tópico, vale ressaltar que existem algumas exceções constitucionais ou legais da prisão flagrante, pois há pessoas que, em razão do cargo ou da função exercida, não podem ser presas dessa forma ou somente dentro de limitadas opções. Assim relata NUCCI<sup>6</sup>:

a) diplomatas, que não são submetidos à prisão em flagrante, por força de convenção internacional, assegurando-lhes imunidade; b) parlamentares federais e estaduais, que somente podem ser detidos em flagrante de crime inafiançável e, ainda assim, devem, logo após a lavratura do auto, ser imediatamente encaminhados à sua respectiva Casa Legislativa; c) magistrados e membros do Ministério Público, que somente podem ser presos em flagrante de crime inafiançável, sendo que, após a lavratura do auto, devem ser apresentados, respectivamente, ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça ou da República, conforme o caso; d) Presidente da República, cumprindo-se o estabelecido no art. 86, § 3º, da Constituição Federal (“enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão”).

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

Percebe-se uma nítida exclusão em função do cargo ocupado pela pessoa. Aqui evidencia-se um forte traço, como que criando uma categoria diferenciada de brasileiros, podendo-se falar em uma categoria especial, numa demonstração de verdadeira afronta ao princípio da isonomia.

## 1.2 Prisão preventiva

Como o próprio nome deixa entrever, é medida cautelar de natureza penal, constrictiva do direito de liberdade do indiciado o réu, decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de crime e indícios de sua autoria, a fim de resguardar o interesse social da segurança<sup>7</sup>.

Segundo RANGEL<sup>8</sup>, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual e deve sempre, e unicamente, ser decretada pelo juiz, característica da jurisdicionalidade. Já a prisão em flagrante é, inicialmente, um ato administrativo, praticado pela autoridade policial, que deve ser submetido ao Judiciário, para que se verifique sua legalidade e necessidade.

Do art. 311, do Código de Processo Penal, extrai-se o momento para decretação da prisão preventiva:

Art.311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

Quanto aos requisitos para decretação da prisão preventiva, segundo NUCCI<sup>9</sup>, são sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade); indícios suficientes de autoria e uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal.

### 1.3 Prisão temporária

Segundo RANGEL<sup>10</sup>, a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, instituiu na ordem jurídica a chamada *prisão temporária* com o escopo de vedar a chamada prisão para averiguação, muito comum nos meios policiais.

Na mesma toada, OLIVEIRA<sup>11</sup> relata que foi justamente a preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas, a responsável pela elaboração da Lei nº 7.960/89, que cuida da prisão temporária. Na sua ótica, toda prisão, antes do trânsito em julgado, será sempre cautelar e também provisória.

Compreende-se daí a definição trazida por CARVALHO<sup>12</sup>, como sendo uma medida cautelar, decretada pelo juiz durante o inquérito policial, em face de requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, por razões de necessidade e conveniência, cujo prazo de duração é de 05 dias, prorrogável por igual período, salvo em crimes hediondos e equiparáveis, que é de 30 dias, prorrogável por mais trinta dias.

A prisão temporária tem características próprias que a distingue da prisão preventiva e com ela não se confunde. Sua duração tem tempo certo; só pode ser

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

<sup>10</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>12</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

decretada na fase inquisitorial; não pode ser decretada de ofício, só a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, devendo, nesse último caso, ser ouvido o Ministério Público, antes da decisão acerca da medida; seu tempo não é computado no prazo máximo fixado para cumprimento de atos processuais (denúncia, encerramento da instrução, etc.).<sup>13</sup>

A denominação temporária, a meu ver, deve-se ao prazo certo para sua duração, previsto em lei. Segundo OLIVEIRA<sup>14</sup>, a Lei nº 7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal e, ainda, diferente da prisão em flagrante e preventiva, a prisão temporária tem prazo certo, expressamente previsto em lei, que somente em caso de extrema e comprovada necessidade poderá ser prorrogada, e por uma única vez, findo o qual o aprisionado deverá ser posto em liberdade, salvo se já decretada sua prisão preventiva.

A fundamentação para se decretar a prisão temporária reside no art. 1º, da Lei 7.960/89. O juiz terá que se fundar nas hipóteses lá previstas:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Os crimes de que trata o inciso III do art. 1º, da Lei 7.960/89 são: homicídio doloso; seqüestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante seqüestro; estupro; atentado violento ao pudor, raptó violento; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado

<sup>13</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 12. ed. – Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

Por se tratar de uma espécie de prisão cautelar, a prisão temporária exige, para sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Esses requisitos podem ser identificados nos incisos I e III do art. 1º, daí a necessidade de se associar os dois incisos para se decretar a prisão temporária<sup>15</sup>.

Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos, assim prescreve o art. 3º da Lei 7.960/89. Percebe-se neste dispositivo uma modalidade de prisão especial, objeto de estudo desse trabalho.

#### 1.4 Prisão administrativa

Nos dizeres de CARVALHO<sup>16</sup>, é prisão que não decorre de uma infração penal, nem serve para a garantia do processo penal. Ela pode ser administrativa em sentido estrito ou civil. As hipóteses de prisão administrativa em sentido estrito estão prevista no art. 319 do CPP. Somente o juiz competente pode decretar a prisão administrativa, salvo a prisão decorrente de transgressão militar.

Para NUCCI<sup>17</sup>, cuida-se de medida restritiva de liberdade, com a finalidade de compelir alguém a fazer alguma coisa ou para acautelar um interesse administrativo qualquer. No seu entendimento, o CPP não é lugar para prisão administrativa, onde somente deveriam estar previstas as medidas cautelares concernentes à apuração de infração penal e à instrução criminal.

---

<sup>15</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

<sup>16</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

Outras prisões administrativas são previstas, tais como: prisão do estrangeiro, com a finalidade de expulsá-lo do País (art. 69 da Lei 6.815/80); prisão disciplinar, voltada às transgressões militares ( art. 5º, LXI, e art. 142, § 2º, CF); prisão decretada em face do retardamento de soltura no caso de concessão de “*habeas corpus*”( art. 656, § único, CPP)<sup>17</sup>.

A doutrina se divide quanto à existência ou não da prisão administrativa, prevista no art. 319 e seguintes do CPP. NUCCI<sup>17</sup> defende que estão mantidas todas as hipóteses de prisão administrativa, inclusive estas do art. 319, desde que passem a ser decretadas por juiz de direito. Pela manutenção da prisão administrativa: Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado). Credo revogadas as hipóteses do art. 319, se posiciona contra Tourinho (Código Processo Penal Comentado), ambos citados por NUCCI<sup>18</sup>.

Ainda quanto à divisão doutrinária, OLIVEIRA<sup>19</sup> nega a vigência de quaisquer das hipóteses de prisão arroladas no art. 319 do CPP, sobretudo aquela mencionada no item I, que cuida da prisão de devedor de tributos, em inteiro e absoluto contraste com a norma constitucional que veda a imposição de prisão civil, e muito menos penal, por dívida (art. 5º, LXVII). Nesse sentido, *data venia* do respeitado processualista, ousou divergir por não se tratar, no item I, de prisão civil por dívida, mas sim crime de apropriação indébita. Em resumo, o citado processualista afirma não haver, no cenário brasileiro, atualmente, qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar.

Desse mesmo entendimento comunga RANGEL<sup>20</sup>, por defender que não mais persiste, na ordem jurídica brasileira, a prisão administrativa prevista no art. 319 do CPP, pois, por força da regra prevista no art. 5º, LXI, da CF, somente a autoridade judiciária pode decretar a prisão de quem quer que seja, sendo vedado às autoridades administrativas fazê-lo. Não pode olvidar que a própria Constituição

---

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 12. ed. – Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>20</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

Federal não excluiu da proibição os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

## 1.5 Prisão simples

Antes de adentrarmos na discussão da prisão especial, objeto de desenvolvimento deste trabalho, é mister um espaço reservado para traçar breves palavras sobre o que seja prisão simples. Um instituto previsto apenas na Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei nº 3.688/41, única pena restritiva de liberdade prevista para crimes de contravenção. Por trazer previsões semelhantes, quanto ao seu cumprimento, à prisão especial, com esta não devendo ser confundida, cabe aqui um rápido registro.

A LCP traz em seu art. 5º, I, a pena de prisão simples para contravenções penais. Já o art. 6º do referido diploma descreve como deve ser cumprida a pena de prisão simples. In verbis:

Art. 6º. A pena de prisão simples deve cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

§ 1º. O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.

§ 2º. O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15(quinze) dias.

Decorre do dispositivo supracitado que, semelhante à prisão especial, deve ser cumprida estabelecimento especial ou distinto de prisão comum, não cabendo na prisão simples o regime fechado. Esses são pontos semelhantes entre os dois institutos. Quanto aos pontos divergentes, podemos destacar que a prisão simples se aplica ao preso condenado, trata-se de uma execução definitiva, transitada em julgado, sem olvidar que aplica-se somente nas contravenção penais. Ao passo que a prisão especial aplica-se antes da sentença condenatória definitiva, antes do trânsito em julgado, ou seja, trata-se de uma prisão processual.



## 2. Prisão especial

O conceito de prisão especial decorre da existência de determinadas pessoas que, em razão das funções públicas por elas exercidas, do grau de escolaridade ou da condição de acusados de crimes, ou seja, da condição de não condenados definitivamente, são consideradas especiais, distinguindo-as das demais, sendo estas reconhecidas por comuns.

Essas mesmas pessoas, consideradas especiais pela lei, deixam de ser especiais após condenação definitiva, não recorrível, e passam a ser consideradas pela lei pessoas comuns, indo então para prisões comuns. No entanto, algumas pessoas, em razão do cargo que exerciam ao tempo crime, ainda assim, devem permanecer em prisões especiais, é caso, por exemplo, dos funcionários da Administração da Justiça Criminal, agentes penitenciário, policiais, oficiais de justiça, etc. Essa previsão legal encontra-se no parágrafo segundo do artigo 84 da Lei de Execuções Penais (7.210 de 11 de julho de 1984), a qual teceremos breves comentários adiante. Da mesma forma, o conceito de prisão comum deriva do conceito de preso comum.

A pena privativa de liberdade, antes da sentença condenatória definitiva, seja na hipótese do flagrante, seja na hipótese preventiva *stricto sensu*, significa, apenas, uma cautela do Estado, em virtude do *periculum libertatis*, ou seja, do perigo da insatisfação da consequência jurídica, ou então, até mesmo, por conveniência da instrução criminal. Portanto, enquanto não houver uma sentença condenatória irrecorrível, não se pode falar em condenação.

As chamadas *prisões especiais* encontram guarida no art. 295 do Código de Processo Penal, tendo seu rol ampliado por diversas leis especiais, cada uma tratando de um grupo de pessoas. Como visto acima, a denominação prisão especial deriva de grupos considerados especiais pela lei, justifica-se aqui, apenas de forma didática, falar em *prisões especiais*, no plural, como se existissem uma prisão especial para cada grupo, o que, na verdade, não é. Existe apenas prisão especial. A pessoa do preso e a condição de prisão cautelar, provisória, é que definirão se a prisão será comum ou especial.

O art. 295 do Código de Processo Penal brasileiro refere-se às prisões provisórias, ou seja, às prisões cautelares, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória, tratadas também como definitivas<sup>22</sup>.

A prisão especial se dá de forma semelhante ao que ocorre com quem tem direito a foro privilegiado. Assim, analogamente ao que se pode verificar naquelas situações em que a Lei reserva a determinadas pessoas, em razão do cargo ou função que ocupam, a prerrogativa de serem processadas perante um juízo especial, existe a chamada prisão especial, consistente no recolhimento em lugar distinto da prisão comum. No caso de inexistir estabelecimento específico, será o preso especial recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento prisional. De modo similar, de observar que assegura o § 4º, do art. 295 o Direito do preso especial a não ser transportado em conjunto com o preso comum. Da mesma forma, o instituto cessará quando transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Veremos que há previsão legal de permanência, mesmo após a condenação irrecorrível, em prisão especial de algumas pessoas, em função do cargo. É o que prevê o art.84 da LEP. Verbis:

*Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.*

*§ 1º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para reincidentes.*

*§ 2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.*

Conforme relata MIRABETE<sup>23</sup>, o referido dispositivo abrange não só aquele que está preso provisoriamente como o que já foi condenado por sentença transitada em julgado. E mais, o direito ao cumprimento da pena em estabelecimento especial é reservado àquele que, na época da infração penal,

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 12. ed. – Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. / Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 – 11. ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – Editora Atlas: São Paulo, 2007.

exercia função ou cargo público, não amparando aquele que, à época da infração penal, já não era funcionário. O referido autor, chama atenção para o fato do dispositivo incluir, na hipótese, aquele que exercia função pública, embora não fosse funcionário público em sentido estrito, diante do disposto no art. 327 do Código Penal, e cita como exemplo o jurado.

Na ausência na comarca de estabelecimento prisional adequado para o encarceramento daquele que goza do benefício da prisão especial, dispõe o art. 1º, da Lei 5.256, de 6 de abril de 1967, que o juiz, tendo em conta a gravidade das circunstâncias de perpetração do delito, após a oitiva do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou do indiciado em sua própria residência, da qual não poderá se afastar sem prévia ordem judicial.

O dispositivo da Lei 5.256/67, referido acima, segundo alguns doutrinadores, encontra-se hoje revogado pela Lei nº 10.258/01, que deu nova redação ao art. 295 do Código de Processo Penal, em face do introduzido parágrafo 2º ao art. 295, que diz: não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

Diante do que acima se descreveu, pode se observar que a lei leva em consideração não a pessoa, mas ou cargo ou função que ela exerce. E, como bem justifica TOURINHO FILHO<sup>24</sup> a existência do instituto da prisão especial, a prisão processual, antes da sentença condenatória definitiva é um mal. Sendo medida de exceção que pode acarretar grave e imerecido dano àquele que a sofre, deve ser aplicada com a maior benignidade possível.

Ainda, segundo o renomado processualista penal, a prisão especial deveria ser estendida a todas as pessoas que fossem presas provisoriamente, porém, ante a impossibilidade, por falta de recursos e estrutura, limitou-se o legislador a distinguir certas pessoas em vista da escolaridade e das funções que exercem no meio social, não se tratando de um privilégio, mas de uma homenagem, visando reduzir o sofrimento causado pela clausura, por terem essas pessoas desempenhado, no cenário jurídico-político, certas funções.

---

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

## 2.1 Escorço histórico

A prisão especial nasce com a evolução da Sociedade e do Direito. A Sociedade se desenvolve e com ela novas necessidades vão surgindo. Não poderia ser diferente com a população carcerária, que evolui também com a sociedade. Na formação de uma sociedade, as diferenças são menos perceptíveis, como que um grupo homogêneo. Com o crescimento e evolução social, as diferenças vão se alargando, levando a uma evolução do Direito junto, a fim de se adequar às necessidades protetivas.

TOLEDO<sup>25</sup> cita um trecho da obra de Almeida Júnior, professor da Faculdade de Direito de São Paulo e ministro do STF, no primeiro quartel do século passado, que retrata um pouco da evolução, num capítulo que trata da prisão, *verbis*:

Acabamos de verificar que, para eficácia da justiça humana, os legisladores estabelecem restrições à liberdade individual no interesse da segurança social. Um critério, porém, domina sempre o pensamento legislativo: a indeclinável necessidade é o único fundamento destas exceções ao princípio da inviolabilidade pessoal. A prisão, antes do julgamento, não é ainda a pena do delito; ainda não está legalmente verificado que o preso seja um delinqüente, ou que, sendo delinqüente, seja um culpado. Entretanto, nos postos policiais, nas estações da guarda policial, nas cadeias das localidades, os indiciados são recolhidos a prisões escuras e infectas, a lugares de desolação e angústia, como se fossem facinorosos julgados.

Relata ainda TOLEDO<sup>26</sup>, que de 1920, data da última edição em vida da obra citada, pra cá, muita coisa mudou no Brasil, em relação à primeira parte, mas no que se refere ao trecho final da citação, o que se pode dizer é que, se houve mudança, foi pra pior. Isso porque, continua, hoje em dia, os indiciados submetidos à prisão

<sup>25</sup> TOLEDO, Francisco de Assis, Prisão especial: direito ou privilégio – R. CEJ, Brasília, n. 15, p. 64-72, set/dez. 2001.

<sup>26</sup> TOLEDO, Francisco de Assis, Prisão especial: direito ou privilégio – R. CEJ, Brasília, n. 15, p. 64-72, set/dez. 2001.

cautelar continuam sendo recolhidos, como se fossem facinorosos julgados, e amontoados em cubículos infectados.

O art. 300 do nosso Código de Processo Penal manda separar os presos provisoriamente dos que já estiverem definitivamente condenados. É essa, segundo TOLEDO<sup>25</sup>, uma salutar tradição do Direito brasileiro, que remonta ao tempo do império, e cita o regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, relativo à Lei n. 261, de 03/12/1841, dispõe nos artigos 148 e 149, *verbis*:

Art. 148. Os presos deverão ser classificados por sexo, idade, moralidade e condições, separando-se essas classes, quando for possível, e observando o maior número de subdivisões, que permitir o edifício. Essas classificações e divisões serão estabelecidas, bem como o modo prático de as pôr em execução, no Regulamento especial da prisão, e nunca ficarão ao arbítrio do carcereiro.

Art. 149. Os que forem recolhidos à cadeia somente em custódia; os recrutados; e os que, forem presos antes da culpa formada, nos casos em que essa prisão tem lugar, não estiverem ainda pronunciados, serão, sempre que for possível, postos em lugar separado, sem comunicação com os pronunciados e criminosos.

Conclui o referido autor que essa tradição do Direito brasileiro de evitar a promiscuidade de pessoas ainda não condenadas, tem sua justificativa e razão de ser nos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Desde 1941, com a promulgação do Código de Processo Penal, a chamada prisão especial já estava prevista, no seu artigo 295. De acordo com o texto, poderão ser recolhidos a quartéis ou a prisão especial, quando sujeitos a prisão antes da condenação definitiva, os ministros de Estado, os governadores ou interventores de Estado ou Territórios, o prefeitos e seus respectivos secretários, os vereadores, senadores, deputados federais e estaduais, os chefes de Polícia; cidadãos inscritos no 'Livro de Mérito'; os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros; os magistrados; diplomados por faculdades superiores; ministros de confissão religiosa; ministros do Tribunal de Contas; jurados; e os guardas-civis dos Estados e Territórios.

A chamada prisão especial, regulamentada pelo Decreto nº 38.016, de 5.10.55, foi revogada por outro Decreto, o nº 11, de 18 de janeiro de 1991, subscrito

pelo ex Presidente Fernando Collor. O decreto de 1991 eliminou uma série de regalias fixando que a prisão especial consistia exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum, e no caso de não haver esse local, o preso seria recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. Regalias como recreio, visitas de parentes em qualquer horário, dentre outras foram extintas.

No ano de 2001, a lei 10.258, alterou o artigo 295 do Código Penal, incluindo as categorias dos oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios como detentores do direito a prisão especial.

Na história recente do País, diversas categorias profissionais conquistaram o direito de quando presos cautelarmente, pudessem ser recolhidos em prisão especial, tais como: os comerciantes matriculados (1915); vigilantes municipais do antigo Distrito Federal (1945); oficiais da Marinha Mercante Nacional que já tiverem exercido comando (1949); dirigentes e administradores sindicais (1956); servidores do Departamento Federal de Segurança Pública (1957); pilotos de Aeronaves Mercantes Nacionais (1962); policiais Civis do Distrito Federal e da União (1965); funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios (1967) e professores de 1º e 2º Graus (1983).

Outras categorias passaram a ter leis específicas garantindo o direito à cela especial. A lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, em seu artigo 66, fixa que o jornalista não pode ser detido nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades. O parágrafo único do artigo complementa que a pena de prisão de jornalistas será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário.

Já os magistrados que já eram beneficiados decidiram fixar o benefício em lei própria a partir da Lei Complementar 35, de 14.3.79 – Lei Orgânica da Magistratura. Os membros do Ministério Público, por sua vez, seguiram os mesmos passos com a lei nº 8.625, de 12.2.83 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Em 1993, com a Lei Complementar 75, passam a integrar essa relação os membros do Ministério Público da União, Os advogados também tiveram esse direito reforçado com o estatuto da Advocacia, lei 8.906 de 4 de julho de 1994.

A atual, mas já em vias de sofrer severas alterações, *prisão especial* está de acordo com a Lei 10.258 de 11 de julho de 2001, que deu nova redação ao art. 295 e parágrafos do CPP. Com esta alteração, assim relata CARALHO<sup>27</sup>, a prisão especial “consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum” (§1º, art. 295). E, não havendo estabelecimento específico para o preso especial, “este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento” (§ 2º, art. 295). Ainda de acordo com referido autor, com essa inovação legislativa, a Lei 5.256/67, que cuida de prisão especial, caiu no vazio, restando somente ao preso especial o gozo de não ser transportado juntamente com preso comum.

Conforme descreve TOURINHO FILHO<sup>28</sup>, em face de algumas regalias concedidas, vale ressaltar, em desacordo a lei, a três ou quatro pessoas recolhidas a prisão espacial, a imprensa passou a fazer severas crítica ao sistema, sob o argumento de que todos são iguais perante a lei e, sendo assim, que a prisão especial deveria ser abolida. Em consequência dessas críticas, o Ministro da Justiça, por meio da Portaria nº 61 de 20 de janeiro de 2000, constituiu uma Comissão de renomados juristas/processualistas para elaborar propostas com a finalidade de modernizar e tornar mais célere o CPP, bem como adequá-lo à Constituição Federal. O resultado foi o surgimento da citada Lei 10.258/2001, que manteve a prisão especial prevista no art. 295 e incluiu cerca de cinco parágrafos a esse dispositivo.

Tais alterações, introduzidas em 2001, não acabaram com o instituto da prisão especial, mas enfraqueceram-no bastante, frente às escassas e precárias condições dos estabelecimentos prisionais existentes no País.

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>28</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Por fim, O plenário do Senado aprovou em 01 de abril de 2009 o projeto nº 111/08 que acaba com a prisão especial para quem tem curso superior. O projeto seguiu para votações na Câmara dos Deputados antes de ir à sanção do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Pelo projeto, o benefício de prisão especial seria retirado tanto de quem tem curso superior como de algumas autoridades. Ministros de Estado, governadores, deputados, prefeitos e vereadores também perdem o benefício.

Seria mantida a prisão especial apenas para o presidente da República, juízes e membros do Ministério Público da União. Os juízes poderão decidir ainda por prisão especial em casos que envolvam risco de vida ou ameaça à integridade física de quem cometeu crimes.

## 2.2 Sala de Estado Maior

Segundo NUCCI<sup>29</sup>, as salas de Estado Maior das Forças Armada distinguem-se dos presídios e das cadeias públicas, sendo utilizadas para cumprimento de prisão em quartéis. TOURINHO FILHO<sup>30</sup> entende que os quartéis referidos no caput do art. 295 do CPP, alude àqueles da Polícia Militar Estadual, não os quartéis da Forças Armadas, salvo as hipóteses em que o processo seja alçada da Justiça Militar da União.

Ainda, segundo TOURINHO FILHO<sup>31</sup>, em se tratando de Advogados, inscritos na OAB, sua prisão provisória deve ser cumprida em Sala de Estado Maior,

---

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

<sup>30</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>31</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

conforme dispõe o Estatuto da Advocacia, art. 7º, V. O mesmo se dá quanto aos membros do Poder Judiciário, conforme art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura.

### 2.3 Duração da prisão especial

Conforme afirma NUCCI<sup>32</sup>, como regra, ela deve ser garantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, após o que será o condenado encaminhado para presídio comum, em convívio com outros sentenciados. Há exceções, estabelecidas em leis especiais, como no caso dos policiais, que jamais serão misturados aos demais presos, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, para que não sejam vítimas de vingança. Podemos acrescentar nestas mesmas situações, aqueles que eram, ao tempo do fato, funcionários da Administração Criminal (art. 84, § 2º da LEP).

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

### 3. Legislação extravagante sobre prisão especial no Brasil

A legislação extravagante é vasta, e, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, novos diplomas legislativos surgiram ampliando o rol das pessoas com direito à prisão especial. Serão discutidas nesse tópico algumas que são do conhecimento de poucos. A título de curiosidade, algumas mereceram aqui um espaço.

A doutrina se divide quanto à enumeração de pessoas que fazem jus à prisão especial, trazida pelo artigo 295 do CPP. Uns defendem que a enumeração é taxativa, outros dizem que é exemplificativa.

Os que defendem que a enumeração é apenas exemplificativa, baseiam-se na existência de inúmeras leis que tratam da prisão especial categorias não listada no artigo 295, a exemplo de professores de 1º e 2º grau, hoje ensino médio e fundamental respectivamente, que têm lei própria definindo a sua prisão especial (Lei nº 7172/83 ).

Já os que defendem que a enumeração é taxativa, se baseiam nas mesmas leis para justificar o “*numerus clausus*” do 295. Assim defendem dizendo: “o art. 295 traz uma enumeração taxativa das pessoas que fazem jus à prisão especial, tanto é que quando o legislador deseja estender o benefício a outras pessoas, ele o faz por meio de lei. Tal como fez com os dirigentes sindicais ( Lei nº 2.860/56 ), funcionários da Polícia Civil, ocupantes de cargo de atividade policial ( Lei nº 5.350/67), etc.

#### 3.1 A prisão especial para Jornalistas profissionais (especialíssima)

A prisão especial do jornalista está prevista na Lei de imprensa, Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967. TOURINHO FILHO<sup>33</sup> denomina a prisão especial do jornalista de “*especialíssima*” por se mostrar mais distinta da prisão comum e até da

---

<sup>33</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

prisão especial, prevista no art. 295 do CPP. Sua previsão está no art. 66 da referida lei. Verbis:

Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido e nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente e onde encontre todas as comodidades.

Parágrafo único. A pena de prisão de jornalista será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário.

Com razão, pode assim ser chamada de especialíssima, pois mais se aproxima de uma prisão domiciliar, do que apenas estabelecimento distinto de prisão comum, ou até sala especial de Estado Maior. A sala decente e onde encontre todas as comodidades, só em casa.

A outra exigência, a não sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário, eleva a prisão da Lei de Imprensa a uma condição especialíssima. Em função disso, TOURINHO FILHO<sup>34</sup>, entende que essa modalidade de prisão só terá lugar, apenas, se imposta por crimes de imprensa, indo além, aplicando-se apenas ao jornalista profissional.

Entende-se como jornalistas profissionais, aqueles que fazem do jornalismo sua profissão. Ou seja, não se aplica ao jornalista que não exerce a profissão de jornalismo. Nesses casos, aplica-se o inciso VII do art. 295 do CPP, referente aos diplomados por qualquer das faculdades superiores da República.

Percebe-se aqui uma verdadeira dissonância da lei de imprensa com o atual sistema jurídico pátrio, numa clara evidência de afronta ao princípio constitucional da isonomia, onde deixa claro todos são iguais perante à lei. Qual a razão de ser a não sujeição a qualquer regime penitenciário, imposta pela Lei de imprensa, uma vez condenado o jornalista por crime, qual regime penitenciário se sujeitará. Aqui sim, pode-se falar em privilégio, criando-se uma categoria diferenciada de brasileiros.

A Lei de imprensa foi aqui elencada por trazer no seu bojo uma modalidade de prisão especial "*sui generis*", colocando-a em confronto ao princípio da isonomia.

---

<sup>34</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Os fatores de desigualação escolhidos pelo legislador fizeram da Lei de imprensa uma atípica. No primeiro semestre deste ano o Partido Democrático Trabalhista (PDT) entrou junto ao Supremo Tribunal Federal com uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra a Lei de imprensa.

O ministro Carlos Ayres Britto (relator) votou pela procedência integral da ação. Para ele, a Lei de Imprensa não pode permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com a Constituição Federal de 1988. Assim inicia-se o relatório do Ministro:

Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, manejada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, autorreferida como "Lei de Imprensa".

2. Objeto da ação constitucional é a *"declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)"* (fls. 03). Isto para evitar que "defasadas" prescrições normativas sirvam de motivação para a prática de atos lesivos aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, mais os arts. 220 a 223.

3. Quanto à justificativa da adequação do meio processual de que se valeu perante este STF, o arguente invocou a regra da subsidiariedade que se lê no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 - Lei da ADPF1. Em sobrepasso, arguiu o concreto espocar de controvérsias judiciais sobre a aplicação dos preceitos fundamentais tidos por violados, para o que fez a juntada de cópias do inteiro teor de ações manejadas com base na atual Lei de Imprensa, assim como de algumas decisões liminares em desfavor de jornalistas e órgãos de comunicação social. **Dando-se que o plenário desta Casa de Justiça acolheu tal justificativa de cabimento da presente ADPF, vencido o ministro Marco Aurélio (sessão do dia 27 de fevereiro de 2008).**

4. Também da inicial faz parte o esclarecimento de que a vigente Lei de Imprensa já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), que não chegou a ser conhecida sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido (voto vencedor do ministro Paulo Brossard). Isto pelo acolhimento da teoria kelseniana de que toda nova Constituição priva de eficácia as leis com ela incompatíveis, materialmente (fenômeno da não recepção do Direito velho pela nova Constituição, o que afasta o argumento da inconstitucionalidade superveniente).

No mês de abril último, por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.

Na sessão desta quinta-feira, 30 de abril de 2009, a análise da ADPF foi retomada com o voto do ministro Menezes Direito. O julgamento do processo, ajuizado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a norma, teve início no último dia 1º, quando o relator, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela procedência integral da ação.

Naquela oportunidade, Ayres Britto entendeu que a Lei de Imprensa não pode permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com a Constituição Federal de 1988. O ministro Eros Grau adiantou seu voto, acompanhando o relator.

O decano do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Celso de Mello, manifestou seu posicionamento pela revogação total da Lei de Imprensa. “Nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento”, disse o ministro.

Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil, salientou Celso de Mello. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades - citou como exemplo - por mais dura que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias. Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira, asseverou o decano.

### 3.2 A prisão especial para Advogados

A prisão especial prevista para o advogado, assim como a da Lei de Imprensa, traz umas especificações que a distingue das demais. A regulamentação encontra-se no inciso V art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994.

É direito do advogado, nos termos do inciso IV do art. 7º: ter a presença do representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto, respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

Assim, deverá a autoridade policial em face da circunstância que enseja a prisão de pessoa inscrita nos quadros da OAB, de verificar se a prisão se deu por motivo relacionado com o exercício da advocacia, ou não. Na primeira hipótese, o flagrante só poderá ser lavrado perante representante da OAB, que não poderá interferir no procedimento, senão cuidar da regularidade formal e legal da lavratura.

Na segunda hipótese, quando o flagrante se der por fato não relacionado ao exercício da advocacia, dever-se-á comunicar imediatamente à seccional da OAB, devendo tal circunstância ficar consignada nos autos do flagrante.

Advirta-se, que nos termos do parágrafo 3º do artigo 7º do Estatuto, o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observando o disposto no inciso IV.

Não poderá o advogado, nos termos do inciso V do artigo 7º da lei em comento, ser recolhido preso em estabelecimento prisional comum antes de sentença transitada em julgado, devendo ser recolhido em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Ressalta NUCCI<sup>35</sup>, que o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, em 06 de outubro de 1994, em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1.127-8), suspendendo a eficácia da expressão “*assim reconhecidas pela OAB*”. Em 17 de maio de 2006, por maioria de votos, o STF manteve, no mérito, a inconstitucionalidade da referida expressão.

Ressalta ainda o nobre processualista que todas as categorias que fizerem expressa referência à sala de Estado Maior da Forças Armadas, em leis específicas para reger a carreira ou profissão, como é o caso dos advogados, criam uma outra modalidade de prisão especial, mais especial ainda. Lembra que a modificação legislativa trazida pela Lei 10.258/2001 alterou somente a parte referente à prisão especial e não as outras espécies, previstas em leis especiais, como a prisão em sala de Estado Maior.

Diferente do referido acima, TOURINHO FILHO<sup>36</sup> não vê na sala de Estado Maior uma outra modalidade de prisão especial e que a sala de Estado Maior referida na lei, não são as das Forças Armadas, mas das polícias militares dos Estados. Esclarece, ainda, que o bacharel em Direito, sem inscrição na OAB, faz jus à prisão especial, nos termos do inciso VII do art. 295, por ser diplomado por escola superior.

---

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

<sup>36</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

### 3.3 A prisão especial para Magistrados e Juizes de paz

A legislação que trata da prisão dos magistrados é a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Assim dispõe capítulo II, art. 33, da Lei Complementar 35/79 que trata das prerrogativas do magistrado:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

V - portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

De acordo com NUCCI<sup>37</sup>, em complemento ao inciso II em comento, há possibilidade de o Regimento interno do Tribunal, ao qual se vincula o magistrado, especificar exatamente onde deva ser recolhido o juiz que tiver a prisão decretada.

---

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

Cita ainda, a exemplo, o Estado de São Paulo, onde o Regimento Interno do Tribunal de Justiça dispõe que será recolhido em sala especial do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado.

Lembra TOURINHO FILHO<sup>38</sup> que algumas funções de Magistrado podem ser exercidas por cidadão não diplomado por faculdade superior, como é freqüente acontecer com Juiz de Paz.

Acerca do Juiz de Paz, diz a Lei Orgânica da Magistratura que o exercício efetivo da função lhe assegura direito à prisão especial. Assim prescreve o parágrafo 2º do art. 112 da referida lei, *verbis*:

Art. 112 - A Justiça de Paz temporária, criada por lei, mediante proposta do Tribunal de Justiça, tem competência somente para o processo de habilitação e a celebração do casamento.

§ 1º - O Juiz de Paz será nomeado pelo Governador, mediante escolha em lista tríplice, organizada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, ouvido o Juiz de Direito da Comarca, e composta de eleitores residentes no Distrito, não pertencentes a órgão de direção ou de ação de Partido Político. Os demais nomes constantes da lista tríplice serão nomeados primeiro e segundo suplentes.

§ 2º - O exercício efetivo da função de Juiz de Paz constitui serviço público relevante e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento.

A meu ver, a prisão especial a qual faz jus o cidadão comum, não diplomado por faculdade que venha a exercer, efetivamente, a função de Juiz de Paz, será nos termos do inciso VI do art. 295 do CPP, e não em sala de Estado-Maior, destinado ao Magistrado. Sendo esta uma prerrogativa de Magistrado, não do Juiz Paz, conforme, inciso III, art. 33 da citada lei. *Verbis*:

---

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

I (...)

II (...)

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.

### 3.4 A prisão especial para Membros do Ministério Público

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, é que dispõe sobre a prisão especial para membros do MP. O artigo 40 da referida lei, trata das prerrogativas dos membros do Ministério Público, onde os incisos III e V tratam da prisão. Verbis:

Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

A Lei Orgânica do Ministério Público vai além, prevê inicialmente prisão domiciliar de seus membros, quando sujeitos à prisão antes do julgamento final. Restando a sala de Estado Maior como segunda opção.

### 3.5 A prisão especial para Dirigentes e empregados, eleitos, dos Sindicatos

Poucas pessoas têm o conhecimento de que dirigentes e empregados, eleitos, dos sindicatos têm direito à prisão especial, antes da condenação final. A lei que estabelece a prisão especial para os dirigentes de entidades sindicais e para o empregado do exercício de representação profissional ou no Cargo da Administração Sindical, existe desde 1956. A referida lei nasceu sob o nº 2.860 de 31 de agosto de 1956. Verbis:

Art. 1º - Terão direito à prisão especial os dirigentes de entidades sindicais de todos os graus e representativas de empregados, empregadores, profissionais liberais, agentes e trabalhadores autônomos.

Art. 2º - O empregado eleito para a função de representação profissional ou para cargo de administração sindical, quando sujeito a prisão antes de condenação definitiva, será recolhido à prisão especial, à disposição da autoridade competente.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Percebe-se, que a lei aplica-se a dirigentes de entidade sindical, qualquer que seja o grau e representação da entidade. Seja sindicato de empregados, empregadores, profissionais liberais, agentes e trabalhadores autônomos. Um problema de interpretação surgirá em face do termo eleito, aplicado ao empregado (art.2º). O art. 1º da mesma lei não faz nenhuma restrição, estendendo a todos os dirigentes sindicais o benefício. O dispositivo deixa dúvida se a lei aplica-se somente a membros eleitos para a entidade sindical ou se se estende, também, a qualquer pessoa que seja membro sindical contratado, por exemplo. É evidente que a lei aplica-se só aos membros sindicais em atividade ao tempo do fato criminoso, não restando aplicação aos ex-dirigentes.

### 3.6 Prisão especial para professores de 1º e 2º grau

A legislação que prevê prisão especial para professores de 1º e 2º, hoje ensino fundamental e médio respectivamente, foi publicada em 1983, no último governo militar, pelo então Presidente João Figueiredo. Apesar de ser uma lei bem mais recente que a Lei 2.860/56, que estabelece a prisão especial dos dirigentes sindicais, o seu desconhecimento por uma grande maioria da população não é diferente.

A lei da prisão especial dos professores de 1º e 2º grau nasceu sob o nº 7.172 de 14 de dezembro de 1983, com apenas três artigos, onde, no seu 1º artigo, estende à referida categoria o benefício da prisão especial, previsto no art. 295 do Código de Processo Penal. Assim prescreve a lei. *Verbis*:

Art. 1º - É extensiva aos **professores do ensino de 1º e 2º graus** a regalia concedida pelo art. 295 do Código de Processo Penal, posto em vigor pelo Decreto-lei nº 3.698, de 3 de outubro de 1941.

Tanto a lei a dos dirigentes sindicais como a dos professores de primeiro e segundo carecem de maiores informações, deixando margem para interpretações diversas, quando da aplicação no caso concreto. Na Lei 7.172/83 apenas estende o benefício, mas não esclarece em que momento da atividade faz jus o professor ao benefício. Dúvidas surgirão na hora da aplicação, tais como: é necessário o professor exercer atividade efetiva em sala de aula para ter direito ao benefício da lei. Acredito que nessas situações, deve se utilizar uma interpretação extensiva em favor do preso.

#### 4. Prisão especial e o princípio da isonomia

Impende, antes de adentrarmos no tema princípio da isonomia, discorre sobre o que nos ensina o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>39</sup> sobre igualdade, desigualdade e justiça. Segundo o ilustre constitucionalista, o conceito de igualdade provocou posições extremadas. Existindo os que defendem que a desigualdade é característica do universo, sendo dessa forma, os seres humanos nascem e perduram desiguais, contrariando o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados de *nominalistas*. No outro lado encontram-se os *idealistas*, que defendem um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Ressalta-se que essa igualdade absoluta somente existiu na hipótese do estado de natureza.

Nesse mesmo sentido era a o pensamento de Rousseau, no entanto, admitia duas espécies de desigualdades entre os homens. Uma que chama de desigualdade natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, consistente na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma. Já a outra, chamou-a de desigualdade moral ou política. Isso porque depende de uma espécie de convenção, estabelecida ou ao menos autorizada pelo consentimento dos homens. A desigualdade política consiste nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimentos dos outros.

Uma terceira posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas entende ser supremamente exato descrevê-lo como criaturas iguais, pois, em essência, como seres humanos, não se pode deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria essência dos membros da espécie.

O filósofo Aristóteles vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas trata-se de uma igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu. Segundo o filósofo, uma igualdade justa se dá através da desigualdade

---

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo – 32. ed. ver. e atual. – Malheiros Editora LTDA: São Paulo, 2009.

complementar e que é satisfeita quando o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Cuida aqui, segundo SILVA<sup>40</sup>, de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário. Porém, reconhece que, nesse critério de igualdade, no fundo, prevalece uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou matérias.

Fala ainda o referido constitucionalista de uma isonomia formal e de uma isonomia material. Nossas constituições, desde o Império inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante à lei, tratando-se de mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupo

As Constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal, ou seja, igualdade perante à lei. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza. Reforça o princípio com muitas outras normas sobre igualdade. Chama atenção para compreensão do caput do art. 5º não deve ser tão estreita. O intérprete há aferi-lo com outras normas na constituição.

Mas Constituição de 1988 traz também regras de igualdade material. É o caso do art. 7º, XXX, XXXI, ao vedar diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

O Direito estrangeiro faz uma distinção entre o princípio da igualdade perante à lei e o da igualdade na lei. A igualdade perante à lei obriga o aplicador aplicar a norma caso concreto em conformidade com o que ela estabelece, mesmo que de dela resulte alguma discriminação. Trata-se aqui de isonomia puramente formal. Enquanto igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinção que não seja autorizada pela própria Constituição. A igualdade na lei é uma exigência dirigida a quem cria lei como a quem aplica.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo – 32. ed. ver. e atual. – Malheiros Editora LTDA: São Paulo, 2009.

Acerca do princípio constitucional da igualdade, deve-se buscar não somente esta aparente igualdade formal, consagrada no liberalismo clássico, mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, justifica, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. Encarregando-se a Constituição de aprofundar a regra da isonomia material em diversos artigos, como a do art. 3º, III, por exemplo, ao constituir como objetivos fundamentais da República Federativa, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Em outras hipóteses, a própria constituição estabelece as desigualdades, chamadas legais, a exemplo da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, destacando diferenciações, como: “...condições às presidiárias para que possam permanecer com seu filhos durante o período de amamentação”(art. 5º, L); “licença-maternidade e licença-paternidade”(art. 7º, XVII e XIX).

Neste sentido, de grande valia a lição do Jusfillósofo Hans Kelsen:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles...

O ilustre CELSO BANDEIRA DE MELO<sup>41</sup> nos ensina que o alcance do princípio constitucional da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser em desconformidade com a isonomia. Ou seja, o preceito magno da igualdade deve ser aplicado no momento

<sup>41</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3. ed., Malheiros Editora Ltda., São Paulo, 2009.

que o legislador elabora a lei e no momento em que esta é aplicada no caso concreto, não devendo subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante à lei.

O referido autor estabelece três questões a serem observadas, a fim de identificar o desrespeito ao princípio da isonomia. Assim enumerou: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvido no sistema constitucional e destarte juridicizados. Estes critérios, pois, podem servir de parâmetro para o legislador estabelecer na lei as desigualdades positivas

Nesse sentido, TOURINHO FILHO<sup>42</sup> cita o irrepreensível ensinamento de Basileu Garcia:

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

TOURINHO FILHO<sup>43</sup> entende não haver qualquer lesão ao princípio da isonomia o benefício da prisão especial. Sendo a prisão uma medida de exceção, a qual pode acarretar grave e imerecido dano àquele que sofre, deve ser aplicada com maior benignidade possível. Pois, a prisão especial não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e

---

<sup>42</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>43</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da Nação.

Possível perceber que o elemento tomado como fator de desigualação na prisão especial refere-se ao papel desempenhado pela pessoa em favor da sociedade, sua colaboração relevante para Nação. Possível, também, perceber que a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado é razoável, permitindo, desta forma, servir de parâmetro para o legislador estabelecer na lei as desigualdades positivas.

Além do que, trata-se de um benefício transitório, que perdurará enquanto não houver uma sentença condenatória transitada em julgado. Após a condenação definitiva, todos se nivelam.

O descumprimento ao princípio constitucional da igualdade, por vezes se evidencia totalmente vetado na Lei 10.258/2001 - *que alterou o Código de Processo Penal, estabelecendo a atual composição do art. 295 do referido código* - ao estabelecer no parágrafo primeiro do art. 295 que a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. Percebe-se que o legislador, ao definir prisão especial, exclui qualquer tipo de privilégio quando diz que aquela consiste em local distinto, exclusivamente, da prisão comum. Não está aqui a dizer que a prisão especial é equipada com conforto e a prisão comum é comum é insalubre e superlotada. Fica também evidente o cumprimento do preceito constitucional no parágrafo quinto do mesmo artigo, ao dizer que os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

O art. 300 do Código de Processo Penal estabelece um tratamento diferenciado, porém, isonômico, para presos provisórios e para presos condenados definitivamente, ao prevê, sempre que possível, destinar prisões distintas para as duas categorias de presos.

## Considerações finais

Assunto bastante controverso e alvo de inúmeras críticas, a prisão especial não deve ser vista apenas como privilégios da lei, mas como uma necessidade de classificação dos presos, não por razões sociais, culturais e econômicas, para uma aplicação mais justa possível da lei, evitando-se o subjetivismo na mensuração pelo juiz.

A denominação *prisão especial* acaba criando uma falsa percepção da realidade. O fato do preso se encontrar em prisão especial, não quer dizer que o custodiado será tratado como sujeito especial, com mordomias de luxos. Pelo contrário, este terá o mesmo tratamento dos presos comuns, com direitos e obrigações comuns.

A Lei de Execução Penal, 7.210 de 11 de julho de 1984, ao tratar dos estabelecimentos penais, órgãos da Execução Penal, é clara ao distinguir, nos termos formais, estabelecimentos penais e a que se destinam. Conforme o seu fim, o estabelecimento penal destina-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

A lei leva em conta a situação legal do preso, se condenado ou provisório; leva em conta o grau de sentença ( de segurança máxima, média, ou prisão aberta); e se refere ainda à natureza jurídica da sanção ( para cumprimento de pena e para cumprimento de medida de segurança). Determina que preso provisório ficará separado do preso condenado em definitivo.

Os que advogam contra instituto da prisão especial centram suas críticas no inciso VII do art. 295 do CPP, diplomados em faculdades, mas esquecem que outras fazem jus ao benefício e não precisam ser diplomadas, é de dirigentes sindicais, ministros de confissão religiosa, etc.

A imprensa é o maior instigador em desfavor da prisão especial, fazendo duras críticas ao sistema, pedindo o seu fim, mas esquecem que Lei de Imprensa traz em seu bojo a prisão especialíssima.



## Bibliografia

CARVALHO, Djalma Eutímio de, 1973- Curso de processo penal / Djalma Eutímio de Carvalho. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 19. ed., Malheiros Editora Ltda., São Paulo, 2006.

FALCÃO, Márcio. Senado aprova fim de prisão especial para pessoas com curso superior e políticos. Disponível na Internet: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u544357.shtml>. Acesso em 08 de agosto de 2009.

FILHO, Pedro Calmon. O fim da prisão especial. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 14, n. 3, p. 14-17, mar. 2002.

JUNIOR, Roberto Delmanto. Prisão especial, Sala de Estado-Maior e prisão. Disponível na Internet: <http://www.processocriminalpslf.com.br/saladestado.htm>. Acesso em 08 de agosto de 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3. ed., Malheiros Editora Ltda., São Paulo, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. / Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 – 11. ed. – Revista e atualizada – 7. Reimpr. – Editora Atlas: São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual e ampl. - Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial – 2. ed. Ver., atual e ampl. – Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 12. ed. – Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

PROJETO DE LEI do Senado nº 582, de 2007. Disponível na Internet: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marcelocrivella/projetos>. Acesso em 09 de agosto de 2009.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 111, de 2008. Nº 4.208/2001, na Casa de Origem – De iniciativa do Presidente da República – Diário do Senado Federal – julho de 2008.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

RAULINO, Marcelo. Prisão especial será limitada. Disponível na Internet: <http://www.diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=596650>. Acesso em 09 de agosto de 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo – 32. ed. revista e atualizada – Malheiros Editora LTDA: São Paulo, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis, Prisão especial: direito ou privilégio – R. CEJ, Brasília, n. 15, p. 64-72, set/dez. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal – 8. ed. Ver.e atual. – Editora Saraiva: São Paulo, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume – 30. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro – 3. ed. revisada, atualizada e ampliada – Editora Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2009.

VADE MECUM compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. – 2. ed. Atual e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2009.