

PRISÃO ESPECIAL, SALA DE ESTADO-MAIOR E PRISÃO DOMICILIAR EM FACE DA LEI 10.258/2001

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado criminalista em São Paulo. Mestre e Doutorando em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Considerações preambulares* – 2. *Escorço histórico* – 3. *A Lei 10.258, de 11.07.2001, e a nova redação do art. 295 do CPP* – 4. *Distinção entre prisão especial e recolhimento a quartel, em sala de Estado-Maior ou sala decente* – 5. *A prisão domiciliar também restou inalterada* – 6. *Conclusões*.

1. CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Com a revogação do Dec. 38.016, de 05.10.1955, pelo Dec. 11, de 18.01.1991, e com a promulgação da Lei 10.258, de 11.07.2001, que alterou o art. 295 do CPP, a chamada prisão especial passou a ser inquestionavelmente ainda mais violenta do que a própria prisão definitiva.

Acrescida de inúmeros gravames, não há, agora, nem mesmo no âmbito abstrato da lei – tendo em vista que, na prática, a lei anterior já era insistente e irritantemente descumprida –, nenhuma distinção digna de relevo com a prisão cautelar “comum”, a não ser pelo fato de o “preso especial” ficar separado dos outros presos provisórios, sendo transportado também de forma apartada.

Em meio aos mencionados gravames, ínsitos a toda prisão cautelar, especial ou não, que a torna extremamente perversa, podem ser destacados os seguintes: 1) o acusado não sabe se será condenado ou absolvido, gerando enorme angústia; 2) o prazo de duração da sua custódia é absolutamente indefinido, causando ainda maior aflição; 3) diante da inexistência de cadeias públicas devidamente estruturadas, o preso provisório, especial ou não, fica jogado em delegacias de polícia, sem banho de sol em grande número delas, respaldo médico e odontológico, instalações sanitárias adequadas, trabalho e, por vezes, sequer espaço para se deitar...

2. ESCORÇO HISTÓRICO

Desde 1941, pelo menos, com a promulgação do Código de Processo Penal, a chamada prisão especial encontrava-se prevista no seu art. 295, *verbis*:

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

I – os ministros de Estado [inciso com redação dada pela Lei 3.181, de 11.07.1957];¹

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’;²

V – os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;³

VI – os magistrados;

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

VIII – os ministros de confissão religiosa;⁴

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” (grifo nosso).⁵

A “prisão especial”, outrossim, era regulamentada pelo Dec. 38.016, de 05.10.1955, diploma este que acabou sendo revogado pelo Dec. 11, de 18.01.1991, subscrito pelo ex-Presidente Fernando Collor.

Através do mencionado decreto de 1955, afora a característica de *separar os presos referidos* no art. 295 do CPP, bem como outros mencionados em leis esparsas que veremos adiante, em *estabelecimentos prisionais diversos* daqueles destinados ao “preso comum”, a prisão especial distinguia-se por assegurar a esses detidos alguns direitos:

(1) O Presidente da República não está elencado, justamente em função do art. 86, § 4.º, da *Magna Carta* de 1988, similar às anteriores: “Art. 86. (...) § 4.º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

(2) Segundo Basileu Garcia, o mencionado “Livro de Mérito” foi instituído pelo Dec.-lei 1.706, de 27.10.1939. Refere o autor que ele se destina “a receber a inscrição dos nomes das pessoas que, por doações valiosas ou pela prestação desinteressada de serviços relevantes, hajam notoriamente cooperado para o enriquecimento do patrimônio material ou espiritual da Nação e merecido o testemunho público do seu reconhecimento”. Lembra, ainda, que a inscrição é ordenada por decreto, após parecer de uma comissão permanente de cinco membros, nomeados pelo Presidente da República (*Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1945, vol. III, p. 75).

(3) Redação anterior à Lei 10.250/2001.

(4) Câmara Leal esclarece que entram nessa classificação somente os sacerdotes e ministros de confissão religiosa das “religiões notoriamente reconhecidas como tais”, referindo-se aos “1.º os sacerdotes católicos, quer pertençam ao clero regular quer ao secular, desde que tenham recebido ordens maiores; 2.º os pastores protestantes de qualquer categoria; 3.º os sacerdotes orientais do rito grego cismático; 4.º os sacerdotes de outras organizações religiosas” (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, Freitas Bastos, 1942, vol. II, p. 223). Evidentemente, hoje em dia estariam incluídos, aqui, os pastores evangélicos, desde que essa condição seja devidamente comprovada.

(5) Acrescentado pela Lei 4.760, de 23.08.1965, com redação alterada pela Lei 5.126, de 29.09.1966.

“Art. 3.º. É assegurado ao detido:

I – alojamento condigno, alimentação e recreio. Quando o alojamento for coletivo serão ouvidos os recolhidos, sempre que possível, para a organização dos grupos.

II – o uso do seu próprio vestuário, guardado o decoro devido aos companheiros de prisão e ao Estabelecimento.

III – assistência de seus advogados sem restrições, durante o horário normal de expediente.

IV – visita de parentes e amigos em horário previamente fixado.

V – visita de ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente, sem horário determinado. Em casos excepcionais, a critério do Diretor ou Comandante, poderá a visita iniciar-se e prolongar-se fora do horário de expediente.

VI – recepção e transmissão de correspondência livremente, salvo nos casos em que a autoridade competente recomendar censura prévia.⁶

VII – assistência religiosa, sempre que possível.

VIII – assistência de médico particular. Quando os medicamentos receitados forem adquiridos ou manipulados fora, estarão sujeitos a verificação pelo Serviço Médico do Estabelecimento.

IX – alimentação enviada pela família ou amigos, em casos especiais e com autorização do Diretor ou Comandante.

X – transporte diferente do empregado para os presos comuns.

XI – direito de representar desde que o faça em termos respeitosos e por intermédio do Diretor ou Comandante. As petições insultuosas ou com expressões menos recomendáveis não serão encaminhadas”.

Verifica-se, assim, que os chamados “privilégios” – se é que se podem assim qualificar esses direitos – nunca foram tantos, conforme alardeado pela imprensa ultimamente; muito pelo contrário.

Por outro lado, afora o rol do art. 295, inúmeras categorias profissionais foram, com o passar dos anos, conquistando o direito de terem os seus membros, quando presos cautelarmente, recolhidos a prisão especial. Com efeito, podemos, aqui, destacar os seguintes:

– comerciantes matriculados – Dec. 2.592, de 12.08.1915 (art. 71);⁷

– vigilantes municipais do antigo Distrito Federal – Dec.-lei 8.209, de 23.11.1945;

– oficiais da Marinha Mercante Nacional que já tiverem efetivamente exercido posição de comando – Lei 799, de 1.º.09.1949;⁸

(6) Evidentemente, a menção a “censura prévia” já não havia sido recepcionada pela CR/88 (art. 5.º, XII).

(7) Não obstante anterior à promulgação do Código de Processo Penal, cujo art. 295 não faz menção aos referidos “comerciantes matriculados”, Câmara Leal entende que a sua não inclusão foi uma “omissão involuntária do legislador”, não se justificando o cancelamento desse favor legal. Conforme escreve, “trata-se de um dispositivo especial do decreto de 1915, de modo que não fica revogado por um preceito de caráter geral como é o art. 295” (*Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, cit., vol. II, p. 225).

(8) Como observa Fernando da Costa Tourinho Filho, com a edição da Lei 5.606, de 09.09.1970, não há mais menção ao termo “nacional”, tampouco exigência de efetivo exercício da função de “comando” (*Processo penal*, 13. ed., Saraiva, 1992, vol. III, p. 368).

- dirigentes e administradores sindicais – Lei 2.860, de 31.08.1956 (arts. 1.º e 2.º);
- servidores do Departamento Federal de Segurança Pública – Lei 3.313, de 14.11.1957 (art. 1.º, I, e § 1.º);
- pilotos de Aeronaves Mercantes Nacionais – Lei 3.988, de 24.11.1962 (art. 1.º);
- policiais civis do Distrito Federal e da União – Lei 4.878, de 03.12.1965);
- funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios – Lei 5.350, de 06.11.1967 (art. 1.º);
- professores de 1.º e 2.º graus – Lei 7.172, de 14.12.1983 (art. 1.º).

De outra sorte, não é nenhuma novidade, entre os processualistas penais brasileiros, confrontar o art. 295 do CPP com o primado constitucional da *igualdade de todos perante a lei*.

Aliás, todos os tratadistas clássicos abordaram o tema, sendo que, ao que nos foi dado pesquisar, *nenhum deles contestou a prisão especial*, muito pelo contrário.

Assim, Basileu Garcia, à sua época, escrevia:

“Todos são iguais perante a lei (...). No moderno direito repressivo não há lugar para as distinções de classes outrora vigorantes. Apesar do subjetivismo do direito penal dos nossos dias, que, inspirado na orientação positivista, coloca em alto aprêço o exame das condições pessoais do criminoso no estatuir a pena individualizada, seriam contrárias ao sentimento geral e inadmissíveis as diferenças de regime punitivo que se fundassem na diversidade de categorias sociais.

Enquanto, porém, não há condenação irrecorrível (...), compreende-se a concessão. O indiciado é presumido inocente até que venha a ser condenado. A prisão provisória é estabelecida em caráter excepcionalíssimo, em atenção a diversas conveniências, da sociedade e da justiça. Sendo medida de exceção, que pode acarretar grave e imerecido dano àquele que a sofre, deve ser aplicada com a maior benignidade possível.

A concessão de que se trata é consentânea com essa aconselhável benignidade. Não sendo possível, por deficiências de ordem material, facultar a todos os acusados ainda não condenados um tratamento que reduza os riscos de injustiça, iminentes ao caráter preventivo da medida privativa da liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles, os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, mereceram maior consideração pública, ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento no cárcere.

(...)

(...) todos os privilégios odiosos devem ser repelidos, mas que *nada tem de odioso o de que se ocupa o presente dispositivo*. Estabelecido na lei, aliás, de forma abstrata, nele não se objetivam pessoas, e sim *determinada qualidade que pode ser conseguida por qualquer pessoa, pelos serviços que prestar à coletividade, com o seu esforço*.⁹

Na mesma esteira, Eduardo Espínola Filho, entendendo inclusive que o art. 295 não encerra um *numerus clausus*, observava o seguinte:

“Antes da condenação definitiva, não se podem afirmar responsáveis inescusáveis, por infrações penais, as pessoas sujeitas a prisão, pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando que se evite, tanto quanto possível, o contacto entre réus definitivamente condenados e pessoas apenas provisoriamente presas; assim, é natural se

⁹ *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1945, vol. III, p. 73-75.

conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contacto com a rale dos criminosos, a pessoas *de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos, que prestem ou tenham prestado*".¹⁰

Igualmente Câmara Leal, *verbis*:

"Há pessoas que pela sua qualidade são consideradas egrégias, ficando isentas da prisão comum, quando devam ser detidas antes de sentença condenatória passada em julgado.

Essas pessoas têm direito à *sala livre em quartéis ou em prisão especial*, não podendo ser encarceradas nas prisões comuns.

Cumpra fazer sentir que o privilégio é restrito aos casos de prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado. Depois da condenação definitiva cessa o privilégio e o preso ficará sujeito ao cumprimento da pena nos presídios comuns".¹¹

Em igual sentido, Inocêncio Borges da Rosa:

"Qualquer das pessoas, que vêm de ser indicadas, quando presas, devem ser recolhidas a prisão especial, isto é, *a edifício, ou estabelecimento, ou sala que não se destine a presos sem regalias*. Estes são recolhidos a edifícios de prisão comum, assim chamada por ser a comumente destinada ao cumprimento das penas repressivas ou das correccionais".¹²

Por fim, Ary Azevedo Franco, *verbis*:

"Apesar do preceito contido no § 1.º do art. 141 da CF – 'Todos são iguais perante a lei' –, o legislador processual penal, por considerações de ordens várias, criou *certo privilégio* para as pessoas que enumera, determinando sejam recolhidas a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitas à prisão antes da condenação definitiva".¹³

3. A LEI 10.258, DE 11.07.2001, E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 295 DO CPP

Além de revogado o Dec. 38.016, de 05.10.1955, pelo Dec. 11, de 18.01.1991, a Lei 10.258, de 11.07.2001, alterou o inc. V do art. 295 do nosso diploma processual penal, bem como lhe acrescentou cinco parágrafos: "Art. 295. (...)

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

(...)

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

§ 2.º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em *cela distinta* do mesmo estabelecimento.

§ 3.º A *cela especial* poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

⁽¹⁰⁾ *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Rio de Janeiro : Borsoi, 1960, vol. III, p. 316 e 317.

⁽¹¹⁾ *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, cit., vol. II, p. 220-221.

⁽¹²⁾ *Processo penal brasileiro*, Porto Alegre : Globo, 1942, vol. II, p. 226-227.

⁽¹³⁾ *Código de Processo Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1954, vol. I, p. 342.

§ 4.º O preso especial *não será transportado juntamente com o comum*.

§ 5.º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum”.

Observe-se, portanto, que, em relação ao decreto de 1955, os novos parágrafos do art. 295 do CPP, de relevante, só passaram a obstar a *visita de ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente, sem horário determinado*.

De resto, diante, inclusive, dos arts. 40 a 43 da LEP, aplicáveis expressamente aos presos provisórios,¹⁴ nenhuma das outras prerrogativas previstas no revogado decreto eram, na prática, relevantes, muito embora referidas na exposição de motivos da Lei 10.258/01 como “privilégios injustificados”:

– *vestuário próprio* (sabemos que todos os presos em delegacias, atualmente, vestem-se com roupas próprias por falta, inclusive, de recursos estatais);

⁽¹⁴⁾ Os mencionados artigos, que, infelizmente, para vergonha de todos os brasileiros, têm sido verdadeiras “letras mortas”, estão assim redigidos:

“Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41. Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração;

III – previdência social;

IV – constituição de pecúlio;

V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI – chamamento nominal;

XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz de execução”.

– *recreio* (difícil haver recreio em uma prisão, no máximo estaríamos falando de uma televisão ou rádio, lembrando que banho de sol, essencial à saúde humana, não se confunde com “recreio”);

– *alimentação fornecida pela família* (é cediço que, hoje, os familiares de presos, durante as visitas, levam comida para os mesmos, o que até representaria eventual economia ao Estado...);

– *médico particular* (nada impede, presentemente, que, havendo real necessidade, qualquer preso seja consultado por médico particular desde que esse se desloque para a cadeia, não sendo crível que um juiz, com bom senso, deixe de autorizar tal medida);

– *recepção e transmissão de correspondência livremente* (qualquer preso, hoje, pode escrever cartas, garantido o sigilo epistolar previsto no art. 5.º, XII, da CR/88).

É de se apontar, outrossim, que a Lei 10.258/01 recebeu duras e pertinentes críticas de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem “a prisão especial não é privilégio, mesmo porque para a sua obtenção basta a natureza da atividade que a pessoa exerça ou sua formação universitária, pouco importando se é branco, negro, pobre ou rico”. O mesmo autor continua:

“Temos dezenas e dezenas de condenados pela Justiça Federal, mas não possuímos uma penitenciária federal... Temos recolhidos aos presídios cerca de 230 mil pessoas e celas para 100 mil... e ainda querem aumentar a população carcerária... e quando há rebeliões em face da vida subumana que os presos levam, entra a tropa de choque e tudo volta como dantes no quartel de Abrantes...”

Numa época em que o próprio legislador reconheceu que o nosso sistema penitenciário chegou a um total estado de falência a ponto de criar medidas alternativas para os condenados até quatro anos, transação nas infrações de menor potencial ofensivo e suspensão condicional do processo quando a pena mínima cominada não ultrapassar um ano, a minimização da prisão especial é um retrocesso sem nome.

Em vez de restringi-la, dever-se-iam construir estabelecimentos diversos dos prisionais, para todos aqueles que fossem presos provisoriamente, dêz que primários. Da forma como vai ficar, medidas alternativas, transação e extinção da prisão especial, vamos viver o quadro humorístico do ‘pezinho para frente... pezinho para trás...’.

Há o mal vezo de se identificar prisão especial com ‘regalias’ para os presos. Prisão especial se cumpre em estabelecimentos distintos dos propriamente prisionais. Mas, se a medida anunciada tiver, de fato, por finalidade, preservar o princípio de que todos são iguais perante a lei, deve o legislador admitir o duplo grau de jurisdição às pessoas que gozam de foro pela prerrogativa de função, atribuindo o julgamento à câmara ou turma e apelo para o pleno ou órgão especial; deve, também, expungir do nosso ordenamento inúmeros privilégios (estes, sim, sem aspas) conferidos a muita gente, tais como serviços dos Correios e Telégrafos, transporte aéreo, moradia, viagens ao exterior, veículos à custa dos cofres públicos... Esses privilégios é que devem acabar (*omissis*) Há, também, outros privilégios: não se podem prender em flagrante, em crimes afiançáveis, deputados federais, senadores, deputados estaduais, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e advogados inscritos na OAB. Não pode ser instaurado processo em relação a senadores, deputados federais e deputados estaduais, sem autorização do órgão legislativo a que servir...

O fato de em casos isolados terem ocorrido regalias para os beneficiados com prisão especial não é motivo para reduzi-la à sua expressão mais simples. *E perguntamos nós: televisão, telefone, cama e almoço levado pelos familiares são regalias?* Mas um dos nossos mais velhos anexins dizia: a um cão danado todos a ele...

Quando aqueles cinco ou seis deputados federais, os famosos anões do orçamento, foram acusados de improbidade, ninguém advogou o fechamento do Congresso... Apenas a punição daquelas ilustres figuras do nosso mundo jurídico. E isso se fez. *Mutatis mutandis*, que sejam punidos aqueles que transmutaram a prisão especial em hospedagem de luxo (se é que aquilo era luxo), sem respaldo em qualquer dispositivo legal..., mantendo-se, contudo, aquele mínimo que se pode conferir aos cidadãos não definitivamente condenados e que *exercem funções de relevo na sociedade*. Aqueles direitos a que fazem jus os presos a que alude a Lei das Execuções Penais e normas da Corregedoria dos Presídios são palavras ao vento, porque continuamos sendo uma *república de retóricos...*¹⁵

Afora essas considerações, importante consignar que *mesmo a recente Lei 10.258/01 continuou a admitir tratamento desigual*, por exemplo, a pessoas graduadas em escolas de nível superior (diferenciação por *status* cultural, portanto) e, igualmente, em função de leis especiais, a dirigentes sindicais, pilotos de aeronaves, professores de 1.º e 2.º graus etc. (tratamento distinto em função da atividade social desenvolvida pela pessoa presa), a partir do momento que eles tinham, e continuam a ter, direito a cela e transporte distintos, agora nos moldes dos novos parágrafos do art. 295 do diploma processual penal.¹⁶ E aqui não se ousou taxar a nova lei de preconceituosa...

4. DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO ESPECIAL E RECOLHIMENTO A QUARTEL, EM SALA DE ESTADO-MAIOR OU SALA DECENTE

Fundamental observar, porém, que a *prisão especial* prevista no art. 295, *caput*, 2.º parte, bem como em algumas leis especiais, regulamentada, agora, pelos novos §§ 1.º a 5.º do referido artigo do diploma processual penal, *não se confunde*, a nosso ver, com o recolhimento a sala de Estado-Maior ou sala decente.

Em outras palavras, diante dos termos do art. 295 e seus parágrafos, a expressão “prisão especial” não se traduz em gênero, do qual o “recolhimento a quartéis” (em sala de Estado-Maior ou sala decente, conforme veremos), seria simples espécie.

Com efeito, o próprio *caput* do art. 295 do CPP faz a distinção entre quartéis e prisão especial, deixando claras duas hipóteses distintas (serão *recolhidos*: 1) a quartéis ou 2) a *prisão especial*). A locução “ou”, aqui, indica alternância, e não sinonímia, caso contrário não haveria a necessidade do emprego da locução *a* antes da expressão “prisão especial”.

Por outro lado, em nosso vernáculo é cediço que *uma sala se distingue de uma cela*, justamente por esta ser guardada por grades e ferros.

Nesse sentido, levando-se em conta que o termo prisão, estritamente considerado, consiste em um recinto guardado por grades e ferros, ou seja, na *cadeia* propriamente dita, o “recolhimento a *prisão especial*” constante da segunda parte do *caput* do art. 295 do diploma processual penal significa, assim, nada mais do que o confinamento em “cárcere...

(15) “Prisão especial?”, <www.direitocriminal.com.br>, 09.02.2001.

(16) Aliás, isto é admitido em sua exposição de motivos, *verbis*: “A proposta ora formulada consiste em retirar do preso especial privilégios injustificados, restringindo-se o conceito às condições que resguardam a segurança, saúde e dignidade humana. A *diferença* com o tratamento do preso comum *consistirá* exclusivamente em manter o especial em cela distinta e no transporte separado, até porque os demais direitos do preso já estão assegurados na Lei de Execução Penal”.

gaiola, grades, jejé, presídio, pote, prisão, xadrez, xilindró”,¹⁷ com as características mencionadas nos novos parágrafos acrescentados pela Lei 10.258/01.

Diferentemente é o “*recolhimento a quartéis*”, utilizando-se a legislação especial – composta por leis ordinárias e leis complementares, de igual ou maior hierarquia do que o Código de Processo Penal e posteriores a ele –, aqui, da expressão “*sala decente*”, no que concerne a jornalistas, bem como “*sala de Estado-Maior*”, no que se refere a membros do Ministério Público Federal e Estadual, magistrados e advogados. Isto, em complementação, portanto, à primeira parte do art. 295 do CPP, pressupondo-se, por conseguinte, a *ausência de grades*.

Nesse sentido, aliás, decidiu o TJSP, em acórdão da lavra do Des. Álvaro Cury:

“A ‘*cela especial*’ separada dos demais detentos, embora possua maior dignidade que as prisões comuns, não supre, evidentemente, a exigência expressa contida no art. 89, V, da Lei 4.215/63” (atual art. 7.º, V, da Lei 8.906, de 04.07.1994), “que confere ao advogado preso preventivamente o recolhimento em *sala especial de Estado-Maior*. Não existindo tal acomodação na comarca e tendo a sentença condenatória deferido o regime prisional aberto, tudo recomenda a concessão de *habeas corpus* para que o causídico aguarde em liberdade o julgamento de eventual recurso” (HC 89.277-3, RT 655/289).

Importante observar que a leitura atenta dos novos parágrafos do art. 295 do CPP não leva a outra conclusão. Com efeito, referem-se os §§ 2.º e 3.º unicamente a *cela* – ínsita ao recolhimento a prisão especial –, jamais a *sala* – inerente ao recolhimento em quartel:

“§ 2.º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em *cela* distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3.º A *cela* especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.”

A exceção prevista no início do § 2.º acima transcrito – “não havendo estabelecimento específico para o preso especial” – também vem reafirmar o nosso entendimento.

Indubitável, portanto, que a nova disciplina estabelecida pelos parágrafos acrescentados ao art. 295 do diploma processual penal, acima tratada, *não se aplica à prisão em sala decente ou em sala de Estado-Maior*, expressamente estabelecida para categorias restritas, unicamente em função de atividades que, pelas suas características, a justificam, bem como não impede a *prisão domiciliar*, caso inexistir a referida sala, conforme será abordado no próximo tópico.

Se a intenção fosse findar com as prerrogativas dos Magistrados, promotores, advogados e jornalistas, previstas nos seus estatutos profissionais, como veremos, deveria o legislador, através da Lei 10.258/01, ter alterado o *caput* do art. 295 do diploma processual penal, retirando a expressão “*recolhidos a quartéis*”, bem como *revogado expressamente as disposições legais abaixo transcritas*, as quais, sendo posteriores à promulgação do Código de Processo Penal, deram o devido sentido e complementaram os termos acima referidos (“recolhidos a quartéis”), mesmo porque todos esses profissionais já se encontravam, direta ou indiretamente, abrangidos pelos seus incisos VI e VII, desde 1941:

a) *jornalistas*, prevendo a Lei 5.250, de 09.02.1967, o seguinte:

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

⁽¹⁷⁾ Cf. *Dicionário Aurélio Buarque de Holanda*, 2. ed., Nova Fronteira, 1986, vocábulo “cadeia”, p. 309.

Parágrafo único. 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”.

b) *magistrados*, assim estipulando a LC 35, de 14.03.1979 – Lei Orgânica da Magistratura:

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

c) *membros do Ministério Público*, estabelecendo a Lei 8.625, de 12.02.1983 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

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

(...)

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

d) membros do *Ministério Público da União*, dispoendo a LC75, de 20.05.1993:

“Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: (...)

II – processuais: (...)

e) ser recolhido a prisão especial ou a *sala especial de Estado-Maior*, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena”.

e) *advogados*, determinando a Lei 8.906, de 04.07.1994 – Estatuto da Advocacia:

“Art. 7.º São direitos do advogado: (...) V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, *senão em sala de Estado-Maior*, com instalações e comodidades condígnas, assim *reconhecidas pela OAB*, e, na sua falta, em prisão domiciliar”.

Por outro lado, nem se diga que os diplomas legais atinentes aos jornalistas, membros do Ministério Público, Magistrados e Advogados sejam, no que concerne ao recolhimento em sala decente ou em sala de Estado-Maior, afrontosos ao art. 5.º, *caput*, da Constituição da República, que garante tratamento igualitário a todos os cidadãos.

Com efeito, discorrendo sobre o conceito de *substantive due process of law*, Francisco Clementino de San Tiago Dantas de há muito escrevia que toda lei deve ser proporcional e razoável, refutando-se, como *undue process of law*, a lei caprichosa, arbitrária, salientando, ainda, que para a jurisprudência norte-americana uma lei só seria considerada *law of the land* quando preenchesse dois requisitos: o de que ela “compreenda em seu âmbito todos os que se encontram ou se venham a encontrar em igual situação”, e de que “a diferenciação ou classificação feita na lei seja *natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa*”.¹⁸

⁽¹⁸⁾ *Problemas de direito positivo – estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 46 e 47. O mesmo trabalho é encontrado sob o título “Igualdade perante a lei e *due process of law* (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo)”, RF 116/356, março de 1948. Vale a pena transcrever, mais uma vez, as lições desse autor: “A extensibilidade a todas as situações idênticas é um requisito que, no fundo, prova o caráter genérico da lei. Não é geral a norma cujo comando carece de fungibilidade perfeita; e não lhe poderá ser, portanto, reconhecido o caráter de *due process of law* (Sutton v. State, 96 Tenn. 710; Woodard

Nesse sentido, verifica-se que o direito conquistado pelos jornalistas, magistrados, promotores e advogados, de forma distinta dos demais membros da comunhão social, é “natural e razoável”, impondo-se precisamente em função da necessidade de se resguardar, ao máximo, as suas atividades, fundamentais à manutenção da democracia, já que, como é cediço, as ditaduras, tanto de direita quanto de esquerda, se utilizam, para impor seus regimes de exceção, justamente de prisões processuais penais.

Por outro lado, não há que se falar que a Lei 10.258, de 11.07.2001, ao alterar o art. 295 do CPP, tenha revogado tacitamente os referidos dispositivos legais que fazem menção a “sala decente” e “sala de Estado-Maior”. Como é curial, jamais uma lei de cunho geral terá o condão de derogar leis especiais que disponham de forma diversa e específica, em consonância, inclusive, com o art. 2.º, § 2.º, da LICC, *verbis*:

“Art. 2 (...) § 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.¹⁹

Nessa esteira, ao contrário do que ocorre com a *prisão especial*, prevista de forma genérica para as pessoas elencadas nos incisos I a XI do art. 295 do diploma processual penal, bem como em leis esparsas que se referem *tão-somente a ela*, ora regulamentada pelos novos parágrafos do referido artigo (comerciantes matriculados; vigilantes municipais do antigo Distrito Federal; dirigentes e administradores sindicais; servidores do Departamento Federal de Segurança Pública; policiais civis do Distrito Federal e da União; funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios; e professores de 1.º e 2.º Grau), a Lei 10.258/01 não alterou o direito que assiste aos jornalistas, membros do Ministério Público, magistrados e advogados de que a sua custódia cautelar seja em *sala desprovida de grades*, já que os seus estatutos são específicos e dispõem expressamente de forma diversa.

5. A PRISÃO DOMICILIAR TAMBÉM RESTOU INALTERADA

A prisão domiciliar – cuja denominação, em face do que foi exposto acerca do termo “prisão”, melhor seria, acreditamos, *recolhimento domiciliar* –, encontra-se disciplinada pela Lei 5.256, de 06.04.1967, que dispõe:

“Art. 1.º Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.

v. Brien, 14 Lea (Tenn.) 531; State v. Burnetts 6 Heisk (Tenn.) 186 etc.). No segundo requisito, o da racionalidade da classificação, abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como *undue process of law* a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejamento da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado. Aperfeiçoa-se, assim, o controle do legislativo, que não pode editar normas jurídicas senão de caráter universal, ou ‘*which embraces all persons who are or may come into like situation and circumstances*’ (Baxter, in Strathon v. Morres, 89 Tenn. 497), e que também não pode abrir exceções genéricas arbitrárias, senão impostas pela natural disposição das coisas” (idem, *ibidem*).

⁽¹⁹⁾ Cf., sobre o tema, Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro : Borsoi, 1955, p. 90-91.

(...)

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

(...)

Evidente, por fim, que se essa última lei, que continua em vigor, se aplica para os casos de prisão especial com cela e transporte distintos, previstos nos §§ 1.º a 5.º do art. 295 do CPP, ela também se aplica aos casos *menos severos* de custódia em sala de Estado-Maior ou sala decente, por questão de equidade, mencionados expressamente nas citadas leis especiais (magistrados, promotores, advogados e jornalistas), jamais questionadas.

6. CONCLUSÕES

A própria Lei 10.258/01 admite tratamento diferenciado – com transporte e cela distintos –, por exemplo, para a elite cultural de nosso país, ou seja, aos “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”, já que inalterado o inc. VII do art. 295 do CPP.

Além disso, após anos de árduas lutas, conquistaram direito a *prisão especial*, também, comerciantes matriculados, dirigentes e administradores sindicais, pilotos de aeronaves mercantes, policiais civis do Distrito Federal e da União, funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios, professores de 1.º e 2.º Grau etc., através de leis especiais, as quais não foram revogadas pela Lei 10.258/01.

Portanto, as hipóteses dos incisos I a XI do art. 295 continuam ampliadas, admitindo-se a prisão especial também para essas categorias profissionais, muito embora nos moldes dos recentes parágrafos deste artigo, conforme preceitua o novel § 1.º.

Afora a necessidade imposta por questões de segurança, no que concerne à prisão de policiais, preservar professores, médicos, engenheiros, ministros religiosos etc. de algumas das terríveis mazelas do cárcere provisório, concedendo-lhes um tratamento diferenciado através da *prisão especial* em estabelecimento distinto, tem por fundamento o *reconhecimento do valor social que suas profissões encerram*, e não riqueza, cor, raça ou outro critério qualquer! E isso a própria Lei 10.258/01 não pôde deixar de admitir.²⁰

Por outro lado, não se confunde a prisão especial acima referida com o direito a recolhimento em *sala decente* ou *sala de Estado-Maior*, *portanto sem grades*, garantido por leis específicas e vigorantes a jornalistas, magistrados, membros do Ministério Público e advogados, exclusivamente em função da necessidade de *resguardo da própria democracia*, já que essas atividades são extremamente visadas e, portanto, sensíveis, quando do primeiro lampejo de qualquer movimento ditatorial, tanto de esquerda quanto de direita, o qual se utiliza – e isto a história já demonstrou – justamente do processo penal para impor seu regime de exceção.

⁽²⁰⁾ Observe-se que ao tratar do preso definitivo, mesmo a Lei de Execução Penal prevê a classificação do preso, segundo os seus “antecedentes e personalidade” (art. 5.º), estatuinto, também, que, ao dispor da atribuição do trabalho, “deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado” (art. 32).