

VOTO - VISTA:

O Senhor Ministro Dias Toffoli :

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo **Procurador-Geral da República** , tendo por objeto o **art. 295, inc. VII, do Código de Processo Penal** , o qual concede **direito à prisão especial aos portadores de diploma de ensino superior** .

O requerente considera violados o **art. 1º, caput e inc. III, o art. 3º, incs. I, III e IV, e o art. 5º, caput e inc. I, da Constituição Federal** , que veiculam o princípio republicano, o princípio da dignidade da pessoa humana, os objetivos fundamentais da República e o princípio da isonomia, argumentando, em suma, que o dispositivo ora impugnado importaria em distinção injustificada em favor dos portadores de diploma de ensino superior.

Iniciado o julgamento na sessão do Plenário Virtual realizada de **18 a 25 de novembro de 2022** , o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes** , votou pela **procedência do pedido para declarar a não recepção do art. 295, inc. VII, do Código de Processo Penal pela ordem constitucional vigente** .

Em apertada síntese, explica Sua Excelência que o critério de diferenciação eleito pela norma questionada para fins de incidência da prisão especial, qual seja, a condição de portador de diploma de ensino superior, não justificaria a distinção de tratamento em relação aos presos provisórios comuns, pois não guardaria relação com qualquer objetivo constitucional, com a satisfação de interesse público ou com a proteção do indivíduo no ambiente carcerário por razões funcionais ou humanitárias.

Assim, considera que a medida seria discriminatória e que, ademais, beneficiaria aqueles que têm condição social privilegiada, contribuindo para uma “inaceitável seletividade socioeconômica do sistema de justiça criminal e do Direito Penal”.

Pontua, ainda, que os direitos conferidos pela Constituição da República ao cidadão preso devem ser garantidos a todos aqueles que estiverem privados de sua liberdade, sendo injustificável a preferência por aqueles que tenham maior grau de instrução.

Acompanharam o Relator as Ministras **Cármem Lúcia** e **Rosa Weber** , bem como o Ministro **Edson Fachin** , que apresentou voto vogal, ressaltando que embora não seja justificável que o portador de diploma seja, unicamente por esse motivo, segregado dos demais presos provisórios, não existe vedação a que, constatado risco potencial ou concreto à sua integridade física, moral ou psicológica , em razão de alguma condição pessoal peculiar, seja ele submetido à especial proteção de acordo com a regra geral do art. 84, § 4º, da Lei de Execução Penal.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a matéria.

É o relato necessário. No mais, acolho o relatório lançado nos autos.

De início, **acompanho o eminente Relator quanto ao conhecimento da arguição** , eis que se fazem presentes todos os requisitos legais de cabimento, inclusive o da subsidiariedade (art. 4º da Lei nº 9.882/99).

A impugnação tem por objeto o art. 295, inc. VII, do Código de Processo Penal, o qual confere aos portadores de diploma de ensino superior o direito de serem recolhidos a prisão especial quando presos cautelarmente.

Por oportuno, transcrevo o inteiro teor do referido dispositivo:

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

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957)

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

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

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

VI - os magistrados;

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

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

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

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966)

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

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

Antes de abordar propriamente o ponto objeto de impugnação, na esteira dos pares que me antecederam, registro que **não se está a discutir, na presente arguição, quais categorias de cidadãos teriam direito a tratamento digno quando privados de liberdade**, interpretação que poderia ser **erroneamente** induzida pelo § 3º do art. 295, acima transcrito, segundo o qual a cela especial deverá obedecer a critérios de salubridade do ambiente, **como se a cela comum não devesse observar tal requisito**.

A dignidade da pessoa humana figura no ordenamento jurídico como um princípio que fundamenta e agrega os demais direitos e garantias fundamentais e, como tal, impõe limites ao poder estatal, a fim de evitar arbítrios, além de obrigar o Estado a atuar de forma a garantir a plena e fiel observância dos direitos e das garantias fundamentais. Nesse sentido, é que se diz que não há Estado Democrático de Direito sem respeito à dignidade da pessoa humana, e não há dignidade humana sem Estado democrático de Direito que a resguarde. A existência e a legitimidade deste dependem diretamente do respeito e da diuturna defesa daquela.

Conforme leciona **Ingo Wolfgang Sarlet**,

“Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de **proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção**” (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007).

Consequentemente, **o monopólio da persecução penal confere ao Estado a responsabilidade de garantir que todos aqueles que se encontram sob sua tutela sejam tratados com dignidade e tenham seus direitos fundamentais resguardados.**

Nesse sentido, a Constituição estipula inúmeras garantias voltadas, primeiramente, à proteção da liberdade de locomoção e, na sequência, à proteção das pessoas institucionalizadas, de forma a dar concretude, nesse âmbito, ao princípio da dignidade humana, como, por exemplo, o direito dos presos de ter assegurado o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

Não obstante isso, sabe-se que a realidade das instituições de privação de liberdade não corresponde ao imperativo constitucional, como concluiu o Plenário da Corte no julgamento da medida cautelar na **ADPF nº 347/DF** (Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgado em 9/9/15, publicado no DJe de 19/2/16), no qual se estabeleceu que o sistema carcerário brasileiro caracteriza um estado de coisas inconstitucional, referindo-se à situação de vulneração generalizada de direitos fundamentais dos cidadãos privados de liberdade e a precariedade dos estabelecimentos penais no país.

A propósito, sintetizou o Relator, Ministro **Marco Aurélio**,

“no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram **tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que**

se encontram sob custódia . As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre."

Na ocasião, Sua Excelência apontou que **a violação sistemática de direitos fundamentais dos presos remete à responsabilidade dos três Poderes e de todas as esferas de governo** , indicando haver problemas tanto na formulação e na implementação de políticas públicas, quanto na interpretação e na aplicação da lei penal.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

"CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão" (ADPF nº 347/DF-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/15, DJe de 19/2/16).

Nessa linha de raciocínio, à luz do texto constitucional, e tendo em vista o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/MC, **o Estado**

brasileiro está obrigado a garantir a observância dos direitos fundamentais das pessoas que estão sob sua custódia, não havendo qualquer condição pessoal do preso que lhe afaste as prerrogativas de receber um tratamento digno e de ser detido em condições seguras e salubres .

Feito esse esclarecimento preliminar, volto ao exame da controvérsia suscitada na presente arguição, qual seja: **saber se o ordenamento constitucional de 1988 recepcionou o tratamento diferenciado e**, em razão da realidade de extrema precariedade dos estabelecimentos carcerários brasileiros, **inevitavelmente mais benéfico conferido aos presos cautelares portadores de diploma de ensino superior, consistente no recolhimento e no transporte em separado dos demais presos provisórios.**

O princípio da igualdade não só está entre os direitos fundamentais como, sobretudo, ocupa posição de destaque, traduzindo-se em valor regente da ordem constitucional e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, no **caput** do art. 5º da Constituição Federal consta o preceito de que todos são iguais perante a lei, o que reverbera pelo texto constitucional no que tange à proibição de todas as formas de discriminação, estando todos os indivíduos submetidos ao amparo e à força da lei de forma isonômica.

A noção de igualdade, ressalte-se, não se encerra em sua dimensão meramente formal, de igualdade perante a lei, contemplando também o seu caráter material, pelo qual se busca concretizar a justiça social e os demais objetivos fundamentais da República. É dizer, **a busca pela igualdade substancial requer que os indivíduos sejam tratados na medida de suas peculiaridades, sendo dever do Estado estabelecer distinções no intuito de corrigir as desigualdades materiais observadas na sociedade .**

Nessa esteira, conforme afirmado pelo Ministro **Alexandre de Moraes** , Relator da presente arguição,

“[a] desigualdade inconstitucional na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos comumente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade

perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”.

Em outras palavras, **a eleição de critérios para o estabelecimento de distinções entre os cidadãos demanda um ônus de justificação que, caso não seja verificado, importará em discriminação irrazoável e desproporcional, atingindo efeito contrário ao que se propunha.** Isso porque ao passo em que não é dado ao Estado proceder a um tratamento persecutório em relação a indivíduos ou grupos de indivíduos, também não lhe é autorizado agir com favoritismos, a fim de privilegiar seguimentos da sociedade em detrimento de outros.

No caso em apreço, cumpre aferir a razoabilidade do critério desigualador eleito pelo legislador para justificar a aplicabilidade do instituto da prisão especial àqueles que possuem diploma de ensino superior. Ou seja, resta saber se existe alguma peculiaridade do grupo beneficiado que possa fundamentar o tratamento específico ora concedido.

O elemento escolhido como fator de discriminação pelo legislador diz respeito ao grau de escolaridade do preso, ou seja, refere-se à qualidade de portador de diploma de ensino superior. Cuida-se de um grupo extenso de pessoas, pelo que não estamos a lidar com um destinatário singularizado. Trata-se, ademais, de um critério que, de fato, distingue os integrantes dessa categoria, havendo lógico contraste com indivíduos que possuem grau de escolaridade inferior. Resta verificar, porém, se esse critério de discriminação teria fundamento lógico apto a afastar a contrariedade ao princípio da isonomia.

É importante esclarecer que se **rejeita, de pronto, a ideia de que a prisão especial poderia ser justificada pela vetusta e hoje odienta hierarquização de categorias no sentido de que alguns grupos, pelo status social e honorabilidade de seus integrantes, teriam direito a um tratamento privilegiado em relação aos demais**. Essa noção, embora tenha ressoado ao longo da história brasileira, não se coaduna com os tempos atuais, muito menos com a tábua axiológica da Constituição de 1988, a qual deve orientar a interpretação das normas e dos institutos jurídicos que a precederam, de forma a moldá-los a seus preceitos.

Em tese, o instituto da prisão especial justificar-se-ia pela noção de que determinados cidadãos, quando em ambiente carcerário, estariam potencialmente expostos a riscos maiores e/ou mais gravosos à sua integridade física ou moral em razão, por exemplo, da função ou do cargo

que exercem ou exerceram, ou de outra condição pessoal. É por isso que, em tais casos, **a desigualdade atenderia ao imperativo constitucional de proteção à integridade física, moral e psicológica das pessoas institucionalizadas, evitando que determinados presos sofram animosidade ou represálias por parte dos presos comuns .**

Nessa esteira, observo que oito dos dez incisos do art. 295 mencionam o cargo ocupado ou a função exercida por aqueles que estiverem na condição de presos provisórios, como é o caso de membros do Poder Executivo e Legislativo, oficiais militares, magistrados, jurados ou delegados de polícia, havendo, ainda, legislações esparsas que estendem o direito à prisão especial a outras categorias, como advogados (Lei nº 8.906/1994), defensores públicos (Lei Complementar nº 80/1994), membros do Ministério Público (Lei Complementar nº 75/1993) e funcionários da Polícia Civil da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Territórios Federais (Lei nº 5.350/1967), por exemplo.

Como se observa, **a norma ora questionada destoa dos demais incisos do art. 295 do Código de Processo Penal , porquanto confere tratamento diferenciado em razão do grau de instrução, condição essa que, por si só, não guarda qualquer correlação com a específica necessidade de resguardar mais firmemente, sobretudo com adoção de medidas preventivas de segregação, a integridade física, moral ou psicológica de certos presos. É dizer, a mera formação no ensino superior, a priori e em tese, não agrega qualquer risco à pessoa privada de liberdade .**

Como muito bem sintetizou o Relator, o Ministro **Alexandre de Moraes ,**

“[e]m nosso próprio país, a distinção de presos com base no grau de instrução acadêmica documenta, de forma já extemporânea, a lógica do bacharelismo, designativo pelo qual as ciências sociais descrevem certo aspecto da formação social do Brasil, onde a condição de bacharel serviu como diferenciação funcional do papel da classe dominante.”

E complementa o Ministro **Edson Fachin ,** em seu voto:

“Não há nada que informe que presos com grau de instrução menor são mais perigosos ou violentos que presos com grau de

escolaridade maior ou vice-versa. Nada que diga que inserir no mesmo ambiente presos com graus distintos de escolaridade causará, por si só, maior risco à integridade física ou psíquica desses”.

(...) Em verdade, a separação pelo grau de instrução parece contribuir para uma maior seletividade do sistema de justiça criminal, que, mais facilmente, pune pessoas com menor grau de escolaridade, em violação ao princípio da igualdade.”

O princípio da igualdade traduz-se na obrigação de dar igual tratamento aos indivíduos que se encontram na mesma situação e, ao mesmo tempo, adotar medidas tendentes a igualar aqueles que estão em situação de desvantagem em relação aos demais, o que ocorreria, no caso em exame, se o instituto se prestasse a mitigar algum risco potencial sofrido devido a condições pessoais por determinada categoria de presos.

Como dito, a formação acadêmica é **condição pessoal que, a priori, não implica majoração ou agravamento do risco ao qual estará submetido o preso cautelar, distinguindo-se, portanto, de outras condições pessoais, a exemplo de integrar o preso as forças de segurança pública, ou a de ter ele exercido atividades profissionais intrínsecas ou intimamente relacionadas ao funcionamento do Sistema de Justiça Criminal.** Somente no segundo caso a medida ora analisada se prestaria, a princípio, a alcançar uma igualdade substancial.

Ao que parece, a concessão da prisão especial a portadores de diploma de curso superior tem propósitos outros como, por exemplo, proteger especialmente os que porventura sejam considerados, por critérios meramente subjetivos, como dotados de distinta e peculiar honorabilidade, ou, então, segregar com fundamento no nível sociocultural. Em ambos os casos, os propósitos visados pela norma não se coadunam com a finalidade geral e protetiva do art. 295 do CPP.

Além disso, **a norma impugnada traz uma desigualdade normativa que não tem o objetivo – direto ou indireto, explícito ou implícito – de amenizar desigualdades fáticas. Pelo contrário. Ao propiciar a criação de “classes ou categorias” de presos provisórios, independentemente de razões razoáveis que o justifiquem, esse benefício apenas transpõe para o sistema carcerário a mesma e intolerável divisão social desigual, injusta, discriminatória e aristocrata ainda hoje existente no seio da sociedade brasileira, contrariando valores consagrados pela Constituição da República de 1988, mormente a isonomia e a dignidade da pessoa humana .**

Não havendo, pois, uma justificação razoável para a previsão normativa, a medida importa em privilégio incompatível com a ordem constitucional, pelo que **acompanho o eminente Relator** em sua conclusão de que **a previsão da prisão especial aos portadores de diploma de ensino superior não foi recepcionada pelo ordenamento constitucional de 1988, por contrariar o princípio da isonomia, mas adiro à ressalva manifestada pelo Ministro Edson Fachin de que qualquer preso – aí incluídos, logicamente, aqueles que porventura sejam detentores de diploma de curso superior – pode ser segregado dos demais para a proteção de sua incolumidade física, moral ou psicológica**, conforme a regra geral do art. 84, § 4º, da Lei de Execução Penal.

Como explica Sua Excelência, o Ministro **Edson Fachin**,

“o reconhecimento da não recepção da prisão especial para os possuidores de diploma de curso superior pela Constituição Federal de 1988 não implica dizer que o preso que possua ensino superior não poderá em hipótese alguma ficar segregado em local separado de outros. Aplica-se, no caso, a regra geral. Assim, constatado pelas autoridades responsáveis pela execução penal que determinado preso, possuidor ou não de diploma de curso superior, tenha sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos, esse preso ficará segregado em local próprio separado dos demais, como prevê a Lei de Execução Penal em seu art. 84, § 4º”

Ante o exposto, voto pela **procedência pedido** para declarar **a não recepção do art. 295, inc. VII, do Código de Processo Penal** pela Constituição Federal de 1988, **aderindo à ressalva suscitada pelo Ministro Edson Fachin de que quaisquer presos – aí incluídos também os detentores de diploma de curso superior – podem ser segregados dos demais para a proteção de sua integridade física, moral ou psicológica**, conforme a regra geral do art. 84, § 4º, da Lei de Execução Penal, e, ainda, observada a legislação especial anteriormente mencionada e que não é objeto de impugnação nestes autos.

É como voto.