

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Adoto como relatório o lançado pelo ilustre Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Apenas para rememorar consigno cuidar-se de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Procuradoria - Geral da República, em que requer a declaração de não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 265, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O dispositivo impugnado encontra-se vazado nos seguintes termos:

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

[...]

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

[...]

§ 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.

Um dos fundamentos estruturantes da noção de República é o postulado da igualdade entre aqueles que a constituem. Nesse rumo de ideias, Immanuel Kant, em *A Paz Perpétua*, já enunciava que o conceito de República está fundado em três princípios: a liberdade dos membros da sociedade; a sujeição de todos a uma legislação comum; e a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sendo a constituição republicana a única

derivada da ideia de contrato originário, em que se funda toda a legislação jurídica de um povo (KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projeto Filosófico*. Trad. Artur Morão. LusofiaPress, Covilha, 2008, p. 11).

Em igual teor, ao reforçar a compreensão de que o conceito de República compreende o postulado da isonomia, Geraldo Ataliba, citado na petição inicial da presente ação, assevera que não teria sentido que os cidadãos se reunissem em República para estipular privilégios a favorecer determinado grupo ou para estabelecer instituições que violassem o direito fundamental à igualdade. A República “é de todos e para todos” e “os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos”, pois “de nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade”. (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 160).

A conexão entre República e a igualdade também não é estranha à jurisprudência desta Corte. No julgamento da medida cautelar na ADI 917, o Relator, Ministro Celso de Mello, ao citar João Barbalho, destacou que “a República não admite nem tolera privilégios, porque, ‘de todas as formas de governo, é a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela’”. Confira-se a ementa abaixo transcrita:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 10.961/92, DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ACESSO - PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS - ALEGADA OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - A exigência de concurso público, que traduz determinação de índole constitucional (CF, art. 37, II), objetiva impedir que a investidura em cargos, funções ou empregos públicos seja distorcida por práticas estatais discriminatórias, que ofendem, profundamente, o postulado da igualdade e que desrespeitam, de modo frontal, o primado da idéia republicana, cujo valor - impregnado de altíssimo coeficiente ético-jurídico - qualifica-se como expressivo vetor interpretativo das normas que compõem a Lei Fundamental. **A República não admite nem tolera privilégios, porque, "de todas as formas de governo, é a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela" (JOÃO BARBALHO). Precedentes. - Relevância jurídica da tese que sustenta a inconstitucionalidade de resoluções estatais que privilegiam determinadas categorias funcionais, assegurando, aos seus integrantes, o ingresso em cargo público mediante simples prova seletiva interna.**

(ADI 917 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/1993, DJ 15-12-2006 PP-00080 EMENT VOL-02260-01 PP-00049)

Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a associação entre República e igualdade, afirma constituir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV, CF).

Tem-se, portanto, que a violação ao princípio da igualdade atinge a República em seu núcleo essencial.

Por outro lado, o princípio da igualdade está consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o qual prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Na ambiência dos direitos dos presos, o postulado da isonomia também está presente, na medida em que a Constituição Federal assegura aos presos, sem qualquer distinção, o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

Cumprido registrar que o princípio da igualdade perante a lei não significa somente igualdade na aplicação e interpretação da norma jurídica; mas sobretudo igualdade *na lei*, vale dizer, a própria lei não pode ser criada em desconformidade com o referido princípio. O princípio da igualdade é, assim, voltado não apenas à instância judicial; mais que isso, ele é dirigido ao legislador, na medida em que a isonomia se posta como um limite para a própria lei. Nesse sentido, Francisco Campos, em sua obra *Direito Constitucional*, já asseverava:

“[...] não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios de política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.” (CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 30).

Por outro lado, o conceito de igualdade é relativo. Apenas se pode falar em igualdade ou desigualdade quando se compara determinada situação com outra. E, nesse sentido, a lei, quando é editada, toca no princípio da igualdade, pois ela nada mais faz do que distinguir aqueles que se enquadram na norma prevista de outros que não se encaixam. Contudo,

nem toda desigualação está em desconformidade com o princípio da isonomia. A própria Constituição Federal, ao trazer a exigência de justiça social, ao diferenciar homens e mulheres, ao proscrever o racismo e outras formas de discriminação, autoriza desigualações com base em certas características e/ou circunstâncias pessoais. É a denominada isonomia material. (SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 214-215).

Assim, a problemática reside em identificar quando determinado fator de desigualação está ou não em conformidade com o postulado de isonomia (material) e com a Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “O conteúdo jurídico da igualdade”, ensina que, na verificação da compatibilidade do fator legal de *discrímén* com o princípio da isonomia, é necessário percorrer três etapas:

- 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 *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 18ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21).

Assim, em primeiro lugar, é preciso identificar o fator de desigualação, o qual não pode ser tão específico a atingir de modo atual e absoluto a um só indivíduo, nem consagrar um critério que discrimine pessoas ou situações mediante traço que não resida nelas próprias. Identificado o fator de *discrímén* e satisfeitos os mencionados requisitos, em um segundo momento, é necessário aferir se há uma correlação lógica abstrata entre o traço desigualador erigido e a descriminação legal procedida. Por fim, em um terceiro momento, impende verificar se a correlação racional abstrata existente é, no caso concreto, afinada com o sistema normativo constitucional. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 18ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-43).

Na hipótese em exame, segundo a norma legal impugnada, os diplomados por qualquer faculdade de ensino superior do País, quando sujeitos à prisão antes da condenação, têm direito à prisão especial.

Conforme o Código de Processo Penal, a prisão especial implica duas distinções: a) o recolhimento e transporte do preso especial em estabelecimento, cela ou meio de locomoção distinto do preso comum (art. 295, §§ 1º, 2º e 4º); b) a prisão especial, quando consistir em alojamento coletivo, deverá atender “os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.” (art. 295, § 3º).

O fator de desigualação contido no norma objeto de exame é, portanto, o grau de escolaridade do preso cautelar. Quando se analisa apenas o traço de discriminação, observo que ele não conduz a um único indivíduo de modo presente e absoluto, porquanto não é possível identificar previamente aqueles que serão atingidos pela norma. O traço de discriminação também não é externo às pessoas diferenciadas, mas nelas reside. Assim, ao menos na primeira etapa proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda não se pode falar em violação ao princípio da igualdade.

Contudo, ultrapassada a etapa inicial, quando se analisa as duas etapas seguintes, forçoso reconhecer que a norma jurídica impugnada viola o princípio da igualdade. A uma, porque não há critério lógico, para à vista do fator de discriminação escolhido pela legislador, atribuir o tratamento jurídico legal diferenciado. A duas, porque o fator de discriminação erigido pelo legislador não está em conformidade com o texto constitucional.

A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, inciso XLVIII, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. A lógica constitucional é a de que presos que cometeram crimes mais violentos são mais perigosos que presos que praticaram delitos menos graves; que adolescentes ou idosos não podem ser recolhidos com adultos, pois aqueles, por suas condições pessoais físicas e psíquicas, podem se sujeitar à força e influência destes; que homens e mulheres não podem ser presos juntos dadas às diferenças biológicas entre ambos.

Em sintonia com a diretriz constitucional, o art. 82, § 1º, da LEP prevê que a mulher e o maior de sessenta anos serão recolhidos, separadamente, em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. Na mesma linha, o art. 83, § 1º, da LEP estipula que os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: “I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes

cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.”

De igual modo, a Lei de Execução Penal, no art. 84, § 4º, assim como o Código de Processo Penal, no art. 300, estabelecem que os presos provisórios ficarão separados dos presos definitivos. A lógica legal é de que os condenados por culpa reconhecida em decisão transitada em julgado devem ficar separados daqueles que são presumidamente inocentes, conforme previsão constitucional contida no art. 5º, inciso LVII.

Entretanto, ao analisar a norma legal impugnada, não verifico correlação lógica entre grau de escolaridade e separação de presos. 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.

A par da ausência de correlação lógica, a diretriz constitucional trazida no art. 5º, incisos XLVII e LVII, não respalda a separação de presos apenas com base na grau de escolaridade. 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.

Além de o grau de instrução não justificar lógica e constitucionalmente a separação de detentos, a outra motivação legal para a existência da prisão especial é ainda mais violadora do texto constitucional e da isonomia. Segundo a norma legal, o preso especial terá direito a local de reclusão que atenda “os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.” (art. 295, § 3º). Contudo, esses requisitos devem estar à disposição de todos aqueles que estão recolhidos em algum estabelecimento prisional, independentemente do grau de instrução.

A Constituição Federal coloca como dever do Estado assegurar a todos os presos, sem distinção, a integridade física e psíquica. A Lei de Execução Penal, nessa direção, prevê que os estabelecimentos prisionais deverão “contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva” (art. 83).

Portanto, o segundo motivo para a existência da prisão especial também não se justifica com base no princípio da igualdade, porque condições condignas no cumprimento da pena deve ser estendida a todos os presos, sem distinção, os quais merecem respeito aos direitos fundamentais, sobretudo quando esta Corte, na APDF347 – MC, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional (ADPF 347 MC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015)

Assim, pelas razões expostas, entendo que o dispositivo impugnado viola não apenas o princípio republicano expresso no art. 3º, inciso IV, CF, como também a princípio da isonomia contido no art. 5º, *caput* e inciso XLIX, da Constituição Federal.

Por fim, importa consignar que 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, se constatado, pelas autoridades responsáveis pela execução penal, que determinado preso, possuidor ou não de diploma de curso superior, tem 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, julgo procedente o pedido formulado na petição inicial para declarar a não recepção do art. 295, inciso VII, do CPP, pela Constituição Federal de 1988.

É como voto.