

O DIREITO À PRISÃO ESPECIAL: GARANTIA OU PRIVILÉGIO?

Fernanda Cristina Zacarias Coelho*

Sumário: 1 Introdução; 2 Confrontação entre a prisão especial prevista no art. 295, inc. VII, e a ordem constitucional; 3 Aspectos filosóficos e interacionistas aplicáveis ao estudo do art. 295, inc. VII, do CPP; 4 Outros aspectos definidores da (i)moralidade da prisão especial concedida aos portadores de diploma; 5 Conclusão.

Resumo: No presente trabalho, discute-se a prisão especial reservada a portadores de diploma, nos termos previstos no artigo 295, inciso VII, do Código de Processo Penal. O estudo convida à reflexão acerca do caráter discriminatório do instituto, por possibilitar tratamento diferenciado entre presos, tratamento este condicionado não a contingências referentes a cada caso concreto (baseadas, por exemplo, na necessidade de se garantir a integridade do próprio detento), mas exclusivamente ao grau de instrução. No desenvolvimento, são apontados os confrontos mais visíveis entre a norma e os preceitos consagrados na Constituição Federal de 1988, com especial destaque à discussão inaugurada perante a Suprema Corte brasileira, com o ajuizamento da ADPF n.º 334/2015. Por sua vez, a análise jus-filosófica, derivada da reflexão kantiana acerca do agir moral, tem seus contornos definidos na teoria crítica capitaneada por Jürgen Habermas que, baseando-se nas pesquisas de Mead, Kohlberg e Piaget, auxilia-nos a responder à pergunta de que se ocupa o título.

Palavras-chave: Prisão especial. Dignidade humana. Isonomia de tratamento.

* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa – PPGJA da Universidade Federal Fluminense – UFF. O presente artigo foi originariamente apresentado no 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito (PPGSD-UFF), realizado em outubro/2015, em Niterói/RJ. e-mail: fernanda.z.uberlandia@gmail.com

1 Introdução

Em 2015, a Procuradoria Geral da República ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 334/2015, objetivando impugnar a validade constitucional do artigo 295, inciso VII, do Código de Processo Penal. O ilustre Procurador Geral, Rodrigo Janot, sustenta na inicial que, ao se conceder direito de prisão especial a portadores de diploma de ensino superior, o dispositivo teria violado o conceito de República, o princípio da dignidade do ser humano, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e o princípio da isonomia, nos termos erigidos nos arts. 1.º, *caput* e III; 3.º, I, III e IV, e 5.º, *caput* e I, da Constituição Federal.

A discussão descortina polêmicos pontos de vista, máxime porque questiona uma prerrogativa legal exclusiva de uma sorte de pessoas, unicamente em função de seu grau de instrução. A princípio, o art. 295, inc. VII, do CPP não afrontaria a igualdade material de tratamento, preceito regente das ações do Estado, porque a todos os cidadãos é possível, ao menos em tese, trilhar os caminhos do ensino superior, condição objetiva que conduziria os presos provisórios a garantirem o mesmo “direito” de recolhimento em quartéis, em celas individualizadas ou em outros locais aptos a servirem de prisão especial, resguardando os diplomados do convívio com os demais presos. Além disso, de acordo com os defensores do instituto, a prisão especial seria justificável porque a lei possui o legítimo condão de, diante da ineficiência estatal em manter acautelamento condigno a todos os presos que ainda ostentam a presunção de inocência, assegurar melhores condições carcerárias ao menos à parcela de presos considerada “merecedora” da benesse.

Ocorre que o critério fundado no grau de escolaridade não só está desconectado dos princípios consagrados na Constituição da República, como também se contrapõe, na prática, aos objetivos constitucionais voltados à construção de uma sociedade justa, à redução das desigualdades e à promoção do bem geral – além de, obviamente, sedimentar severo preconceito. Tal conclusão deriva-se: i) de uma leitura atenta das regras e princípios mais relevantes da ordem constitucional pátria; e ii) da confrontação entre as justificativas dos que defendem a constitucionalidade do texto legal e a observação dos fenômenos morais definidores das relações de reconhecimento recíproco.

Nesse sentido, o primeiro tópico do trabalho ocupar-se-á da dissecação do tema à luz da Constituição Federal de 1988, sob os contornos principiológicos extraídos da lavra de

importantes constitucionalistas, como Uadi Lammêgo Bulos e Alexandre de Moraes. A contextualização introdutória da norma sustenta-se, ainda, na doutrina processual aplicável à espécie, com suporte em Guilherme de Souza Nucci.

Num segundo momento, a análise adentra nuances jus-filosóficas, relacionadas à elucidação do ponto de vista moral anterior à própria fundamentação normativa, o que induz ao entendimento de que a integração social, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, pressupõe não só a inevitabilidade, como também a exigência da reciprocidade intersubjetiva, fundamental entre os indivíduos. O gancho dessa explanação encontra em Immanuel Kant (1724 – 1804), George Herbert Mead (1863 – 1931), Jean Piaget (1896 – 1980), Lawrence Kohlberg (1927 – 1987) e Jürgen Habermas (1929) o fecho teórico ideal a subsidiar a apreensão ético-normativa da validade da norma em comento.

Derradeiramente, o terceiro tópico dedica-se ao necessário resgate dos atributos morais inerentes a qualquer comunidade ética, o que foi muito bem destacado na ADPF que se encontra sob a apreciação da Suprema Corte, mas infelizmente esquecido pelo legislador brasileiro quando da redação do dispositivo legal ora atacado. À evidência, a revisão da amplitude moral do benefício exige a substituição da postura discriminatória evocada na lei pela conotação simétrica intersubjetiva, configurada no indispensável respeito que cada indivíduo deve demonstrar pela integridade de seus semelhantes.

2 Confrontação entre a prisão especial prevista no art. 295, inc. VII, e a ordem constitucional

Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana deve situar-se, tanto no direito positivo vigente, quanto na prestação jurisdicional, *antes e acima* de qualquer outro objeto ou finalidade, como bem jurídico maior a ser preservado. A salvaguarda da dignidade humana, como princípio, constitui-se em padrão decisório dotado de plena normatividade, imanente à própria Constituição, como um mandamento nuclear que esparge sua força por todo o sistema. Chega a ser redundante dizer da dignidade como princípio fundamental, conforme consagra o pórtico do art. 1º da CF/88, mas a homenagem deixa explícita a preocupação do legislador em consignar a imprescindibilidade desse valor constitucional supremo. A observância da dignidade humana (CF, art. 1º, III) é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma

que se pretenda constitucional, “devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem” (BULOS, 2001, p. 49).

Se a Constituição de 1988 se esmerou em enaltecer a dignidade humana, também não deixou por menos quanto ao princípio da isonomia de tratamento. Embora “isonomia” não conste explicitamente do rol de direitos e garantias constitucionais, seu sentido encontra-se subtendido na noção de igualdade. Qualificada como *regra de ouro*, a igualdade é de tal maneira crucial que a ela faz menção, por duas vezes, o *caput* do art. 5º – pedra de toque do reconhecimento das garantias ditas fundamentais, porque dirigidas indistintamente a quem quer que seja: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]”. Conforme Bulos (2001, p. 77), a dupla menção se justifica porque o constituinte preferiu seccionar o princípio da isonomia em “igualdade *perante* a lei” e “igualdade *na* lei”. No primeiro caso, a evocação do princípio da isonomia deve respaldar a aplicação do direito em determinado caso concreto; no segundo, exige o princípio que as normas jurídicas não contenham distinções que firam referida ordem constitucional.

Assim, a observância da isonomia de tratamento – princípio informador de todo o sistema jurídico, personificando diretriz interpretativa para a resolução de controvérsias constitucionais ou infraconstitucionais – deve guiar a fundamentação e a aplicação do ordenamento, o qual, por sua vez, legitima-se constitucionalmente no respeito ao princípio da dignidade.

O presente intróito é importante diante do fato de que a lei ordinária raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, pois necessita atender, quase sempre, a diferenças de sexo, de ocupação profissional, de posição jurídica, de direito anterior, bem como qualificar diversamente as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, levando em consideração as circunstâncias em que se produzem (BULOS, 2001, p. 78-79). Em termos exemplificativos, é possível citar a previsão constitucional referente ao foro privilegiado (art. 102, I, da CF/88) e a previsão de cotas para ingresso nas universidades federais, garantidas na Lei nº. 12.711/2012.

Dado que a desigualdade é própria da condição humana, releva notar que desigualdades normativas devem objetivar amenizar disparidades fáticas – como ocorre na adoção legal das chamadas ações afirmativas –, ou, pelo menos, não alimentá-las. Para Moraes (2014, p. 35):

A desigualdade 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 genericamente 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.

Pois bem. É no âmbito de uma desigualdade veiculada pela lei que transita o disposto no art. 295 do Código de Processo Penal, acerca da prisão especial. Eis a dicção do artigo:

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

I - os ministros de Estado;

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

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

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

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

VI - os magistrados;

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

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

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

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

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

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

§ 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.

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

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

A princípio, da leitura do dispositivo observa-se que a prisão especial foi instituída com a intenção de proteger determinadas pessoas que, ao serem recolhidas provisoriamente à prisão, pudessem sofrer, pela ação de outros detentos, algum tipo de constrangimento ou violência, em função das atividades por elas desenvolvidas. Por razões lógicas e plausíveis, cita-se o exemplo de jurados, promotores, policiais e mesmo de magistrados que, presos provisoriamente, poderiam vir a sofrer retaliação e/ou intimidação. Não sendo exaustivo o rol do artigo 295, mas exemplificativo, à lista de pessoas beneficiadas incluem-se aquelas destacadas em leis esparsas especiais, como as que beneficiam os pilotos de aeronaves mercantes nacionais (Lei nº. 3.988/61) e os dirigentes de entidades sindicais (Lei nº. 2.860/56).

Atendo-se ao artigo 295, nota-se que oito de seus dez incisos fazem menção expressa ao cargo ocupado ou à função exercida por aqueles que se virem na condição de presos provisórios. Todavia, o que seria a finalidade precípua da prisão especial desaparece quando observado o disposto nos incisos IV e VII, que se excetua desse rol de cargos e funções ao tratarem, respectivamente, da concessão da prisão especial a cidadãos inscritos no “Livro de Mérito” e a portadores de diploma de curso superior. No primeiro caso, beneficia-se pessoas que tenham merecido uma particular distinção ou destaque meramente subjetivo; no segundo, beneficia-se os que tiveram o privilégio inequívoco (numa nação tão socialmente desigual quanto a brasileira) de concluírem o nível superior de ensino.

Na doutrina processual penal, são encontráveis severas críticas não só à exclusividade do instituto a cidadãos diplomados ou beneméritos, como também à prisão especial condicionada ao cargo ou função ocupada pelo agente. Para Nucci (2011, p. 619):

Quem vai preso é o indivíduo e não seu cargo ou sua função. Quem sofre os males do cárcere antecipado e cautelar é o ser humano e não o seu título. Em matéria de liberdade individual, devemos voltar os olhos à pessoa e não aos seus padrões sociais ou econômicos, que a transformem em alguém diferenciado. O correto seria garantir prisão especial – leia-se, um lugar separado dos condenados – a todo e qualquer brasileiro que, sem ter experimentado a condenação definitiva, não deve misturar-se aos criminosos, mormente os perigosos. Entretanto, faz a lei uma discriminação injusta e elitista. Por mais que se argumente que determinadas pessoas, por deterem diploma de curso superior ou qualquer outra titulação, muitas vezes não acessíveis ao brasileiro médio, merecem um tratamento condigno destacado, porque a detenção lhes é particularmente dolorosa, é fato que qualquer pessoa primária, sem antecedentes, encontra na prisão provisória igual trauma e idêntico sofrimento. Bastaria bom senso e boa vontade ao legislador e ao administrador dos estabelecimentos penitenciários para executar uma política humana de detenção, reservando-se celas e até mesmo pavilhões para os presos provisórios, separando-se, dentre esses, aqueles que são primários, sem qualquer

antecedente, dos que já possuem condenações e, conseqüentemente, maior vivência no cárcere.

Na visão do processualista, se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão – respaldada, por exemplo, na primariedade ou na periculosidade do agente – para afastar o preso provisório do convívio com os demais presos também provisórios. Nesse aspecto, questiona Nucci (2011, p. 619): “por que haveria o portador de diploma de curso superior de merecer melhor tratamento do que o outro?”. Afinal de contas, “o homem letrado e culto pode ser tão delinquente quanto o ignorante e analfabeto, por vezes até pior, diante do conhecimento que detém”.

Da mais acurada doutrina constitucional, infere-se que uma discriminação normativa somente é condizente com o princípio da isonomia quando atende, resumidamente, a três requisitos básicos: (i) a lei não pode referir-se a um único indivíduo ou a apenas uma categoria de indivíduos, sob pena de incorrer, no mínimo, em flagrante preciosismo exclusivista; (ii) as pessoas ou situações “desequiparadas” pela lei devem, efetivamente, ser distinguidas entre si, de modo que a “desequiparação” conforte-se razoavelmente à situação fática, promovendo um encurtamento da distância existente entre a norma e a justiça social; (iii) a discriminação legitimada na lei deve adequar-se aos interesses constitucionais protegidos, enfeixando-se harmonicamente ao ordenamento.

Defrontado por esses parâmetros, certo é que os incisos IV e VII do artigo 295 não preencheriam a nenhuma das condições, dado o flagrante privilegiamento de determinada categoria de pessoas, em detrimento de outras (i), sem qualquer motivo fático relevante e, ainda, sem denotar qualquer objetivo tendente à pacificação social (ii). Aliás, o que se vê é o contrário: ao promover a categorização de presos, a lei, na prática, implica em beneficiar as pessoas mais favorecidas socialmente, reproduzindo uma diferença fática já tão evidente no dia a dia, ao invés de buscar neutralizá-la. Não por menos, a lei acaba expondo a manifesta inépcia do Estado em fornecer a todos as mesmas condições dignas de encarceramento. Além disso, há explícito desacordo entre o dispositivo e o texto constitucional (iii), restando evidente que o legislador ordinário ignorou por completo os elementos principiológicos que deveriam respaldar a elaboração da norma, jungidos na isonomia e na dignidade da pessoa humana.

Nas sábias palavras de Bastiat (2010, p. 16), “quando a lei e a moral estão em contradição, o cidadão se acha na cruel alternativa de perder a noção de moral ou de perder o

respeito à lei, duas infelicidades tão grandes tanto uma quanto a outra e entre as quais é difícil escolher”. Nessa ótica, não há dúvidas de que o legislador pátrio buscou tirar da lei o proveito que convinha somente a uma classe de indivíduos, ciente de que, no Brasil, as condições desumanas do cárcere são regra e não exceção.

3 Aspectos filosóficos e interacionistas aplicáveis ao estudo do art. 295, inc. VII, do CPP

Immanuel Kant (2010, p. 25), ao prescrever um agir de acordo com um princípio interior (o imperativo categórico), considerou que a ação do Estado que se volta para o direito dos *outros* deve pautar-se pela precedência *exclusiva* de um dever moral. A igualdade jurídica necessária entre os cidadãos decorreria, assim, da aplicação de um imperativo destinado, *a priori*, ao Estado, segundo o qual “ninguém pode obrigar juridicamente outrem a algo sem que ele ao mesmo tempo se submeta à lei de também poder ser obrigado por ela reciprocamente do mesmo modo”.

Nessa perspectiva, cabível a exigência de que os critérios legais da prisão processual advenham de um poder legislativo democraticamente instituído (o que se cumpriu), valendo-se esse poder de um espaço normativamente legitimado, a autorizar seus legisladores a agirem em nome do todo (o que também se cumpriu), a fim de manter a identidade de uma convivência juridicamente organizada. O objetivo da lei, em tese, deveria estar direcionado ao aproveitamento simétrico de direitos que são particulares a todas as pessoas, merecedoras de idêntica consideração. Esse aproveitamento simétrico, por sua vez, deveria perfazer-se na equidade pressuposta entre os indivíduos motivados por expectativas recíprocas e complementares. Por certo, Kant jamais admitiria a existência de um direito pragmaticamente condicionado a atender à necessidade de se garantir certo cuidado estatal tão somente a uma casta específica, tal como explicitado na redação do art. 295 do CPP.

Ainda que desconsiderássemos o rol de beneficiários do artigo – por incompatibilidade absoluta com o imperativo categórico kantiano e, por conseguinte, pela ausência de qualquer justificativa moral plausível para sua enumeração –, a alusão às características das celas especiais, como se às demais não fossem exigidas condições mínimas à existência humana, mostra-se ainda mais desconectada da moralidade. Tais referências estão elencadas nos parágrafos que foram acrescentados ao artigo pela Lei n.º 10.258, de 11 de julho de 2001, que,

até então, era anunciada como a norma que extinguiria os ditos privilégios carcerários. Ledo engano. Dentre as expressões textuais constantes dos parágrafos, destacam-se as seguintes:

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

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

§ 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.*

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

§ 5º Os *demais direitos* e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. (grifo nosso)

Tendo em foco o §3º, por exemplo, caberia questionar aqui se os fatores adequados à existência humana nele mencionados – relacionados a salubridade, aeração, insolação e condicionamento térmico do ambiente – não seriam requisitos que deveriam ser apresentados por *qualquer* cela em que pessoas fossem encarceradas, ainda que provisoriamente. Ora, se a proteção constitucional à integridade física e moral se dirige a todos os presos (art. 5º, inc. XLIX, da CR/88), não há dúvidas de que o instituto da prisão especial acaba por selecionar os “tipos” de presos que se colocam sob sua proteção, espoliando dos demais essa possibilidade, distinção discriminatória que se torna ainda mais dramática quando deparada com a realidade das instalações carcerárias do país. Considerados os arrolados do inciso VII, a prerrogativa, na prática, defere aos presos especiais condições de acautelamento consideradas mais “dignas” do que àquelas reservadas aos “comuns”, unicamente porque são estes desprovidos de instrução acadêmica (o que, na maior parte das vezes, ocorre por razões alheias à sua vontade).

A amplitude moral do instituto em análise alberga aspectos outros quando baseada na teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas. Enquanto Kant compreendeu a moralidade como condição necessária e anterior à experiência, para Habermas não basta que a ética filosófica eleve à categoria moral um predicado que defina o que é “igualmente bom para todos”. Seu pensamento, de matriz universalista e dialógica, remodelou a perspectiva egocêntrica calcada na razão prática kantiana.

Agregando o agir comunicativo às considerações extraídas da psicogênese evolutiva, Habermas tece uma linha auxiliar na elucidação do desenvolvimento moral progressivo,

reforçando o aspecto dialógico vislumbrado na construção de um novo paradigma aplicável à teoria da formação da consciência. De acordo com sua ética discursiva (de inspiração multifacetada, diga-se), o aparato linguístico da interlocução instrumentaliza a produção e a ordenação sintática das configurações simbólicas, embasado não só no fato de que representação e comunicação pressupõem-se mutuamente, como na implicação de que, fixadas as proposições, estas vinculem a ação interlocutória que se dá entre indivíduos que as reconhecem como válidas.

No ponto que interessa ao presente estudo, é possível sintetizar a teoria crítica habermasiana a partir da incursão feita à atitude reflexiva inevitavelmente instaurada nas relações interpessoais ordinárias, atitude esta que direciona o diálogo (deflagrado via racionalidade comunicativa, de natureza fundadora) ao consenso (obtido via racionalidade discursiva, de natureza integrativa). Sob as condições simétricas do Discurso, cada um é convidado a assumir a posição de todos os outros – e, com isso, vislumbrar reciprocamente os modos de autocompreensão e compreensão de mundo –, avocando para si uma perspectiva em primeira pessoa do plural, “nossa”, idealmente descentrada e ampliada.

Habermas vê em Jean Piaget e em Lawrence Kohlberg as fontes que lançaram luz sobre a formação da consciência moral. A partir das pesquisas afetas ao percurso infantil rumo à socialização, é definido o caminho do desenvolvimento moral, levando-se em conta o processamento cognitivo das questões normativas perante as quais todos se colocam. De Piaget, o filósofo se utiliza do conceito de descentramento (1989, p. 24), como consequência da abstração reflexionante das ações, sendo esta por ele concebida “como o mecanismo de aprendizagem que pode explicar, na ontogênese, o desenvolvimento cognitivo que termina numa compreensão descentrada do mundo”. De Kohlberg, Habermas (1989, p. 49) destaca a peculiar pesquisa dividida entre a reconstrução racional das intuições morais, extraída a filosofia analítica, e o estudo empírico do desenvolvimento moral, derivado da psicologia.

Há evidente paralelo entre a teoria *kohlbergiana* do desenvolvimento moral e a teoria *piagetiana* do desenvolvimento cognitivo. Ambas dão suporte ao desate da lógica interna das interações sociais, através da observação das experiências psicodinâmicas de respeito mútuo e de solidariedade. Para Habermas (1989, p. 50):

É na mesma linha de pensamento que Piaget e Kohlberg estabelecem uma hierarquia de níveis ou “estádios” de aprendizagem distintos, sendo que cada nível particular é definido como um equilíbrio relativo de operações que se tornam cada vez mais complexas, abstratas, gerais e reversíveis. Ambos os autores fazem suposições sobre

a lógica interna de um processo de aprendizagem irreversível, sobre os mecanismos de aprendizagem (isto é, sobre a interiorização de esquemas do agir instrumental, social ou discursivo), sobre desenvolvimentos endógenos do organismo (suposições mais fortes e mais fracas no quadro de uma teoria da maturação) sobre estimulações específicas de cada estágio e os fenômenos associados de defasagem, retardamento, aceleração etc. Kohlberg acrescenta a isso outras hipóteses sobre a interação entre o desenvolvimento sócio-moral e cognitivo.

Em forçosa síntese, os níveis do agir são identificáveis numa escala crescente que considera o inventário sociocognitivo do indivíduo e a dimensão de sua consciência moral para lidar com situações problemáticas mais ou menos complexas. Desse modo, a elaboração performativa de um descentramento progressivo da compreensão do mundo exprime, de maneira cumulativa, um desenvolvimento direcionado ao aperfeiçoamento moral.

Logicamente, os estágios primevos de orientação da ação, denominados “pré-convencionais”, dão inicial suporte à capacidade de interação, na medida em que os sujeitos “objetualizam” as relações entre *ego* e *alter*, contextualizando o que se entende por agir estratégico. Quando a compreensão descentrada do mundo se aperfeiçoa, alcançando uma situação em que os atores são levados à racionalização dos componentes do mundo da vida, é configurado um estágio mais avançado, denominado “convencional”. Relevar que a base interativa desse estágio, de natureza moral heterônoma, privilegia as relações instrumentais verticalizadas, características dos vínculos estabelecidos por autoridade, seja disciplinar, seja funcional ou afetiva. Pela via da heteronomia, o agir submete-se à figura da autoridade independentemente de uma compreensão acerca da igualdade e da simetria observável nas relações recíprocas. Acerca da ação heterônoma, explica De la Taylle (1992, p. 52):

A heteronomia [...] corresponde a uma fase durante a qual as normas morais ainda não são elaboradas, ou reelaboradas pela consciência. Por conseguinte, não são entendidas a partir de sua função social. O dever significa tão-somente obediência a uma lei revelada e imposta pelos adultos. As razões de ser destas leis são desconhecidas; logo, não entram como critério para o juízo moral. Tal fato fica particularmente claro em relação à intencionalidade, elemento subjetivo essencial à nossa moralidade.

Somente quando o percurso do descentramento atinge a zona de ação baseada na confiança e na atribuição recíproca de papéis sociais, é que a dimensão moral passa a se revestir de uma autoridade normativa suprapessoal, geral e abstrata para, enfim, assumir a figura externa de uma norma social que atenda às expectativas de comportamento socialmente generalizadas (HABERMAS, 1989, p. 188). Descortina-se, aqui, a noção de reciprocidade que

dá sustentação ao juízo de igualdade entre nossos semelhantes, configurando a horizontalidade das relações. Nessa progressiva “moralização”, modifica-se também a noção que o indivíduo tem de uma vida boa e justa, até que seja possível atribuir aos conceitos normativos da obrigação moral a validade deontológica de ordens autorizadas, num sistema de normas legitimado pela vontade coletiva impessoal, à qual se confere, por sua vez, autoridade intersubjetiva.

Sob esse prisma, para a instituição de um direito que se pretenda como algo igualmente bom para todos, vindica-se da orientação normativa um ponto de partida eminentemente universalista, ante as exigências, quando da elaboração da lei, de que a norma abrigue a todos os que de fato lhe são concernidos e de que o legislador interprete – pelo outro e por terceiros estranhos a eles – uma concepção do bem aceita por todos uniformemente. Não é o que se verifica, em absoluto, no instituto da prisão especial.

4 Outros aspectos definidores da (i)moralidade da prisão especial concedida aos portadores de diploma

Não há dúvidas de que o artigo 295, inciso VII, do Código de Processo Penal, constitui um privilégio travestido de garantia legal. Nesse ponto, não é o fato de o benefício ser veiculado por uma lei, à qual se deve obediência, que o torna legítimo. Como bem observa Zaffaroni (2001, p. 19), ao discorrer sobre a seletividade operativa do sistema penal e sobre o uso da pena como instrumento reprodutor da violência, a “legitimidade” não se deriva automaticamente da legalidade – que, para ele, aliás, é uma expressão equívoca.

Zaffaroni (2001, p. 60) vê no interacionismo simbólico – introduzido na psicologia social por George Mead – a via mais importante na “deslegitimação” de posturas “pseudolegais”. Nesse particular, é da empresa *meadiana* acerca da adoção de papéis que se extrai a dinâmica da “rotulação”, mais um dentre os inúmeros fatores desqualificantes da norma em comento:

A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinqüente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

O “behaviorismo social” de Mead possui significativas convergências com a análise pragmática da linguagem, muito embora não tenha o filósofo americano presenciado, em vida, a guinada linguística da filosofia da consciência. Nesse particular, assim avalia Habermas (2012, p. 46-47):

Mead considera a socialização de um ângulo ontogenético: ela aparece como a constituição do si mesmo mediante a linguagem; e ele volta a explicar tal construção do mundo interno tomando como base o mecanismo de adoção de atitudes.

À luz do diploma normativo, sendo a linguagem o *medium* que permite a internalização dos diferentes papéis sociais, a ideia que o detento desprovido de diploma faz de si se acomoda ao rótulo de que é justa sua submissão a condições menos favoráveis de acautelamento. Se do alto de sua autoridade heteronomista a lei assim os reconhece, eles também se veem como mercedores dos papéis inferiores que lhes são consignados e de acordo com estes se comportam. Na visão de Tugendhat (2003, p. 20):

Todos os homens precisam de um sentimento de valor próprio, e esse valor próprio sempre depende do apreço dos outros ou pelo menos do possível apreço dos outros. Em que grau se busca, em particular, o possível apreço moral dos outros, depende de cada um, mas, enquanto é assim, isso significa que a consciência moral tem um peso motivacional para o indivíduo.

À evidência, a concepção moral da identidade norteia-se pela maneira segundo a qual cada indivíduo pode referir-se a si como sujeito passível de reconhecimento recíproco; se a própria lei prevê só para alguns a proteção contra a degradação, aos outros que são privados dessa “previsão” – e que vivenciam, no mundo fático, a experiência concreta do desrespeito –, restaria a mácula na compreensão moral positiva que têm de si mesmos, com a consequente introjeção dos sentimentos de vergonha e vexação social. Para Honneth (2009, p. 216-217):

A particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da

privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.

Os defensores da constitucionalidade do artigo demonstram certa dificuldade de se colocarem no ponto de vista do outro, ignorando quaisquer sentimentos de reciprocidade. Pragmaticamente, sustentam ser devida uma maior atenção do Estado a quem, para eles, “mais a merece”, adotando como critério o grau de escolaridade, o que, evidentemente, não guarda nenhuma relação de pertinência com o sistema de prisões processuais. Não raras vezes, apontam a incapacidade do Estado de manter condições dignas de acautelamento para todos, o que justificaria assegurá-las legalmente a, pelo menos, uma parcela dos presos provisórios, que, afinal, gozam ainda da presunção de inocência:

Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, iminentes ao caráter preventivo da medida privativa de 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, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere. (GARCIA *apud* TOLEDO, 2001, p. 66).

A justificativa acima transcrita escancara a adoção de um ponto de vista egocêntrico, já que todos os presos provisórios são igualmente inocentes perante a lei, até sua condenação final, não havendo que se falar em uns “mais inocentes” que outros (ou “mais susceptíveis ao sofrimento do cárcere”), simplesmente porque “mais instruídos”. Além disso, o discurso prega a violação a um direito fundamental (a isonomia de tratamento) como solução para atenuar a ofensa estatal a outro direito fundamental (a garantia de estabelecimentos prisionais condignos à existência humana). Como bem aduz o Procurador da República Rodrigo Janot (2015, p. 26), na exordial da ADPF n.º 334/2015, “o vilipêndio estatal ao princípio da dignidade do ser humano, na omissão do dever constitucional de assegurar aos presos respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), não pode ser fundamento para outra agressão a direito constitucional”.

Outra versão favorável ao benefício utiliza-se do pretexto de que, tratando-se de norma processual cautelar, a prisão provisória poderia, assim, assumir peculiaridades outras, não previstas quando da prisão resultante de sentença penal definitiva. Essa falácia cai por terra quando deparada com o fato de que a legislação pátria permite a progressão de regime ao

preso antes sujeito à prisão especial e posteriormente condenado (assim como a qualquer réu que fora preso provisório de cela comum). Ora, quando o réu bem assessorado juridicamente lança mão de recursos procrastinatórios, arrastando o andamento processual, estes acabam por retardar o trânsito em julgado da sentença condenatória. Desse modo, ao se iniciar a execução penal e computado o tempo de prisão especial para detração da pena, o agora condenado praticamente se livra de se submeter ao mesmo regime carcerário dos demais presos ditos comuns.

Ainda que o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal) seja anterior à Declaração dos Direitos do Homem (1948), da qual o Brasil é subscritor, dizer que o art. 295, inc. VII, teria sido recepcionado pela Constituição de 1988 afronta o próprio pressuposto democrático da cidadania. À evidência, o privilégio à prisão especial para portadores de diploma afigura-se jurídica, ética e sociologicamente inaceitável, além de revelar um Poder Legislativo destituído do senso moral de reciprocidade e de solidariedade. Sua permanência no ordenamento jurídico contribui para a perpetuação da odiosa seletividade do sistema criminal, que rebaixa indivíduos ao acentuar a clivagem sociocultural entre eles, bem como promove, no âmbito do direito penal, a discriminação que caracteriza parte expressiva da estrutura social brasileira.

5 Conclusão

O vindouro julgamento da ADPF n.º 334/2015 representará verdadeiro marco no mundo jurídico pátrio. A depender do desfecho da ação que pretende a declaração de inconstitucionalidade do instituto previsto na forma do art. 295, inc. VII, do CPP, o ordenamento vigente poderá reverenciar uma nova perspectiva de tratamento oferecido aos presos provisórios.

Ao analisar o pedido ministerial, não terá a Suprema Corte brasileira como se furtar do questionamento moral que se avizinha sobre o tema. Uma eventual decisão de improcedência poderá significar que as degradantes condições das prisões nacionais estão de bom tamanho para os criminosos sem escolaridade, sendo, ao mesmo tempo, indignas para abrigar detentos instruídos. No caso de procedência da ação, o Supremo, substituindo a diferenciação baseada no nível acadêmico pela exigência de respeito igualitário à integridade de todos, acabará por forçar o Poder Público a se voltar para a dura realidade das prisões, já que, na prática, tanto os

indivíduos mais favorecidos, quanto os menos favorecidos socialmente deverão ser acautelados no mesmo local.

Como visto, o assunto não se restringe a discussões técnico-normativas ou à confrontação metateórica entre lei e Constituição; por certo, a elucidação do ponto de vista moral anterior à fundamentação normativa demanda a compreensão de que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, deve ser pressuposta não só a inevitabilidade, como também a exigência da reciprocidade intersubjetiva, fundamental entre os indivíduos. Nesse particular, a abordagem do princípio da isonomia de tratamento ancora-se com maestria à teoria crítica desenvolvida por Jürgen Habermas, que, a partir das incalculáveis contribuições das teorias psicogenéticas, soube aplicar, como poucos, preceitos da filosofia moral ao estudo do direito.

De todo o exposto, não há como ignorar a insustentabilidade de um instituto voltado aos “encarcerados diplomados”, tanto à luz da Constituição Federal, quanto sob o enfoque da interação reflexiva e performática possível entre atores sociais. Nesse ponto específico, a pesquisa conduz a formulações inequívocas acerca de como deve comportar-se o legislador – ou, ao menos, como deveria – perante a garantia fundamental à igualdade.

Assim, faz-se indispensável o resgate dos atributos morais inerentes a qualquer comunidade ética, máxime quando se conclui que a norma jurídica deve visar ao alcance de interesses comuns universalizáveis, consideradas as motivações e expectativas que movem os indivíduos. Nesse viés, o processo de revisão da amplitude moral do benefício irá exigir dos eminentes Ministros julgadores a substituição da postura discriminatória evocada na lei pela conotação simétrica intersubjetiva, configurada no indispensável respeito que cada um deve demonstrar pela integridade de seus semelhantes.

The right to special prison: warranty or privilege?

Abstract: In this paper, we discuss the special prison reserved for graduates, according the Article 295, VII, of the Criminal Procedure Code. The study calls for reflection on the discriminatory character of the institute, by providing different treatment to inmates, which is not conditioned by contingencies of each particular case (based, for example, in the need to ensure the physical integrity of the prisoner himself), but only regarding the educational level

of the individual. In the course of the text, brief remarks emphasize the most evident discrepancies between the law and the principles enshrined in the Federal Constitution of 1988, with special relevance given to discussion started by the Brazilian Supreme Court, with the judicial analysis of the ADPF n.º 334/2015. In turn, the jus-philosophical analysis, based on Kant's reflection on the moral act, has defined its headlines in critical theory sponsored by Jürgen Habermas that, based on Mead, Kohlberg and Piaget's researchs, helps us to respond to the main question of the title.

Keywords: Special prison. Human dignity. Equality of treatment.

REFERÊNCIAS

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/prisao-especial-pessoas-ensino-superior.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Tradução Ronaldo da Silva Legey. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/A%20Lei%20-%20miolo%20capa%20brochura.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE LA TAILLE, Yves. Desenvolvimento do juízo moral e afetividade na teoria de Jean Piaget. In: DE LA TAILLE, Yves (Org.). **Piaget Vygotsky Wallon: Teorias Psicogenéticas em Discussão**. 26. ed. São Paulo: Summus, 1992. p. 47-73.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012. v. 2.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. Prisão especial: direito ou privilégio? **Revista CEJ**, Brasília, v. 5, n. 15, p. 64-67, set./dez. 2001. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/437/618>>. Acesso em: 10 out. 2015.

TUGENDHAT, Ernst. **O problema da moral**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2003. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/diversos/85-7430-375-5.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

□ Recebido: novembro/2015. Aprovado: fevereiro/2016.