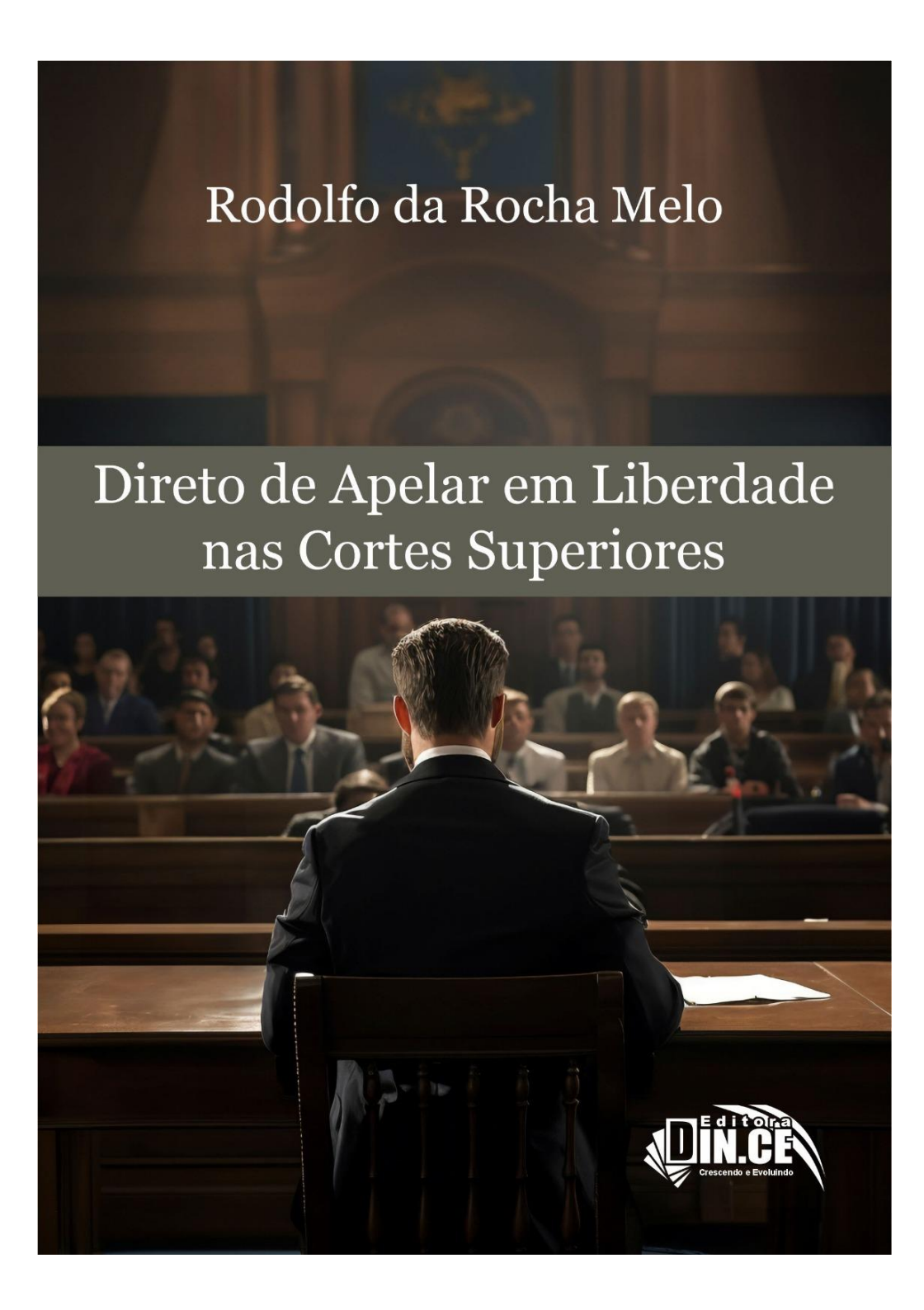




Rodolfo da Rocha Melo

Direito de Apelar em Liberdade nas Cortes Superiores

Rodolfo da Rocha Melo

**DIRETO DE APELAR EM
LIBERDADE NAS CORTES
SUPERIORES**



**Fortaleza-CE
2025**

© Copyright 2025 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: da autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

MELO, Rodolfo da Rocha

DIRETO DE APELAR EM LIBERDADE NAS CORTES SUPERIORES

Editora DIN.CE 2025 – 74p

ISBN: [978-85-7872-800-7](#)

DOI: 10.56089/978-85-7872-800-7

1.Direito Processual Penal. 2. Prisão. 3. Liberdade

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

A meu pai,
a minha mãe,
a minha irmã e a
minha mulher,
obrigado por nunca
desistirem de mim.

AGRADECIMENTOS

A meu pai que me ajudou tanto nesse ano difícil e na produção desse trabalho. Em cada palavra escrita e reflexão feita pude sentir sua presença e saudade.

A minha mãe e a minha irmã, por serem as mulheres essenciais que no dia a dia, me dando amor, força, carinho e afeto, e por toda paciência que tiveram comigo nesse ano.

A meu orientador, por todos os ensinamentos e ideias essenciais para o trabalho, bem como atenção e disponibilidade para me ajudar nesses meses de estresse, atenção, aprendizado e gratificação, e por ser um dos professores inspiradores que tive.

Ao grande amigo Tiago Vasconcelos e ao Professor Gustavo Cabral por serem duas referências de acadêmicas e profissionais que tive na graduação.

A minha mulher, Maria, por todo apoio, suporte, amor, e aconchego que você vem me fornecendo, bem como por me fazer voltar a acreditar em mim mesmo e na minha capacidade.

A meus amigos do colégio, por serem amigos de longa data, que no meu dia a dia me constroem e me ajudam a evoluir sobre vários aspectos, bem como toda a força e apoio que vocês me dão quando preciso.

Aos meus amigos de faculdade e ao Thales Vieira, sempre me ajudando ser uma pessoa melhor e com mais senso crítico, me dando suporte quando necessitei.

Ao meu ex-chefe, Dr. Auricélio, por me dar a primeira oportunidade de trabalho, confiar em mim, me ajudar a crescer profissionalmente e pessoalmente. E também, pode não saber disso, por ter me ajudado a continuar no curso e perceber que é com o direito que quero trabalhar.

A todos os amigos e profissionais que conheci na DPE, por 2 anos de muito crescimento e aprendizado profissional que pude ter. Tenho certeza que poucos têm sorte que tive nas relações que criei na Defensoria.

Ao Doutor Luiz Eduardo Viana Pequeno, um dos grandes e importantes juízes do Estado do Ceará, obrigado como tantos ensinamentos como Juiz Leigo, bem como obrigado a todos os colegas Juízes Leigos, por tanta parceria e companheirismo, especialmente obrigado Renata Dávila, serei eternamente grato por nossa amizade.

A minhas colegas do Procon, especialmente Bianca, Lícia e Catarina, apoio e torcida de vocês sempre será essencial, bem como minhas colegas de concurso,

especialmente Mariana, Beatriz e Lara, vocês estão sendo um grande suporte na minha trajetória.

A todas as demais pessoas que passaram durante esses anos por mim, que me ajudaram e me apoiaram, sinto a presença e a alegria de cada um de vocês.

“A paz jamais será alcançada com violência.” (LAWLIET, L. Death Note, Anime, 2006-2007)”

ABREVIATURAS E SIGLAS

CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
RO	Recurso Ordinário
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça

STF	Supremo Tribunal Federal
TJCE	Tribunal de Justiça do Ceará
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
---------------------------	-----------

INTRODUÇÃO	17
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	21
---	-----------

1.1. ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	22
---	----

1.1.1. Habeas Corpus 89.089/SP	23
--------------------------------------	----

1.1.2. Habeas Corpus 122.104/RS	25
---------------------------------------	----

1.1.3. Habeas Corpus 120.319/RJ	28
---------------------------------------	----

1.1.4. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.528/MG	31
---	----

1.1.5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.930/MG	34
1.2. JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	36
1.2.1. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68.244/MG	37
1.2.2. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68.455/DF	39
1.2.3. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 66.612/S	41
1.2.4. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 61.644/RJ	44
1.2.5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 54.647/SP	46
1.2.6. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 45.421/SC	50
1.2.7. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 48.515/MG	57
 CONCLUSÃO	 63
 REFERÊNCIAS	 67

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria compartilhada que apresento meu novo livro, que busca realizar uma análise, crítica, jurisprudencial, acessível e resolutiva a respeito da análise das decisões do STF, com o fito de entender a origem da decisão usada como parâmetro pelos juízes, desembargadores e ministros para negar a possibilidade de o réu recorrer em liberdade em virtude de ele ter respondido todo o processo encarcerado e investigar como esse entendimento é aplicado.

Além disso, também faremos uma análise das decisões do STJ, a fim de investigar qual a orientação dominante na corte sobre o tema, mais especificamente sobre a compatibilidade da prisão preventiva com regimes de encarceramento diversos do fechado, bem como expor os argumentos exarados nos debates ocorridos na corte.

Dessa forma, verificaremos como os assuntos

são abordados em cada uma das cortes superiores do País, bem como os pressupostos utilizados e eventuais argumentos divergentes.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, trataremos da negativa do direito de apelar em liberdade para um réu que permaneceu preso preventivamente durante a instrução processual penal, a partir de uma análise crítica e jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O referido tema foi escolhido devido a um caso concreto no qual tive a oportunidade de trabalhar durante meu estágio na Defensoria Pública do Estado, onde o réu, assistido pela Defensoria, teve seu apelo em liberdade negado pelo juiz, no momento da prolação da sentença, com a fundamentação de que o réu já respondeu todo o processo encarcerado, de modo que não havia lógica permitir que ele recorresse em liberdade.

Tal situação acarretou a impetração de habeas corpus contra decisão do magistrado, o qual foi indeferido

pelo Tribunal de Justiça do Ceará, ensejando, assim, a interposição de Recurso Ordinário contra a decisão do TJCE.

Ao elaborar o recurso, pude vislumbrar que existiam decisões do STJ favoráveis e desfavoráveis ao réu, bem como diversos elementos utilizados nas decisões não eram examinados com profundidade pelos ministros. Isso acarretou inquietação por perceber que, apesar de existir certa orientação dominante na jurisprudência, diversos elementos e argumentos restavam por não serem investigados de forma suficiente.

Nesse contexto, o presente livro busca estabelecer as balizas básicas para o entendimento a respeito dos institutos da presunção de inocência, seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica - adentrando ao debate de ser princípio ou regra - e a interpretação que deve ser dada à não culpabilidade, tanto sob um viés já estabelecido como sob um viés crítico. Também abordaremos a prisão preventiva, com seu conceito, hipóteses, pressupostos, condições, a partir de uma ótica crítica e respeitando as disposições legais.

A metodologia do trabalho consiste em um

vasto estudo doutrinário, por meio de livros e artigos, e análises jurisprudenciais, por meio do estudo dos acórdãos do STJ e do STF.

CAPÍTULO 1

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste capítulo, serão analisadas decisões proferidas pelos órgãos colegiados das cortes superiores. Isto é, procederemos pela análise dos acórdãos, do voto do relator, bem como de votos vencidos, quando estes últimos existirem nos julgamentos.

Para o trabalho, faz-se importante o exame de dois pontos específicos a respeito do tema. O primeiro em relação à condição de encarceramento durante a instrução como justificador para negar o apelo em liberdade. O segundo em relação à compatibilidade entre a prisão preventiva e os regimes semiaberto e aberto.

Em relação à jurisprudência do STF, analisaremos as decisões que versem sobre a questão do réu que permaneceu preso durante a instrução, tendo em vista que o precedente mais utilizado pelas decisões

corresponde ao julgamento do Habeas Corpus 89.089, proferido pela 1ª Turma do STF, de relatoria do Ministro Ayres Britto e publicado em 01 de junho de 2007. Além disso, em relação à jurisprudência do STJ, examinaremos as decisões referentes à compatibilidade da prisão preventiva com os regimes prisionais diversos do fechado, vez que ocorreu uma evolução jurisprudencial no respectivo tribunal, sendo matéria pacificada atualmente, no sentido de que a prisão preventiva deve ser adequada ao regime imposto na sentença.

Realizamos a pesquisa dos acórdãos por meio dos portais de pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores, poucos julgados foram encontrados a respeito do tema. Além disso, deixamos de analisar de forma específica alguns julgados que reproduzem argumentos e fundamentações já colacionados no presente trabalho.

1.1. ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico, analisaremos, primordialmente, o julgamento amplamente utilizado pelas mais diversas

instâncias do judiciário brasileiro em relação a condição do réu que permaneceu preso durante toda a instrução e, após, examinaremos outros acórdãos e votos vencidos para visualizar como o STF aplica o precedente, bem como eventuais ressalvas que devem existir no momento de sua aplicação.

1.1.1. Habeas Corpus 89.089/SP¹

Ocorrido em 03 de abril de 2007, bem como publicado em 01 de junho de 2007, esse habeas corpus foi impetrado contra decisão do STJ que denegou o direito de recorrer em liberdade ao réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal.

No processo de origem, o acusado foi condenado à pena de 62 (sessenta e dois) anos de reclusão devido à prática de diversos estupros. Além disso, o juiz singular negou a possibilidade de apelar em

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461990>>. Acesso em: 31 out. 2018.

liberdade por considerar presentes os motivos que ensejaram a prisão preventiva, bem como por considerar que o réu permaneceu preso durante todo o processo, não tendo sentido colocá-lo em liberdade após ser condenado a uma pena tão alta. Acrescentou, ainda, a necessidade da garantia da aplicação da lei penal.

Julgando a questão em sede de habeas corpus, o TJSP manteve a custódia cautelar do acusado, afirmando que a negativa do direito de recorrer em liberdade se encontra bem fundamentada com fins de garantia da ordem pública.

Dessa forma, chegando a questão por meio de habeas corpus contra a decisão do STJ, o STF teve a oportunidade de manter a negativa do direito de recorrer em liberdade. Transcreve-se parte do acórdão a qual é a mais utilizada pela jurisprudência:

(...) 8. Com efeito, carece de lógica permitir que o réu, preso preventivamente durante todo o desenrolar da instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa se mantidos os motivos ensejadores da segregação cautelar. (...)

Importante destacar, para fins desse trabalho, que, apesar de o STF mencionar que não teria lógica conceder a liberdade a um réu que permaneceu a instrução preso, o Supremo Tribunal condiciona, qualquer decisão a respeito do apelo em liberdade, à verificação da manutenção dos motivos que acarretaram a prisão preventiva. Dessa forma, a mera condição de preso durante o processo não é suficiente para fundamentar a negativa do apelo em liberdade. Sempre será necessário o exame dos motivos que ensejaram a prisão cautelar no processo, com o intuito de saber se os motivos subsistem no momento da prolação da sentença.

1.1.2. Habeas Corpus 122.104/RS²

Nesse julgamento, ocorrido em 06 de maio de 2014, da 1ª Turma do STF e de Relatoria do Ministro Luiz Fux, foi impetrada ação constitucional tendo como

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 122.104/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=228173246&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

autoridade coautora, o Superior Tribunal de Justiça.

Na primeira instância, o acusado já foi preso em flagrante, em janeiro de 2013, e sua prisão foi convertida em preventiva em virtude da necessidade de garantir a ordem pública, tendo em vista que ele tentou fugir da polícia, bem como proferiu tiros contra ela. Assim, permaneceu preso durante toda a instrução processual, por volta de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, até a decisão da Corte Suprema.

Ao fim da persecução penal o réu foi condenado pelos delitos de tráfico de drogas e resistência, sendo fixada sua pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses, a ser cumprido inicial no regime fechado. Ademais, o magistrado negou ao acusado o direito de recorrer em liberdade, com fundamento da garantia da ordem pública, tendo em vista a possibilidade de reiteração delitiva.

O STF ao manter a negativa do direito de apelar em liberdade se baseou na orientação pacífica da respectiva corte de que não há lógica em conceder tal direito ao réu se ele permaneceu a instrução preso e se persistem os motivos da preventiva.

Ao analisar o julgamento, especificamente examinando a discussão entre os ministros da Suprema Corte, percebe-se que há receio de que o Superior Tribunal de Justiça esteja seguindo a jurisprudência do STF³ sem a sua devida observância, conforme a fala do Ministro Relator Luiz Fux transcrita a seu ir:

O Superior Tribunal de Justiça empurrou a conta para nós. Disse que está seguindo a jurisprudência do Supremo, que não tem sentido lógico quem ficou preso durante toda a instrução apelar em liberdade.

Ademais, o ministro Marco Aurélio, então presidente da Corte, esclarece que a mera condição de que um acusado foi mantido preso preventivamente durante toda a instrução processual não é motivo idôneo para negar o apelo em liberdade. Para negar tal direito, é necessário que o juiz singular avalie, novamente, os motivos que ensejaram a prisão preventiva no momento do seu decreto. E não apenas isso, chegando a questão

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461990>>. Acesso em: 31 out. 2018.

no Tribunal de Justiça competente, bem como no STJ, ambos devem avaliar se foi analisado, no momento da prolação da sentença, a necessidade da prisão preventiva.

1.1.3. Habeas Corpus 120.319/RJ⁴

O referido processo trata de um Habeas Corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Fux e ocorrido no dia 29 de abril de 2014, bem como publicado no dia 12 de abril de 2014.

No processo de origem, o denunciado foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, devido a prática de homicídio duplamente qualificado, em concurso material com homicídio culposo, bem como à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, por porte ilegal

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120.319/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=249372216&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

de arma de fogo. Ademais, o juiz negou o direito de apelar em liberdade.

Tendo isso em vista, o acusado impetrou sucessivos habeas corpus, no TJRJ e no STJ, alegando que não existiam motivos para a segregação cautelar. No dia do julgamento da ação constitucional em análise neste subtópico, a apelação criminal já fora julgada. Dessa forma, perdeu-se o objeto do habeas corpus.

Não obstante, ao fim do voto, o relator apresenta jurisprudência da Corte Suprema no sentido de que é ilógico permitir que o réu apele em liberdade, quando o mesmo permaneceu preso durante toda a instrução criminal⁵. Esse ponto gerou discordância do Ministro Marco Aurélio.

Para o Ministro Marco Aurélio o simples fato de o denunciado ter permanecido encarcerado cautelarmente durante toda a instrução não é, de forma isolada, motivo que justifique a manutenção da preventiva ao ser negado o direito de apelar em liberdade. Na

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461990>>. Acesso em: 31 out. 2018.

realidade, deve ocorrer uma nova análise da necessidade da prisão preventiva, de acordo com o art. 312, do Código de Processo Penal, a respeito dos motivos que ensejam o encarceramento cautelar.

Ademais, em respeito ao princípio da presunção de inocência, o Ministro Marco Aurélio ainda diz que, apesar de o paciente estar condenado, a culpa não está totalmente formada, quando cabível recurso ou pendente de julgamento de recurso.

Assim, importa salientar para o presente trabalho que, apesar da aplicação da jurisprudência pela Suprema Corte, o Ministro Marco Aurélio mantém suas ressalvas a respeito da necessidade de reanalisar se os motivos que ensejaram a segregação cautelar se mantêm no momento da prolação da sentença, de forma a observar, integralmente, o julgamento analisado no subtópico anterior.

1.1.4. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.528/MG⁶

No processo de relatoria do Ministro Luiz Fux, com julgamento ocorrido em 03 de junho de 2014, o Recurso Ordinário foi interposto contra acórdão denegatória de habeas corpus impetrado em favor de dois réus.

Nos autos de origem, os acusados foram condenados por tráfico e associação para o tráfico, aplicando-se a pena de 13 (treze) anos de reclusão para um dos acusados e a pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão para o outro, bem como foi estabelecido regime inicial fechado para ambos. Ademais, foi negado o direito de apelar em liberdade, devido a persistirem os motivos do decreto preventivo, a fim de garantia da ordem pública.

Após impetração da ação constitucional

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.528/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 ago. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=244263656&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

perante o TJMG, alegando que não há motivos para manter a segregação cautelar, restou a interposição do recurso em análise em virtude do acórdão denegatório.

Nesse contexto, procedendo pela reanálise dos fundamentos, bem como apresentando elementos concretos, a Corte Suprema negou provimento ao recurso. Ademais, examinando o acórdão, afirma-se que, uma vez os réus permanecidos encarcerados durante toda a persecução penal, não há porque conceder o direito de apelar em liberdade, quando a sentença apresenta fundamentos concretos para a manutenção da preventiva.

O Ministro Marco Aurélio, novamente, diverge do acórdão no que tange à circunstância de os acusados permanecerem encarcerados durante a instrução. Para ele essa circunstância é irrelevante, uma vez que sempre será necessária a reanálise dos motivos da prisão preventiva no momento de proferir uma sentença condenatória, consoante se transcreve:

É neutro o fato de ter permanecido preso durante toda a instrução penal. O que cabe perquirir é se há base, ou não, para a preventiva. Tanto é assim, que o Código de

Processo Penal prevê que, na sentença, o juiz decidirá sobre a liberdade ou a expedição de mandado de prisão, o que revela que pouco importa a circunstância de o acusado ter ficado preso durante a instrução. No caso, a prisão preventiva foi fundamentada na simples imputação, e, até aqui, não se tem a culpa formada, já que não transitou em julgado o título judicial condenatório.

Com isso, impende destacar para o trabalho que, apesar de novamente o STF buscar a aplicação a jurisprudência exarada pelo julgado analisado no subtópico 2.1.1., o Ministro Marco Aurélio faz a ressalva de que a condição de o réu ter permanecido durante todo o processo segregado cautelarmente é irrelevante, uma vez que é imprescindível a verificação da persistência dos motivos que acarretaram a preventiva, utilizando como argumento a falta previsão legal.

1.1.5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.930/MG⁷

Processo também de relatoria do Ministro Luiz Fux, o recurso foi interposto contra decisão denegatória de habeas corpus proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do STF proferido em 22 de outubro de 2013 e publicado em 11 de novembro de 2013.

Em primeira instância, o juiz singular condenou o recorrente a 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, em virtude da prática de tráfico de drogas, uso de documento falso e corrupção ativa. Ademais, negou o direito de apelar em liberdade, argumentando que o réu permaneceu toda a instrução preso preventivamente, bem como ainda persistem os motivos do encarceramento, a garantia de ordem pública.

Assim, o STF negou provimento ao recurso interposto, uma vez que considerou a sentença do

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.930/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=184548894&ext=.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2018.

magistrado bem fundamentada no que tange à reanálise e à apresentação de fundamentos concretos para justificar a manutenção da preventiva. Ademais, colacionou ainda o entendimento de que não há lógica em conceder liberdade ao réu para esperar julgamento de apelação quando o mesmo permaneceu encarcerado durante a instrução⁸.

Não obstante, em voto vencido, o Ministro Marco Aurélio afirma que o paciente, por já estar preso preventivamente a 03 (três) anos, bem como por ter sido condenado a uma pena de 08 (oito) anos, já teria direito de progredir de regime, em virtude da detração penal. Ou seja, o acusado já passaria para o regime semiaberto. Todavia, a prisão cautelar gera, inevitavelmente, o regime fechado, o que gera a impossibilidade de manter a preventiva.

Portanto, além da aplicação da jurisprudência pela Suprema Corte, destaca-se a necessidade de verificar o tempo que o acusado permaneceu

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461990>>. Acesso em: 31 out. 2018.

encarcerado, uma vez que, apesar de aplicado o regime fechado, é possível que em virtude da detração penal, o acusado já tenha direito a progressão de regime, o que coloca em debate a forma do encarceramento, porque a prisão preventiva necessariamente ocorre em encarceramento total, ou seja, com as regras do regime fechado.

1.2. JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste segundo tópico, examinaremos julgados do STF que trazem a jurisprudência pacífica na corte a respeito da adequação da prisão preventiva aos regimes diversos do fechado⁹, para fins de compatibilizar o encarceramento cautelar com o regime imposto, bem como estudaremos julgados em que se discutia a respeito do tema para visualizar os argumentos trazidos pelos

⁹ Ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 91.914/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 11 maio 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702997001&dt_publicacao=11/05/2018>. Acesso em: 27 out. 2018.

ministros.

1.2.1. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68.244/MG¹⁰

Julgado em 24 de maio de 2016 pela 5ª Turma, tendo dois pacientes, o Recurso Ordinário se refere a dois acusados que, no processo principal, foram condenados por tráfico de drogas, estando presos desde 13 de agosto de 2015, portanto, por volta de 10 meses já encarcerados.

Nesse processo, um dos denunciados foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, fixada em regime inicial fechado, bem como foi negado o direito de recorrer em liberdade deste réu. Em relação à outra acusada, ela teve seu direito de recorrer em liberdade concedido, portanto, não será o enfoque da análise.

Na primeira instância, foi decretada a prisão preventiva dos acusados tendo em vista a reincidência de

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 68.244/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600496626&dt_publicacao=01/06/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

ambos, o que indicaria a periculosidade dos réus, sendo decretada o encarceramento para fins de garantia de ordem pública. Ao fim da instrução, um dos réus foi condenado, bem como teve seu direito de recorrer em liberdade negado, sob a alegação de que o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual, bem como ainda estavam presentes os motivos que ensejaram a preventiva, quais sejam, o risco de reiteração delitiva.

Dessa forma, o juízo de piso procedeu pela reanálise das condições que podem fundamentar a prisão preventiva no momento de prolatar a sentença, acrescentando a situação em que o réu permaneceu o processo todo preso.

O STJ reconheceu que o juízo procedeu pela devida análise da necessidade da prisão preventiva e colacionou julgado¹¹ a respeito da condição de réu que permaneceu preso durante a instrução e não teve sua situação fática alterada a fim de que possa ser negado o direito de apelar em liberdade. Ademais, esclareceu que

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 336.787/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2015.

a prisão preventiva após a condenação, no presente caso, não consiste em medida desproporcional, já que a própria condenação reconheceu a necessidade de se impor o regime inicial fechado.

Salienta-se neste acórdão que o STJ aplicou a jurisprudência já dominante no STF, conforme o tópico analisado anteriormente, bem como impende registrar o respeito ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o réu foi condenado ao regime fechado. Isto é, mesmo mantendo o encarceramento como cautelar, o encarceramento definitivo a qual fora condenado possui as mesmas regras do cautelar.

1.2.2. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68.455/DF¹²

Esse julgamento da 5ª Turma, ocorrido em 07 de abril de 2016, sendo de relatoria no Ministro Jorge

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 68.455/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600579723&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

Mussi, e vergastou o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que manteve a negativa do réu em recorrer em liberdade.

No processo original, o acusado foi preso em flagrante em 18 de setembro de 2015, tendo sua prisão convertida em preventiva com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública, vez que os elementos concretos evidenciam a periculosidade do réu. Ao fim da instrução, o denunciado foi condenado à pena de 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, devido à prática de roubo majorado e corrupção de menores.

Além disso, o juiz negou o direito de apelar em liberdade, mantendo a necessidade da garantia de ordem pública, e acrescentando a necessidade da garantia da aplicação da lei penal. Por fim, ainda ordenou a adequação da prisão preventiva ao regime inicial imposto, ou seja, a prisão preventiva seja cumprida de acordo com o regime semiaberto.

O Tribunal de Justiça competente, em julgamento de Habeas Corpus, reconheceu que o juízo procedeu pela análise da necessidade de manter a prisão

cautelar, bem como reconheceu que o caso concreto demonstra a periculosidade do agente.

O STJ manteve intocável a decisão do magistrado e do TJDF, destacando ainda que o juízo procedeu de acordo com a recente jurisprudência adotada pela Corte Superior em relação à compatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto, condicionando a sua adequação ao regime imposto.

Frisa-se aqui a aplicação da jurisprudência já dominante no STJ de que a segregação cautelar é compatível com o regime semiaberto, de forma que é necessário adequar a preventiva às regras do semiaberto para evitar que o acusado seja posto em regime mais gravoso ao exercer o direito de apelação.

1.2.3. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 66.612/SP¹³

Esse julgamento da 5ª Turma, realizado em 15

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66.612/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600579723&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

de maro de 2016, teve como objeto a decisão denegatória de Habeas Corpus prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve a negativa do direito de apelar em liberdade.

No processo original, o réu foi preso em flagrante no dia 12 de julho de 2015, tendo sua prisão convertida em preventiva para fins de garantir a ordem pública, uma vez que o réu possuía maus antecedentes que indicavam sua periculosidade. Ao fim do processo, o denunciado foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, estabelecendo o regime inicial semiaberto, por prática de furto qualificado por rompimento de obstáculo. Ademais, negou o direito de recorrer em liberdade sem analisar se os motivos persistem:

O réu viu o desenrolar do processo sob custódia cautelar, devendo tal situação permanecer até julgamento de eventual recurso, de maneira que lhe nego o direito de recorrer em liberdade.

A sentença transitou em julgado para a acusação.

O STJ entendeu que a prisão preventiva foi bem fundamentada na garantia de ordem pública. Ademais, assentou que manter a preventiva de um réu que permaneceu preso durante todo o processo coaduna com o entendimento jurisprudencial da Corte. Todavia, existe a necessidade de adequar a prisão preventiva ao regime inicial imposto, de modo que o encarceramento preventivo deve ocorrer sobre as regras do regime semiaberto.

Observou, ainda, que o julgamento ocorrido no dia 04 de dezembro de 2014, onde foi proferido entendimento da incompatibilidade da prisão preventiva com o regime prisional fechado, foi superado em julgamento realizado no dia 17 de março de 2015, onde ficou firmado que os dois institutos são compatíveis, bem como haveria a necessidade, apenas, de adequar a preventiva ao regime semiaberto.

Vale enfatizar a aplicação do entendimento já dominante na corte a respeito da compatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto. Ademais, foi explicitado, ainda, a alteração jurisprudência que ocorreu no tribunal, uma vez que anteriormente era dominante o entendimento de que a segregação cautelar e regime

prisional diverso do fechado eram incompatíveis.

1.2.4. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 61.644/RJ¹⁴

Julgado em 05 de novembro de 2015 pela 5ª Turma, esse Recurso, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a fim de combater o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual manteve negado o seu direito de apelar em liberdade.

No processo original, o acusado teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva em virtude da garantia de ordem pública e da garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista o réu ser estrangeiro, então, supostamente, haveria risco de fuga para outro país. Ao fim, foi condenado à pena de 02 (dois) anos, por prática de tráfico internacional, bem como teve fixado o regime aberto para início de cumprimento de pena. Ademais, o

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 61.644/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501697528&dt_publicacao=11/11/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

juiz singular negou o direito de apelar em liberdade em virtude do réu ser estrangeiro, e por não ter demonstrado qualquer vínculo ou domicílio com o Brasil. Tal entendimento foi mantido pelo TRF-2.

Não obstante, o STJ considerou ilegal os fundamentos usados para negar ao acusado apelar em liberdade, visto que foi mantido o encarceramento apenas porque o réu respondeu ao processo todo preso e porque o réu é estrangeiro, sem qualquer demonstração de efetivo risco de fuga, conforme se transcreve em parte:

No caso, como se viu das transcrições, a despeito de o réu ter sido condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, foi-lhe negado o direito de recorrer da sentença em liberdade tão somente porque respondeu preso ao processo e em razão do suposto risco de fuga pelo fato de ser estrangeiro. Sobre o fato de ter respondido ao processo preso, somente, sem qualquer referência às exigências legais, previstas no art. 312 do Código de Processo penal, não é fundamento idôneo para a manutenção da segregação cautelar.

Ademais, a Corte, neste julgamento, apresentou entendimento de que a fixação do regime aberto é incompatível com a negativa do apelo em liberdade, de acordo com a jurisprudência colacionada¹⁵.

Assim, mesmo concedendo o direito de apelar em liberdade devido à ilegalidade dos motivos usados, o STJ ainda ressaltou o entendimento anteriormente adota relativo à incompatibilidade da segregação cautelar com regime aberto. Entendimento esse que, conforme a análise do subtópico anterior, foi superado.

1.2.5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 54.647/SP¹⁶

Em 28 de abril de 2015, foi julgado Habeas

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 54.336/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 mar. 2015.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 312.299/MG. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 out. 2015.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 54.647/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403302745&dt_publicacao=07/05/2015>. Acesso em: 28 out. 2018.

Corpus pela 5ª, de Relatoria de Jorge Mussi, onde foi combatida decisão denegatória de Habeas Corpus proferida pela 8ª Câmara Criminal do TJSP.

No processo original, o acusado foi preso em flagrante tendo sua prisão convertida em preventiva em virtude do risco de evasão do distrito de culpa, já que residia em outro estado, o que ensejou o encarceramento para garantia de aplicação da lei penal. Ao final do processo, o acusado foi condenado por ações previstas nos artigos 147, 180 e 304, combinados com os artigos 299 e 331, todos do Código Penal, a uma pena de 04 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto. O juiz singular negou o direito de recorrer em liberdade sob fundamento diverso da preventiva, com fins de garantir a ordem pública.

Devido aos motivos do decreto preventivo inicial e da negativa do direito de recorrer em liberdade serem diferentes, a Corte deixou de analisar a legalidade dos fundamentos em virtude da possibilidade de supressão de instância, uma vez que o TJSP ainda não analisou a legalidade da negativa do apelo em liberdade.

Não obstante, o STJ constatou o entendimento

a respeito da necessidade de adequar a prisão preventiva ao regime inicial imposto, quando for negado o direito de recorrer em liberdade. Nesse contexto, o relator do processo informou que, em que pese o entendimento exarado no dia 04 de dezembro de 2014, onde foi dito que é incompatível a prisão preventiva com regime diverso do fechado, estava aplicando entendimento diverso, o qual consiste no entendimento que o ministro relator já defendia nos debates a respeito do tema.

Para o relator, não há como conceber que, após ser mantido preso durante a instrução, o réu seja posto em liberdade quando é confirmada sua culpabilidade, apenas porque foi imposto regime semiaberto ou aberto. Ademais, diz o relator que:

Sufragar tal entendimento contraria posição já sedimentada tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto nesta Corte Superior, no sentido de que " não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade" (HC 118528, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014), quando presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Assim, é firmada a necessidade da manutenção da prisão preventiva, ou seja, é reafirmado a necessidade de negar o apelo em liberdade, mesmo que se reconheça a execução provisória, devendo ser adequado ao regime prisional imposto, para o mesmo não ser colocado em regime mais gravoso em decorrência de ter optado por interpor recurso.

Dessa forma, o STJ aplicou novo entendimento que já vinha sendo adotado pela corte. Nesse ponto, uma vez que antes considerava incompatível a prisão preventiva com regime diverso do fechado e, nesse julgado, passa a considerar os institutos compatíveis, desde que a cautelar seja adequada ao regime imposto, ficando conforme a alteração de entendimento tida no julgamento do dia 17 de março de 2015.

A partir da fundamentação apresentada pelo relator, percebe-se que a Corte reconhece a possibilidade de uma execução provisória, bem como reconhece que, caso fosse mantido no encarceramento fechado, ocorreria

ferimento ao princípio da ampla defesa, já que o acusado permaneceria em regime mais gravoso por ter optado em apresentar recurso.

1.2.6. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 45.421/SC¹⁷

Julgamento da 5ª Turma e de relatoria do Ministro Felix Fischer, ocorrido em 10 de março de 2015, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que denegou ordem de habeas corpus onde foi pleiteado o direito ao réu de apelar em liberdade.

No processo original, o acusado foi condenado pela prática de receptação e por adulteração de sinal identificador de veículo, sendo condenado à pena total de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses em regime semiaberto. Foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade sob o fundamento único de que o réu respondeu o processo

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45.421/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400349288&dt_publicacao=30/03/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

inteiro preso:

Nego o apelo em liberdade, reiterando as decisões de fls. 66-72, 101-102, 178-179, 231-232 e 288-289, considerando que os acusados permaneceram segregados durante toda a instrução processual.

Em sede de habeas corpus, o Tribunal de Santa Catarina manteve a negativa do apelo em liberdade afirmando que, além do réu passar a instrução encarcerado, não ocorreu qualquer alteração fática.

Neste julgamento, o STJ aplicou o entendimento de que é incompatível o regime semiaberto com a negativa do direito de recorrer em liberdade, tendo divergência de voto em relação ao Ministro Newton Trisotto, o qual foi voto vencido na ocasião.

Primordialmente, afirma-se no voto vencedor que ao ser possível a manutenção da prisão preventiva quando o acusado já foi condenado a um regime semiaberto ou aberto, estar-se-ia violando o princípio da ampla defesa, uma vez que seria mais benéfico ao réu não apelar e iniciar o cumprimento da pena. Segundo argumento trazido à baila, tal entendimento acarretaria

violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que, transitado em julgado para apelação, a condição do réu não pode piorar, logo a prisão cautelar seria medida precária mais gravosa que a própria prisão decretada em sentença a partir de uma cognição exauriente. Coleciona-se *in verbis*:

Portanto, definido o regime inicial de cumprimento de pena, acaso seja diverso do fechado, não há como sustentar a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Conforme leciona abalizada doutrina "as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal" (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. pg. 99).

Ressalta, ainda, que o instituto da prisão cautelar, para sua devida efetividade, necessidade do

encarceramento pleno do réu¹⁸. Nesse sentido, como se iria atingir a finalidade de garantir a ordem pública se o agente em regime semiaberto poderia praticar crimes durante o dia? Como será possível resguardar eventuais testemunhas ameaçadas se o acusado poderia constrangê-las durante o dia? Como poderia assegurar que a lei penal seria aplicada se o acusado pode fugir durante o dia?

Assim, para a efetivação das finalidades da prisão cautelar, é necessário o encarceramento completo do agente.

Todavia, reconhece o relator que a existência de precedentes no sentido inverso, no sentido de que é possível compatibilizar os dois institutos, desde que a prisão preventiva seja adequada às regras do regime semiaberto, conforme julgado juntado¹⁹.

Não obstante, esse entendimento, de acordo com o acórdão, iria na contramão da, na época,

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 46.604/MG. Relator: Ministro Rogério Schietti. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 set. 2014.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48.138/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 nov. 2014.

jurisprudência da Corte Suprema a qual era no sentido de rechaçar totalmente a execução provisória da pena. Isto posto, a sentença não transitou em julgado, logo seu encarceramento pleno, condizente com o instituto da prisão preventiva, seria uma forma velada de executar provisoriamente a pena.

Afirma, por fim, sobre a prisão preventiva:

Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Tal solução, impende consignar, equivale a admitir a vedada execução provisória da pena.

Além disso, juntou-se a seguinte doutrina:

Se o magistrado fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, torna-se incompatível a manutenção ou decretação da prisão cautelar para a fase recursal. Sabe-se, afinal, que a prisão cautelar é cumprida em regime fechado. Não há cabimento algum em se estipular regime mais brando para o início do cumprimento da pena (semiaberto ou mesmo aberto) e manter o acusado no

cárcere até que ocorra o trânsito em julgado. Portanto, se não for estabelecido o regime fechado para iniciar a execução da pena, deve o réu recorrer em liberdade (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 804).

Dessa forma, reconhecido por meio de cognição exauriente que o réu deve ser posto em regime mais brando, e sendo necessário alguma medida para evitar eventuais prejuízos, devem ser aplicadas as medidas alternativas previstas no artigo 319, do CPP.

Em voto vencido, o Ministro convocado Newton Trisotto, do TJSC, divergiu do relator no que tange à incompatibilidade dos institutos da prisão preventiva e do regime semiaberto.

Primeiramente, colaciona o julgado do dia 04 de novembro de 2014, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 52.739/MG, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, onde foi decidido pela compatibilidade dos dois institutos, desde que a prisão preventiva fosse adequada ao regime

semiaberto. Todavia, reconheceu que existem julgados²⁰ no sentido do entendimento do ministro relator do presente processo.

Adentrando, o ministro convocado entende que a situação não se trata de execução provisória, bem como reconhece a vedação à execução provisória prolatada em julgamento da Corte Suprema²¹. Entretanto, afirma que, baseado em entendimento exarado pelo STF²², é possível que um réu que permaneceu preso durante a instrução, e a prisão cautelar for mantida na sentença, passe a cumprir desde logo a pena no regime estabelecido em sentença. Tal situação se distingue de um acusado que aguardou a instrução e a apelação em liberdade.

Revela-se, então, os argumentos utilizados nos debates a respeito da compatibilidade ou não da

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 131.150/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.270/MG. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 out. 2008.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 fev. 2010.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.267/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 fev. 2015.

segregação cautelar com os regimes diversos do fechado, os quais serão aprofundados no próximo capítulo com o fito de verificar a validade de tais argumentos. Tais debates ocorriam antes da pacificada jurisprudência que considera os institutos compatíveis.

1.2.7. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 48.515/MG²³

Nesse julgado da 5ª Turma, que ocorreu em 04 de dezembro de 2014, de relatoria do Ministro Felix Fischer, foi interpôs Recurso Ordinário contra acórdão que denegou de habeas corpus pela 4ª Câmara Criminal do TJMG.

De acordo com o acórdão, o recorrente foi condenado por prática de delito de roubo simples, fixando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. Além disso, foi negado o direito

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48.515/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401323609&dt_publicacao=28/05/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

de recorrer em liberdade, em virtude da necessidade de garantia de ordem pública, devido a reiteração delitiva.

O ministro relator utilizou a mesma argumentação demonstrada no processo 45.421/SC, onde foi julgado RO em Habeas Corpus, analisado em subtópico anterior, de modo que concedeu a ordem, a fim de garantir ao réu o direito de apelar em liberdade.

Não obstante, na discussão do presente processo, o Ministro Jorge Mussi e o Ministro convocado do TJSP, Walter de Almeida Guilherme divergiram do ministro relator, sendo votos vencidos ao final. Ademais, o Ministro Gurgel de Almeida votou acompanhando o relator.

Passamos então à análise dos argumentos trazidos à baila pelos ministros.

O Ministro Jorge Mussi defendeu a compatibilidade entre a prisão preventiva nas hipóteses de negativa do direito de apelar em liberdade.

Para o Ministro, não há qualquer lógica em manter o indivíduo encarcerado durante o processo e, mesmo persistindo os motivos que ensejem o decreto preventivo, seja libertado porque foi condenado a regime

diverso do fechado, bem como seria ilógico apenas aplicar medidas cautelares diversas da prisão. Afirmar, ainda, que o entendimento adotado pela Corte Superior iria de encontro ao entendimento adotado pelo STF²⁴.

Entretanto, o ministro reconheceu que manter a preventiva em regime fechado viola o princípio da razoabilidade, de forma que a manutenção da cautelar deveria se adequar ao regime imposto.

O ministro convocado Walter de Almeida Guilherme acompanhou o entendimento exarado no voto vencido do ministro Jorge Mussi.

O ministro Gurgel de Faria, proferindo voto de acordo com o voto do ministro relator Felix Fischer, inicia afirmando que o STJ vem admitindo a compatibilidade da manutenção da prisão preventiva com a negativa do apelo em liberdade, o que deve ocorrer adequando-se a cautelar ao regime imposto, de acordo com os julgados juntados²⁵.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 52.739/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 nov. 2014.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, o ministro diverge de tal entendimento que por vezes adota a Corte Superior, de modo que concorda com o ministro relator a respeito da incongruência entre os dois institutos. Contudo, apresentou argumentos que acrescentam ao raciocínio defendido pelo ministro Feliz Fischer.

Primordialmente, afirma o Min. Gurgel de Faria que a Lei de Execução Penal²⁶ admite a possibilidade de trabalho externo e saídas temporárias sem vigilância direta aos condenados à regime semiaberto, o que por si só frustraria os objetivos da prisão preventiva, como evitar uma fuga e evitar a reiteração criminosa.

Ademais, ressalta, conforme o Min. Relator, que a sentença já transitou em julgado para a acusação. Dessa forma, a situação do recorrente não poderá ser agravada. Isto é, configura-se impossível que ao réu seja imposto iniciar o cumprimento de pena em regime fechado.

Prosseguindo, o ministro coaduna com a

Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 286.470/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 out. 2014.

²⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

argumentação trazida pelo relator a respeito da violação do princípio da ampla defesa. Para o ministro votante, a manutenção da cautelar ao negar o direito de apelar em liberdade acarreta uma situação em que será mais desfavorável ao réu recorrer, exercitando sua ampla defesa, pois permaneceria em regime fechado, do que renunciar ao apelo, para então ser alocado em regime semiaberto ou aberto. Nesse ponto, colacionou julgados do STF²⁷ a respeito.

Transcreve-se, por fim, a conclusão do ministro:

Portanto, fixado o regime semiaberto/aberto para início do cumprimento da reprimenda, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a negativa do apelo em liberdade constitui, a meu ver, constrangimento ilegal, sendo certo que a alternativa de compatibilizar a custódia cautelar com o regime prisional imposto configura indevida execução provisória da

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.226/PI. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2014.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.257/PI. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 mar. 2014.

pena, o que viola o princípio da presunção de culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88.

Assim, restou aplicado o entendimento do Ministro Relator Felix Fischer, considerando incompatível a manutenção do encarceramento preventivo com regime diverso do fechado.

Destaca-se, então, que nesse julgado foi aplicado o entendimento antigo do STJ, não obstante a ocorrência de debates e votos divergentes sobre. Nesse contexto, o Ministro Felix Fischer apresentou os mesmos argumentos utilizados no julgado analisado no subtópico 2.2.6., enquanto o Ministro Gurgel Faria acrescenta outras fundamentações para sustentar a tese de que os dois institutos são incompatíveis. Não obstante, o Ministro Jorge Mussi discorda do voto do relator, apresentando argumentos que acrescentam aos trazidos pelo Ministro Newton Trisotto no subtópico anterior²⁸.

²⁸ Debate semelhante também ocorreu em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 47.836/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401149332&dt_publicacao=21/05/2015>. Acesso em: 29 out. 2018.

CONCLUSÃO

Neste livro, percebemos que o debate no STF é atrelado a análise das condições para manutenção dos pressupostos da prisão preventiva, ou seja, apesar de uma aparência ausência de lógica para a concessão do direito a recorrer a liberdade no que tange ao réu que permaneceu preso durante a instrução, o próprio STF deixa claro que, ainda assim, é necessária a verificação da permanência dos motivos que ensejaram a segregação cautelar.

Ainda, resta evidente que há suspeitas por parte do próprio STF de que o STJ não tem seguido o entendimento do STF de forma integral, limitando-se a utilizar parcela do entendimento para manter a segregação cautelar.

É importante destacar ainda que o Ministro Marco Aurélio fixa posicionamento de que sequer a mera condição de preso seria idónea para negar o direito de recorrer a liberdade, já indicando entendimento jurídico

orientado pela regra da não culpabilidade.

Ademais, o STF deve uma análise dos casos a partir do princípio da proporcionalidade no sentido de que a custódia preventiva não pode ser mais gravosa do que o regime prisional fixado na sentença condenatória, mas também respeito à ampla defesa, pois criaria uma situação em que seria mais benéfico ao réu não recorrer para poder progredir de regime.

É feita, ainda, uma distinção com a execução provisória da pena, essencialmente para os casos em que a prisão preventiva seja adequada ao regime de cumprimento fixado em sentença. Assim, a adequação ao regime fixado não é vista necessariamente como uma execução provisória vedada, mas como uma harmonização da medida cautelar com a condenação.

Já no STJ a discussão foca sobre necessidade ou não de adequar o regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista as diferenças entre os regimes semiaberto aberto e o regime da prisão preventiva.

Nesse contexto, já ocorreu superação do entendimento anterior, de que a prisão preventiva seria incompatível com regimes diversos do fechado, de forma

que a prisão cautelar pode coexistir com os regimes semiaberto ou aberto, mas sendo necessário fazer as devidas adequações.

Todavia, ainda mantém certo posicionamento a respeito de não haver sentido lógico em conceder o direito de recorrer a liberdade a um réu que restou preso durante a instrução porque foi fixado regime mais brando em sentença, desde que os motivos da cautelar persistam.

Mas, ainda, há julgados indicando a necessidade de respeito à proporcionalidade e a ampla defesa, pois a preventiva integral (fechada) seria mais severo que a própria pena definitiva, desestimulando o exercício do direito ao recurso.

Ainda, verifica-se discordâncias especificamente sobre o regime aberto, com alguns posicionamentos indicando que a fixação do regime aberto pode ser considerada incompatível com a negativa do direito de apelar em liberdade, especialmente quando não há demonstração de risco efetivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em 25/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 131.150/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 104.270/MG. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 336.787/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45.421/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400349288&dt_publicacao=30/03/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 46.604/MG. Relator: Ministro Rogério Schietti. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 47.836/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401149332&dt_publicacao=21/05/2015>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48.138/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48.515/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401323609&dt_publicacao=28/05/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 52.739/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 286.470/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 54.336/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 312.299/MG. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 54.647/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403302745&dt_publicacao=07/05/2015>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 61.644/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501697528&dt_publicacao=11/11/2015>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66.612/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 mar. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600579723&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 68.244/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600496626&dt_publicacao=01/06/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 68.455/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600579723&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 91.914/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 11 maio 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702997001&dt_publicacao=11/05/2018>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.089/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça**. Brasília, 01 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461990>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.257/PI. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário**

de Justiça Eletrônico. Brasília, 06 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120.319/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=249372216&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 122.104/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 03 jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=228173246&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.226/PI. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 17 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº

123.267/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.930/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 nov. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=184548894&ext=.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.528/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 ago. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=244263656&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.