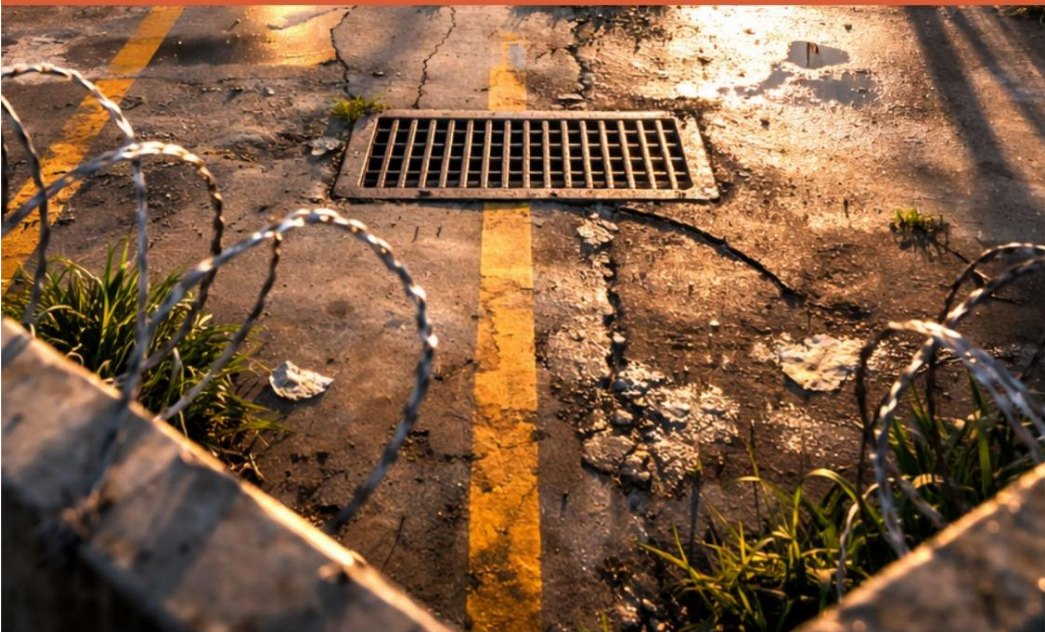


A wide-angle photograph of a prison courtyard during sunset. The scene is framed by high walls and multiple layers of barbed wire. In the center, there is a paved area with several wooden benches and a small blue trash bin. A guard tower is visible in the background, silhouetted against the bright orange and yellow sky. The sun is low on the horizon, creating a strong lens flare and casting long shadows.

Rodolfo da Rocha Melo

Harmonização da Prisão Preventiva com Regimes de Cumprimento de Pena



Rodolfo da Rocha Melo

**HARMONIZAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA COM
REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA**



**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

HARMONIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM REGIMES DE
CUMPRIMENTO DE PENA

Editora DIN.CE 2025 – 56p

ISBN: [978-85-7872-798-7](#)

DOI: 10.56089/978-85-7872-798-7

1.Direito Processual Penal. 2. Prisão Preventivas. 3. Penas

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.

Aos 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

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE CRÍTICA DA CONDIÇÃO DO RÉU COMO PRESO PROVISÓRIO DURANTE A INSTRUÇÃO E DA ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AOS REGIMES DIVERSOS DO FECHADO	19
1.1. PERMANÊNCIA DO RÉU PRESO NA INSTRUÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA NEGAR O APELO EM LIBERDADE	20
1.1.1. O Código de Processo Penal permite?	20
1.1.2. Como é aplicada pela jurisprudência?	22
1.2. A ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME DIVERSO DO FECHADO	24
1.2.1. Regras dos encarceramentos	25
1.2.1.1. Regras da prisão preventiva	28
1.2.1.2. Regras dos regimes de cumprimento de pena	30
1.2.2. Violação à regra da proporcionalidade	33
1.2.2.1. Adequação	36

1.2.2.2. Necessidade	39
1.2.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito	41
1.2.3. Violação à ampla defesa	43
1.2.4. Possibilidade de execução provisória da pena velada e de violação à não culpabilidade	46
 CONCLUSÃO	 49
 REFERÊNCIAS	 53

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria compartilhada que apresento meu novo livro, que busca realizar uma análise doutrinária, crítica, jurisprudencial, acessível e resolutive a respeito da jurisprudência do STF possui fundamentação no Código de Processo Penal e se essa jurisprudência é aplicada de forma correta pelos demais julgadores.

Ademais, em relação à jurisprudência do STJ, realizaremos uma análise crítica a respeito da orientação dominante, tomando por base os argumentos vislumbrados no capítulo anterior os quais foram exarados pelos ministros durante os debates a respeito do tema.

Assim, vamos analisar tanto as vertentes de ambas as cortes, ou seja, a ótica adotada por cada corte para analisar o assunto, bem como aplicar doutrina crítica e firme para verificar se os entendimentos adotados se adequam a um Processo Penal Constitucionalizado.

INTRODUÇÃO

Neste livro, tratarei de uma análise crítica e aprofundada dos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que abordaram a mesma situação fática.

Buscarei a origem da orientação dominante em cada corte a respeito do tema, bem como investigar como essa jurisprudência é aplicada, expor os argumentos contrários das orientações, incluindo análise aprofundada dos votos vencidos nos julgamentos.

Procederei pela 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.

Assim, apresentarei os casos em concreto, com seus elementos essenciais, tanto processuais como fáticos, para entender precisamente qual o contexto de cada decisão a respeito do direito de apelar em liberdade.

A partir dessa análise, será possível identificar o parâmetro jurisprudência que deve - ou deveria - estar sendo utilizado pelas cortes superiores, bem como se há sua aplicação por completo e se tal aplicação se adequa às questões fáticas e processuais dos casos.

CAPÍTULO 1

ANÁLISE CRÍTICA DA CONDIÇÃO DO RÉU COMO PRESO PROVISÓRIO DURANTE A INSTRUÇÃO E DA ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AOS REGIMES DIVERSOS DO FECHADO

Após analisar as jurisprudências do STF e do STJ, percebemos que os debates a respeito do tema são, essencialmente, tratados sobre dois aspectos diferentes em cada corte superior. Dessa forma, neste livro abordaremos tais aspectos em dois tópicos distintos.

Em relação à Suprema Corte, analisaremos de forma crítica o aspecto relacionado à condição específica de o réu ter permanecido encarcerado durante a instrução, com o fito de saber se o Código de Processo Penal prevê algo em relação a essa condição, bem como saber se a aplicação da jurisprudência ocorre de forma correta.

Já, no segundo tópico do livro, trataremos sobre o aspecto debatido no STJ, relacionado ao regime inicial de cumprimento de pena e a prisão preventiva,

partindo de uma análise crítica dos temas levantados nos argumentos afirmados pelos ministros da corte superior.

1.1. PERMANÊNCIA DO RÉU PRESO NA INSTRUÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA NEGAR O APELO EM LIBERDADE

Nesta primeira parte do livro, abordaremos o tema relacionado à jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, em relação à condição do réu ter permanecido o processo encarcerado para justificar a negativa do direito de apelar em liberdade, com base nas questões levantadas após a análise da jurisprudência do STJ.

Inicialmente, analisaremos o que prevê o Código de Processo Penal em relação à concessão ou não do apelo em liberdade, conforme a preocupação demonstrada pelo Ministro Marco Aurélio no que diz respeito à falta de previsão legal. Já no segundo tópico, examinaremos se o entendimento firmado no julgamento HC 89.089 é aplicado de forma correta.

1.1.1. O Código de Processo Penal permite?

O artigo 387, do CPP, em seu parágrafo primeiro, estabelece que o juiz, ao condenar o réu deverá decidir, de forma fundamentada, se mantém ou

se impõe a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa. Em relação ao acusado que permaneceu a instrução preso, o magistrado deve apresentar fundamentação concreta e idônea para negar o apelo em liberdade.

Nesse contexto, em virtude de o réu já ter sido condenado, o *fumus commissi delicti* já foi reconhecido, não cabendo ao juízo comprová-lo de novo. Todavia, ainda importa fundamentar a respeito da persistência do *periculum libertatis*¹.

Dessa forma, o réu que permaneceu preso durante a persecução penal pode aguardar o julgamento de apelação em liberdade, desde que, no momento da prolação da sentença, o motivo que ensejou a segregação cautelar desapareça ou seja atenuado. Nessas duas hipóteses, deverá o juiz conceder o direito de apelar em liberdade, aplicando ou não medida cautelar diversa².

Portanto, ao prolatar a sentença de um acusado que permaneceu toda a instrução processual encarcerado, o magistrado deverá reanalisar os motivos apresentados no momento da decretação de sua preventiva, a fim de saber se eles persistem ou não, bem como analisar se existe um novo motivo que justifique a segregação cautelar, para que se fundamente de forma concreta da negativa do direito de apelar em liberdade³. A

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 670.

² Ibid., p. 671.

³ Ibid., p. 672.

sentença condenatória, caso não apresente fundamento cautelar, não poderá manter o acusado encarcerado antes do trânsito em julgado⁴.

Assim, os únicos fatores que condicionam a manutenção da preventiva são a reanálise do magistrado a respeito do *periculum libertatis* do acusado, bem como a apresentação de fundamento cautelar, o qual poderá ser a persistência os motivos que acarretaram a preventiva.

1.1.2. Como é aplicada pela jurisprudência?

Ao analisar os julgados, percebe-se que os magistrados, bem como os desembargadores, e os ministros do Superior Tribunal de Justiça, comumente usam a jurisprudência do STF, firmada especificamente no julgado do Habeas Corpus 89.089, de Relatoria do Ministro Ayres Britto, publicado em 01 de junho de 2007⁵, onde é afirmado pelo relator, *in verbis*:

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

⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1035.

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: 02 de nov de 2018.

se mantidos os motivos ensejadores da segregação cautelar. Juízo que se esteia na serena jurisprudência desta colenda Corte, *in verbis*: é “inaplicável o disposto no art. 594 do Código de processo penal a réu preso em flagrante ou preventivamente.” (HC 68.807, Relator o Ministro Moreira Alves). Cito, ainda o HC 86.627-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim como o HC 87.621, de mina relatoria, dentre outros.

O relator é claro em condicionar a liberdade do acusado que permaneceu a instrução processual preso à persistência dos motivos que motivaram o decreto da prisão preventiva.

Não obstante, ocorre, por vezes, de juízes singulares, Tribunais, e até o próprio STJ, negligenciarem parte desse entendimento, ocultado o fragmento que versa sobre a manutenção dos motivos da preventiva, de modo que resta apenas o suposto entendimento que de todo réu que permaneceu a instrução encarcerado cautelarmente não pode aguardar o apelo em liberdade.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 66.612/SP; o juiz singular vedou a possibilidade de o réu aguardar o julgamento de um possível recurso em virtude de o acusado permanecer preso durante a instrução processual. A mesma argumentação foi utilizada pelo juízo de piso da foi analisada a decisão do Tribunal Cidadão sobre o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 45.421/SC.

Ademais, onde foi examinado o Habeas Corpus 122.104/RS, ao ver a discussão dos ministros da Suprema Corte, percebe-se que, a priori, a Corte vê certa displicência do Superior Tribunal de Justiça ao aplicar a jurisprudência de forma incompleta, o que depois é visto que não ocorreu. Todavia, esse esclarecimento realizado demonstra a insegurança com a qual o STJ vem aplicando certas orientações da Corte Suprema, de forma que é possível se concluir que existem outros julgados nos quais o STJ não aplica a orientação de forma completa.

Diante disso, vislumbra-se que essa jurisprudência, por vezes, tem sido aplicada de forma equivocada, omitindo a parte dela que ressalta a necessidade de avaliar se os motivos que fundamentam a prisão preventiva persistem. Importa, então, rechaçar a ideia de aplicação dessa jurisprudência, já que o Código de Processo Penal não prevê que o a condição do réu ter permanecido a instrução toda encarcerado é fundamento para manutenção da preventiva, bem como o uso indevido dessa jurisprudência tem causado prejuízos a diversos réus.

1.2. A ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME DIVERSO DO FECHADO

Neste último tópico do livro, estudaremos o tema relacionado à jurisprudência do STJ, em relação à

adequação da prisão preventiva ao regime inicial imposto em sentença, tomando por base os argumentos trazidos pelos ministros da Corte Superior.

Primordialmente, vamos analisar as diferenças básicas entre as regras de encarceramento referentes à preventiva, ao regime aberto, ao regime semiaberto e ao regime fechado, tomando por base, ainda, o princípio da individualização da pena em relação a sua incidência na execução penal. Prosseguindo, faremos um estudo a respeito da regra da proporcionalidade para, então, analisarmos se o entendimento adotado referente a adequar a prisão preventiva às regras dos regimes diversos do fechado acarreta observância ou inobservância da regra da proporcionalidade. Faremos, também, um breve estudo do princípio da ampla defesa, diferenciando-o do contraditório, bem como estabelecendo seu conteúdo e o que acarreta sua violação, com o fito de saber se o entendimento dominante no STJ gera violação a ele.

Por fim, verificaremos se o entendimento atualmente adotado pela Corte Superior constitui violação à regra da não culpabilidade em virtude da possibilidade de ser uma execução antecipada da pena.

1.2.1. Regras dos encarceramentos

Na execução penal, vigora a regra de que cada condenado deve cumprir a pena em seu regime

específico, de forma que sejam separados aos condenados a outros regimes. Tal regra tem previsão constitucional no inciso XLVIII, do artigo 5º:

A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Dessa forma, o preso em regime aberto não pode permanecer em encarcerado com preso definitivo em regime fechado, por exemplo. Ademais, o preso provisório não pode ser recolhido junto a qualquer preso definitivo, independente do redime de cumprimento.

Todas as cautelas mencionadas, bem como as diversas outras existentes, como a separação de presos primário e presos reincidentes, observam o princípio da individualização da pena, na sua incidência perante a execução penal.

A individualização da pena torna o sentenciado único e distinto dos demais condenados, tanto em relação aos presos decorrentes de outras ações penais como em relação aos coautores ou corréus de uma mesma ação penal. Ela toma por base o montante, o perfil e os efeitos pendentes sobre o réu para aplicação da justa e adequação sanção penal⁶.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

Tal princípio incide sobre três etapas distintas no processo penal, individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória. A primeira obriga o legislador, no momento de elaboração de um projeto de lei que tipifique uma conduta, a estabelecer os limites suficientes e necessários para reprimir e prevenir a prática da ação que visa tornar delito. A segunda obriga o juiz, deparando-se com a ação penal que acarrete condenação, a aplicar a pena em concreto em todos os seus aspectos, como a quantidade de pena em si e o regime inicial de cumprimento de pena. Por fim, a terceira forma de incidência da individualização da pena sobre o processo penal obriga o juiz responsável pela execução da pena a determinar o cumprimento da pena de forma individualizada, por exemplo, concedendo progressão de regime em tempos diferentes para condenados pelo mesmo delito, de acordo com as previsões legislativas⁷.

Dessa forma, uma das manifestações da individualização executória da pena é a necessidade de separação dos presos conforme o regime, o crime, a reincidência ou não, o tipo de prisão, idade, sexo, dentre outros aspectos. Isso impede, na teoria, a maior deformação de caráter em relação a cada preso⁸, uma vez que evita que presos que cometeram delitos mais reprováveis, que muitas vezes geram regime fechado, mantenham contato com presos que cometeram delitos menos reprováveis, os quais podem ser impostos a

⁷ Ibid., p. 39-40.

⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 141.

regimes mais brandos.

Assim, por exemplo, um condenado definitivo à homicídio qualificado, em tese, não exerce influência direta em um condenado definitivo à furto simples, bem como o mesmo condenado por furto simples não influi no caráter de um preso definitivo por uso de documento falso.

Diante disso, já se percebe que ao adequar a prisão preventiva aos regimes diversos do fechado, o acusado seria posto em encarceramento junto a indivíduo já condenados em definitivo na esfera penal, o que constitui violação direta ao princípio da individualização da pena, mais especificamente em relação à individualização executória.

1.2.1.1. Regras da prisão preventiva

A prisão preventiva deve ocorrer em cadeia pública, onde são recolhidos todos os presos provisórios, conforme o artigo 102, da Lei de Execução Penal. Esses presos provisórios são compostos pelos presos preventivamente, presos em flagrante e presos temporariamente. Atualmente, surgiram centros de detenção provisória, com fins de recolher os presos provisórios, tendo maior número de vagas, bem como estrutura semelhante às do presídio⁹.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**

Além da previsão legal, os presos provisórios devem ser mantidos separados dos presos definitivos, ou seja, não podem permanecer no mesmo estabelecimento prisional dos presos com sentença transitada em julgado, em respeito ao princípio da individualização da pena na sua dimensão incidente na execução penal

No que tange aos presos provisórios, é necessário maior rigor nessa separação dos presos definitivos. Especificamente sobre os presos preventivos, é certo de que a sua culpa não está formada baseada em um juízo exauriente de convicção, apesar de já ver fundados indícios de materialidade e autoria. Todavia, ressalta-se, deve-se ter mais cuidado em manter tais presos separados dos definitivos, principalmente dos de maior periculosidade, uma vez que ainda há a possibilidade de absolvição¹⁰.

Ademais, a finalidade da prisão provisória é apenas a custódia do acusado para fins de disponibilidade à justiça, seja em relação ao inquérito policial seja em relação a ação penal em curso, sem qualquer finalidade de cumprimento de pena. Dessa forma, uma vez que a execução penal só pode ocorrer após o transitado em julgado, as limitações da prisão provisória não podem ultrapassar a necessidade da custódia cautelar, bem

Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 969.

¹⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 141.

como a segurança e a ordem dos estabelecimentos¹¹.

Por fim, o encarceramento em cadeia pública necessariamente consiste em segregação total em relação à sociedade, uma vez que visa evitar a fuga do acusado, ou a perturbação da ordem pública, ou a garantia da instrução processual. Nesse ponto, manter um réu que, por exemplo, possui indicações de que reiterará em delitos ou indicações de que empreenderá fuga do distrito de culpa; sob custódia parcial do Estado, provavelmente não conseguirá atingir as finalidades da prisão preventiva.

1.2.1.2. Regras dos regimes de cumprimento de pena

O encarceramento em regime aberto ocorre em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, conforme o artigo 93, da LEP. O estabelecimento dever ser localizado em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e sem obstáculos impeditivos de fuga. Tal medida corrobora com a questão de que o condenado, em regime aberto, permanece trabalhando o dia inteiro, voltando ao recolhimento penal a noite, bem como conta

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 263.

com autodisciplina e responsabilidade do condenado¹², a fim de ser eficiente no seu caráter ressocializador. Não obstante, em virtude de ausência de vagas, os reeducandos em regime aberto tem cumprido a pena em regime domiciliar¹³.

O STJ já teve a oportunidade de afirmar que a casa do albergado indica a ideia de local sem características de cárcere, característica esta que é própria, apenas, dos regimes fechado e semiaberto. Na realidade, o importante é o ambiente a que o apenado fica submetido, de forma que pouco importa se o local é contíguo ao presídio. Preenchidas exigências da lei, bem como sem o rigor penitenciário, com um regime baseado em autodisciplina e senso de responsabilidade¹⁴, o ambiente será adequado para o cumprimento do regime aberto.

Dessa forma, características essenciais ao regime aberto, reconhecidas expressamente pelo STJ, são a falta de características de cárcere, a autodisciplina e o senso de responsabilidade.

Já o condenado a regime semiaberto deve ser recolhido em colônia agrícola, industrial ou

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 969.

¹³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 152.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2.028/77-MS. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 03 ago. 1992. p. 11335.

estabelecimento similar, conforme o artigo 91, da LEP, onde será mantido encarcerado em celas coletivas e com salubridade durante o período noturno, enquanto no período diurno será submetido a trabalho em comum¹⁵. Ademais, também são admissíveis o trabalho externo e a frequência a cursos supletivos profissionalizantes.

Nesse regime, o trabalho externo é considerado essencial, de modo que é permitido independente do tempo de encarceramento, devendo, apenas, satisfazer os requisitos legais¹⁶.

No semiaberto, também é possível que o diretor do estabelecimento prisional conceda permissão de saída temporária, com escolta, em casos de falecimento ou doença grave de familiares, bem como em casos de tratamento médico que não podem ser realizados dentro do estabelecimento prisional. Ademais, existe a possibilidade de concessão de saída temporária sem vigilância direta em casos de visita a familiares, frequência em cursos já mencionados e participação em atividades que ajudem na ressocialização do

¹⁵ AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 242.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70034083857. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 10 fev. 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=HC+70034083857&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2018.

condenado¹⁷.

O apenado a regime fechado deve cumprir a pena em penitenciária, de acordo com o artigo 87, da LEP¹⁸, onde será submetido a controle e vigilância rigoroso sobre o preso. Durante o dia, o condenado é obrigado a exercer trabalho interno em comum, de acordo com suas aptidões e ocupações anteriores, caso adequadas à execução da pena, enquanto no período noturno, será encarcerado individualmente.

Em caráter excepcional, é permitido o trabalho externo, desde que ocorra em serviços ou obras públicas operadas por órgãos públicos, bem como entidades privadas, com as devidas providências para evitar fugas e em favor da disciplina¹⁹.

Diante disso, é visível que os regimes de cumprimento de pena aberto – caracterizado por autodisciplina e responsabilidade – e semiaberto – caracterizado pela possibilidade de trabalho externo e saídas temporárias sem vigilância – guardam diversas diferenças em relação à prisão preventiva, o que torna inviável a sua adequação. Todavia, o regime fechado se aproxima da forma de encarceramento da preventiva, por submeter o preso a vigilância e controle rigorosos, de modo que a adequação da preventiva não alteraria a

¹⁷ AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 242-243.

¹⁸ Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

¹⁹ AVENA, **op. cit.**, p. 241.

forma de recolhimento à qual o réu estaria submetido.

1.2.2. Violação à regra da proporcionalidade

Neste subtópico, procederemos pelo exame a respeito da adequação da prisão preventiva aos regimes diversos do fechado, sob a ótica da regra da proporcionalidade.

No âmbito da persecução penal promovida pelo Estado, as autoridades representantes do Poder Público não podem tomar medidas excessivas, uma vez que as ações estatais são condicionadas ao princípio da razoabilidade. Nesse contexto, o “princípio” da proporcionalidade emerge como o coeficiente de aferição da razoabilidade das medidas tomadas pelas autoridades representantes do estado. Assim, a proporcionalidade proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder Público²⁰.

Não obstante, em que pese a comumente denominação da proporcionalidade como princípio, na realidade, conforme os postulados de Alexy, a proporcionalidade consiste em uma regra. A sua classificação como princípio é oriunda das classificações tradicionais de regras e princípios, as quais se encontram

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85.

em dissonância com os critérios adotados pelo autor²¹.

Por consistir em uma regra, a proporcionalidade deve ser aplicada de acordo com seu caráter absoluto, de forma que o método aplicado seja o “tudo ou nada”²². Com isso, temos que analisar se o entendimento dominante na jurisprudência do STJ, a respeito da adequação da prisão preventiva com regime diverso do fechado, respeita a regra da proporcionalidade, chamada comumente como princípio da proporcionalidade, a qual é fator essencial para indicar se a atuação do Poder Público respeita a razoabilidade.

Para se analisar se o entendimento da Corte Superior respeito o princípio da proporcionalidade é necessário que o entendimento observe todos os três “subprincípios” que compõem a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Tais “subprincípio” devem ser analisadas, necessariamente, nessa ordem, uma vez que, entre elas, existe um caráter de subsidiariedade. A análise da necessidade só deve ocorrer se a adequação for respeitada, bem como a análise da proporcionalidade em sentido estrito só deve ocorrer se respeitadas a adequação e a necessidade. Por exemplo, verificada a não observância da adequação, o caso concreto não pode ser considerado proporcional, sem a necessidade de

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 81.

²² Ibid., p. 81.

verificar os outros “subprincípios”. Dessa forma, nem sempre será necessário a análise, ou pelo juiz ou pelo intérprete, de todos eles²³.

Não obstante, apenas para fins da pesquisa, caso um dos “subprincípios” não seja observado, vamos proceder pelo exame dos restantes, mesmo sabendo que basta verificar a não observância de um deles.

1.2.2.1. Adequação

A adequação se refere a uma verificação entre o meio a ser usado e o fim a que ele se destina. Aqui não se analisa se determinada medida consiste no melhor meio para se atingir determinado fim, basta que tal medida promova e fomente, em qualquer grau, o fim desejado, mesmo que o objetivo não seja completamente alcançado²⁴. Assim, questiona-se se a medida a ser tomada contribuiu, de qualquer forma, para o êxito do resultado almejado²⁵, sem, obrigatoriamente, ser um meio

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 17 nov. 2018. p. 35.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 17 nov. 2018. p. 37.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 87.

que atinja o objetivo. A respeito, afirma Afonso da Silva:

Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.²⁶

Cuellar-Serrano²⁷ disserta sobre a adequação separando-a sobre os aspectos qualitativo, quantitativo e subjetivo. Nesse contexto, a adequação qualitativa ocorre quando uma medida, devido a sua natureza, é capaz de alcançar o objetivo, ou seja, a natureza do meio usado é compatível com a natureza do fim. A adequação quantitativa se refere ao lapso temporal ou a força empregada com a medida, as quais devem guardar conformidade com o fim. Já a adequação subjetiva versa que a medida a ser tomada deve incidir sobre o indivíduo que justifica o fim a ser almejado. Dessa forma, a adequação subjetiva se refere sobre a individualização do sujeito passivo da medida, de forma que não seja estendido a outros indivíduos, o que, como afirma Brasileiro²⁸:

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 17 nov. 2018. p. 36-37.

²⁷ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 160-162.

²⁸ LIMA, op. cit., p. 87.

Afinal, a depender das circunstâncias do caso concreto, uma medida, em um mesmo processo, pode ser subjetivamente adequada em relação a um dos acusados, mas não sê-lo em relação a outro.

O entendimento adotado pelo STJ afirma que, quando for condenado a regime semiaberto ou aberto, a prisão preventiva mantida na prolação da sentença deverá ser adequada à regra de tais regimes para se atingir a finalidade da preventiva, a qual pode ser a conveniência da instrução criminal, a garantia de ordem pública ou a garantia de aplicação da lei penal.

Em relação à adequação qualitativa, percebe-se que a natureza dos regimes semiaberto e aberto são definitivos, uma vez que consistem em regimes de cumprimento de pena, ou seja, regimes de segregação pessoal para cumprimento de pena definitiva. Enquanto as finalidades da prisão preventiva são, necessariamente, cautelares, caso contrário estaria em plena violação à disposição constitucional.

A adequação quantitativa também não resta respeitada. O regime semiaberto e o regime aberto necessariamente presumem o não encarceramento total do acusado, mais ainda o regime aberto que não possui características de cárcere, de modo que não há qualquer garantia a ordem pública ou a aplicação da lei penal se, durante o dia, o indivíduo pode permanecer fora do estabelecimento, podendo praticar outros delitos ou fugir do local.

A adequação subjetiva necessariamente deve ser analisada nos casos concretos, e não meramente hipotéticos, uma vez que deve ser examinado se o indivíduo específico deu causa ao perigo à ordem pública ou à aplicação da lei penal, justificando, assim a medida contra ele. Isto posto, resta prejudicada a análise da adequação subjetiva.

Em relação à manutenção da preventiva para conveniência da instrução criminal, não há o que se analisar, pois a instrução penal já foi encerrada, de forma que toda a coleta de provas foi realizada, o que impossibilita a preventiva com seu fim, por necessariamente haver esgotado o motivo.

Dessa forma, o entendimento atual do STJ não observa o “subprincípio” da adequação, o que, por si só, já confere o caráter desproporcional das medidas que prevê o entendimento, uma vez que a regra proporcionalidade deve ser respeitada em todos os seus aspectos. De toda forma, continuaremos a análise dos outros “subprincípios”.

1.2.2.2. Necessidade

O segundo “subprincípio” é o da necessidade, também chamado de “princípio da menor interferência possível” ou “princípio da intervenção mínima”. Esse subprincípio busca a verificação da existência de outras medidas menos gravosas para atingir a finalidade. Assim,

uma determinada medida será necessária quando for verificado que não existe qualquer outro meio, menos gravoso, que atinja com a mesma eficiência o fim almejado²⁹.

As medidas alternativas que podem ser tomadas pelo magistrado para os fins cautelares da prisão preventiva são contidas no artigo 319, do Código Penal, com redação dada pela Lei n 12.403 de 2011.

Nos casos de manutenção da preventiva com fins de garantia de ordem pública, o comparecimento periódico do acusado em juízo, previsto no inciso I, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, previsto no inciso II e o monitoramento eletrônico consistem em medidas menos gravosas e igualmente aptas à garantir a ordem pública em comparação ao regime semiaberto, uma vez que o mesmo não poderá ocorrer em encarceramento total. Ademais, podem ser consideradas mais eficientes até que o regime aberto, o qual predispõe autodisciplina do acusado.

Na manutenção da preventiva para aplicação da lei penal, o comparecimento periódico ao juízo, a proibição de ausentar-se do distrito de culpa previsto no inciso IV, bem como o monitoramento eletrônico também consistem em medidas tão eficientes quanto o regime semiaberto e o aberto, como também são menos gravosas.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

Em relação a conveniência da instrução criminal, novamente, não há o que se analisar, uma vez que a instrução já foi encerrada, então, a manutenção da prisão preventiva com tal fundamento é ilegal, já que não há como existir quaisquer riscos à instrução, tendo em vista que ela já foi concluída.

Assim, o “subprincípio” da necessidade também não foi observado, porque o rol de medidas cautelares diversas da prisão apresentam meios tão eficientes quanto às restrições impostas pelo regime semiaberto e aberto, bem como tais meios são menos gravosos ao réu.

1.2.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito alude a um juízo de valor decorrente da comparação entre o ônus imposto ao indivíduo que sofrerá a restrição e o benefício gerado pelo fim buscado³⁰. Dessa forma, coloca-se em contraposição a limitação de direitos que a medida impõe ao indivíduo e a importância do fim buscado.

Tanto no regime semiaberto como no aberto o denunciado seria submetido a restrições parciais de sua liberdade. No primeiro, seriam restrições parciais a quais

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85.

seriam cumpridas em estabelecimento com características de cárcere, enquanto no segundo são restrições parciais sem submissão a estabelecimento com característica de cárcere.

Com fins de garantir a ordem pública, o que se pretende é evitar que o denunciado cometa outro delito, assim, o benefício gerado é a garantir de não ocorrência de delitos do acusado contra a sociedade. Ponderando-se esse benefício com a restrição parcial em cárcere com a restrição parcial sem cárcere, vislumbra-se que a proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a segurança da sociedade possui mais relevância que restrição parcial à liberdade do réu.

A preventiva com fins de aplicação da lei penal visa evitar que o acusado fuja, de modo a frustrar a aplicação de possíveis sanções bem e, portanto, frustrar a persecução penal promovida pelo Poder Público. Assim, o benefício acarretado é o êxito do Estado em sancionar um indivíduo que, talvez, tenha cometido um delito. Ponderando-se esse benefício com a restrição parcial em cárcere e sem cárcere, vislumbra-se desproporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que, de acordo com a não culpabilidade como princípio, o acusado ainda é considerado inocente na maior medida possível, o que inviabiliza a restrição de sua liberdade que não seja nas regras da prisão preventiva.

Novamente, não há que se falar em ponderação quando a manutenção da preventiva visa a conveniência da instrução penal, uma vez que a própria instrução já foi encerrada.

Dessa forma, tem-se que o entendimento do STJ em relação a adequar a preventiva ao regime semiaberto ou aberto não preenche os “subprincípios” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isto posto, tal entendimento é manifestamente desproporcional.

1.2.3. Violação à ampla defesa

A ampla defesa é intrinsecamente atrelada ao princípio do contraditório, uma vez que a ampla defesa garante o exercício do contraditório, bem como é por ele que a ampla defesa se manifesta. O contraditório é formado por dois elementos essenciais: o direito à informação e o direito à reação. O primeiro elemento é o que possibilita a ampla defesa, enquanto o segundo elemento é o meio pelo qual ela pode ser exercida. Dessa forma, apesar da necessária ligação, à ampla defesa não se confunde com o contraditório, uma vez que o contraditório versa sobre o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária, enquanto a ampla defesa é decorrência da posição de defesa em que o réu se encontra no processo penal³¹.

Nesse contexto, o contraditório se refere à garantia de participação das partes de poder impugnar qualquer manifestação contrária a seus interesses, sem maiores preocupações a respeito da sua efetividade. Já a

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 54.

ampla defesa vai além, uma vez que não apenas garante a possibilidade, mas determina a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade quando ocorrer prejuízo ao réu³².

A ampla defesa, então considerada como um direito subjetivo público do acusado, reflete não somente no aspecto externo ou formal, mas também reflete no aspecto substancial. Assim, incidência da ampla defesa não se limita à intimação de atos ou à nomeação defensor, uma vez que é necessário a análise se foi efetivamente exercido o direito de defesa, sem qualquer deficiência ou ausência³³.

O núcleo substancial do conceito de ampla defesa é formado pela suficiência e pela efetivada, o que acarreta a violação à ampla e plena defesa quando ocorre deficiência, limitação ou insuficiência de sua prática³⁴. Dessa forma, qualquer forma mínima que restringe o exercício efetivo da ampla defesa, não apenas em relação aos elementos formais do processo, mas também em relação ao conteúdo da defesa, configura desrespeito ao preceito e gera nulidade.

Nos casos em que um réu tenha contra si uma sentença condenatória não transitada em julgado onde é

³² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38.

³³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 138.

³⁴ Ibid., p. 139.

reconhecido que o regime inicial de cumprimento de pena seja o aberto ou o semiaberto, negar o direito de apelar em liberdade utilizando quaisquer dos fundamentos previstos no artigo 312, do CPP, colocando o acusado em cárcere total, afigura situação de malferindo à ampla defesa.

Nesse caso, ao ser intimado da sentença condenatória, o réu estará submetido a uma situação de que será mais benéfico não apelar, iniciando-se, então, o cumprimento da pena, a fim de permanecer encarcerado parcialmente, do que apelar, sendo, portanto, colocado em encarceramento total. Diante disso, por exemplo, caso o acusado queira apelar pedindo a redução da dosimetria, de forma que não afete o regime aplicado, ou a exclusão de valores indenizatórios, ele terá que ser submetido a um regime de encarceramento mais gravoso para que possa exercer seu direito de defesa.

Tal situação configura violação à ampla defesa, no que tange o seu conteúdo substancial, uma vez que limita a defesa efetiva do réu, já que ele terá que não apelar para não ser colocado em encarceramento total.

Dessa forma, manter a prisão preventiva em desfavor de um réu que teve sentença contra si que reconhece como regime inicial de pena um regime diverso do fechado, seja aberto seja semiaberto, gera descumprimento à ampla defesa. Não obstante, a atual jurisprudência do STJ, por adequar a segregação cautelar às regras do regime imposto, de modo que o réu não permanecerá em segregação total, não viola a ampla defesa, vez que, caso interponha apelação, ele será

submetido à mesma situação caso não utilizasse o recurso.

Tem-se, portanto, que manter o encarceramento total, de natureza cautelar, em desfavor de um denunciado que foi condenado à regime diverso do fechado viola a ampla defesa. Todavia, o entendimento aplicado atualmente pelo STJ observa a ampla defesa por não gerar situação mais gravosa ao réu caso deseje apelar.

1.2.4. Possibilidade de execução provisória da pena velada e de violação à não culpabilidade

Inicialmente, é importante destacar que não analisaremos a questão atinente à execução provisória após a segunda instância, uma vez que não é contida no objeto do trabalho, já que estamos discutindo a possibilidade de apelar sem encarceramento, e não a possibilidade de interpor recurso especial ou extraordinário.

A não culpabilidade que temos em estudo, consiste em uma regra, e não um princípio. Dessa forma, sua aplicação deve ocorrer de modo absoluto, sendo eventuais conflitos normativos resolvidos pela declaração de invalidade de alguma norma ou pela inclusão de cláusula de exceção.

Nesse sentido, o estado de inocência, como

regra de tratamento em relação ao réu e dirigida à atuação do juiz, reflete na vedação à execução provisória ou à execução antecipada da pena³⁵. Ademais, como reflexo da regra da não culpabilidade, tem-se a revogação do artigo 594, do CPP, onde era previsto a obrigatoriedade do encarceramento do denunciado para que pudesse recorrer, o que ocorreu com a Lei n 11.719/08³⁶, vez que tal dispositivo consistia em prisão automática anterior ao trânsito em julgado.

Sendo assim, a única forma de encarceramento anterior ao trânsito em julgado é a aplicação das prisões provisórias, as quais são consideradas pela jurisprudência como institutos que cerceiam a liberdade do réu, mas encontram-se em harmonia com a não culpabilidade³⁷. Além disso, a não culpabilidade não impede a adoção de outros atos coercitivos, como busca e apreensão³⁸. Nesse contexto, apesar do aparente conflito de normas, as prisões provisórias nada mais são do que normas que excepcionam a regra de tratamento em relação ao acusado, ou seja, são normas que não entram em conflito com a regra da não culpabilidade por existir cláusula de exceção entre elas.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 70.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

³⁸ FEITOZA, Denilson. **DIREITO PROCESSUAL PENAL: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 145.

Tal cláusula de exceção tem por fundamento a natureza das prisões provisórias, as quais são dotadas de natureza cautelar ao contrário dos regimes de encarceramento, os quais são dotados de natureza definitiva por serem oriundos de sentença penal condenatória transitada em julgado. Dessa forma, enquanto as prisões cautelares se justificam por terem suas finalidades atreladas a viabilizar a persecução penal, as prisões definitivas se justificam por decorrerem de um título executivo judicial penal definitivo.

A ideia exarada pela jurisprudência do STJ em alterar as regras do encarceramento preventivo, o qual tem natureza cautelar, a fim de impor as regras dos regimes semiaberto e aberto, os quais têm natureza definitiva, configura violação à regra da não culpabilidade, por constituir uma forma de execução antecipada da pena.

Nesse contexto, ao alterar as regras de segregação para as regras decorrentes de título executivo judicial definitivo tem-se uma forma indireta de aplicação de uma sentença condenatória transitada em julgado, visto que as regras dispostas nos regimes diversos do fechado só podem ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude da sua natureza definitiva.

Assim, o atual entendimento do STJ consiste em uma forma de executar antecipadamente a pena e viola a regra da não culpabilidade no seu âmbito de tratamento em relação ao réu.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, foi discutida a compatibilidade da concessão do direito de apelar em liberdade para um denunciado que permaneceu toda a instrução encarcerado preventivamente.

Podemos perceber que o direito de apelar em liberdade consiste em uma regra oriunda de um dos aspectos da não culpabilidade, qual seja, o aspecto referente à regra de tratamento. Nesse contexto, por ser uma regra, um eventual conflito com outra regra é solucionado pela inclusão de uma cláusula de exceção. Isso ocorre entre a regra de tratamento da não culpabilidade e a prisão preventiva, uma vez que esta consiste em cláusula de exceção da não culpabilidade. Dessa forma, o direito de apelar em liberdade é uma regra, de aplicação absoluta, sendo excepcionada pela decretação ou manutenção da prisão preventiva.

Vimos que o debate nos tribunais a respeito do tema se dá sobre dois âmbitos, um em cada corte superior. No STF, a discussão se dá especificamente sobre a condição do réu preso na instrução como fundamento para negar o apelo em liberdade. Enquanto no STJ, os debates versam, mais especificamente, sobre

a necessidade de adequação da prisão preventiva com o regime inicial de cumprimento de pena imposto para que se possa negar o direito de apelar em liberdade.

Vislumbrou-se que não há qualquer previsão legal que vincule a condição do réu ter permanecido encarcerado durante a instrução à não concessão do direito de apelar em liberdade, de modo que, no momento da prolação da sentença, o juiz terá que fazer uma reanálise dos motivos que ensejaram a segregação cautelar para verificar se o acusado pode ter restringido o seu direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Além disso, foi verificado que a jurisprudência do STF, por vezes, não é aplicada de forma correta pelos juízes e pelos tribunais, uma vez que a orientação da corte é no sentido de que, além de o réu ter permanecido encarcerado, o juiz deve analisar se os motivos da prisão preventiva persistem. Todavia, existem casos de juízes e tribunais que omitem a parte referente a necessidade de análise dos motivos da preventiva, limitando-se em não conceder o direito de recorrer em liberdade sobre justificativa única de que o réu permaneceu a instrução toda encarcerado.

Dessa forma, deve-se rechaçar a jurisprudência que justifica a negativa do apelo em liberdade com base no fato de o réu ter permanecido encarcerado durante a instrução, visto que não há previsão legal nesse sentido, bem como alguns julgadores têm usado essa orientação do STF sem analisar se os motivos da preventiva persistem.

Também neste livro, percebemos que a

orientação do STJ, de que a prisão preventiva é compatível com os regimes diversos do fechado, desde que a preventiva se adeque ao regime imposto; é equivocada, pois tal entendimento acarreta violação ao princípio da individualização da pena, bem como as regras dos regimes aberto e semiaberto são muito divergentes das regras da prisão preventiva, de modo que os objetivos da preventiva se tornariam inviáveis de serem alcançados. Ademais, essa orientação fere a regra da proporcionalidade e a regra da não culpabilidade, mais especificamente no seu aspecto de regra de tratamento, por constituir uma forma indireta de execução antecipada da pena. Dessa forma, o entendimento predominante no STJ não deve prevalecer.

Portanto, o juiz só poderá negar o direito de apelar em liberdade caso o réu tenha sido condenado a regime inicial fechado e caso seja verificado que os motivos que ensejaram o decreto preventivo persistem. Além disso, não poderá negar tal direito se o motivo da prisão preventiva foi, unicamente, a conveniência da instrução penal e se o réu for condenado ao regime semiaberto ou aberto, sendo possível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981143/cfi/6/10!/4/8/10@0:58.8>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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 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. 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 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.

DEZEM, Guilherme Madeira. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FEITOZA, Denilson. **DIREITO PROCESSUAL PENAL: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL: Volume Único**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p.23-50, abr. 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.