

Coordenação:

**RAFAEL DE
SOUZA MIRANDA**

TESES PENAIIS NA VISÃO DA DEFESA

3^a edição

revista,
atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1

ENUNCIADO: A condenação ao cumprimento de pena em regime inicial diverso do fechado, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, não autoriza a manutenção da custódia cautelar.

RAFAEL ALVAREZ MORENO

I EXPOSIÇÃO FÁTICA DO PROBLEMA

A prisão preventiva, como sabido, é medida cautelar de ordem pessoal que poderá ser decretada pelo Poder Judiciário “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, [...] a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (CPP, art. 311). Ademais, a decretação da prisão preventiva está atrelada à necessidade de “[...] garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (CPP, art. 312, *caput*).

Assim, presentes indícios de autoria e a prova da materialidade do delito, sendo a custódia cautelar necessária para garantir (a) a ordem pública, (b) a ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal e (d) a aplicação da lei penal, e demonstrada a insuficiência das medidas cautelares do art. 319 do CPP (CPP, art. 282, § 6º), a prisão preventiva poderá ser decretada.

Adicionalmente, ainda que se façam presentes os requisitos acima expostos, a prisão preventiva não será cabível em face de toda e qualquer situação. Nos termos do art. 313, ela poderá ser decretada nas seguintes situações: a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; b) se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP (depuração da reincidência); c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e d) em caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Por sua vez, o art. 387, § 1º, do CPP, preceitua que, ao proferir uma sentença de condenação, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Já o art. 315, § 2º, indica que a decisão pela decretação/manutenção da prisão preventiva deve ser concreta, cabendo ao julgador “[...] indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (CPP, art. 315, § 2º).

Se é assim, devemos concluir que, **uma vez encerrada a instrução criminal, ainda que se entenda pela manutenção da prisão preventiva anteriormente aplicada, a decisão deve ser concretamente fundamentada, visto que ainda vigente o estado de inocência** (CF, art. 5º, LVII; CADH, art. 8.2). Vale dizer: a despeito de uma sentença de condenação, ainda vigente o estado de inocência, eis que não esgotadas as hipóteses recursais, a prisão preventiva não perde o seu caráter cautelar.

Mas não é só.

A prisão preventiva, justamente por ser uma medida cautelar, deve observar a noção de proporcionalidade. Por isso, sob pena de vulneração ao princípio em questão, a prisão preventiva (tutela cautelar/acessória) não pode ser mais gravosa do que a prisão-pena (tutela definitiva/principal). Isso significa dizer que, havendo a perspectiva de imposição de um regime inicial diverso do fechado no caso de condenação, a prisão preventiva se tornará desproporcional e, por isso, não deverá ser decretada ou, caso já tenha sido imposta, deverá ser revogada.

O escopo desta tese é, assim, demonstrar o descabimento da prisão preventiva na hipótese de condenação ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade cujo regime seja diverso do fechado.

I FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Não é possível falar em prisão preventiva sem, antes, abordar a garantia da presunção de inocência.

Como sabido, no ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência está prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.2, e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, no art. 14.2, em uma redação bastante próxima, determinam que se presuma a inocência da pessoa acusada “[...] enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Anote-se, ademais, que a **presunção de inocência apresenta um conteúdo complexo**, eis que pode ser decomposta em (a) regra de tratamento, (b) regra probatória e (c) regra de juízo. Assim:

- a) **Regra de tratamento:** de acordo com essa regra, o estado natural do cidadão é a inocência, de modo que, enquanto subsistir esse *status*, estará proibido o uso de prisões sem natureza cautelar enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória.
- b) **Regra probatória:** o órgão de acusação, no processo penal, é o responsável por desfazer o estado natural do indivíduo, a inocência, sendo que, para isso, deverá demonstrar culpa, por meio do processo legal.
- c) **Regra de juízo:** a presunção de inocência deve ser entendida como um *standard* probatório, motivo pelo qual a conclusão sobre a culpabilidade de um indivíduo somente se torna legítima se baseada em um grau de certeza que supere a dúvida razoável¹.

1. Sobre o conteúdo da presunção de inocência, cf.: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424-427.

Portanto, a adoção de qualquer medida cautelar ao longo do processo penal – e, sobretudo, a prisão preventiva, a mais gravosa das medidas cautelares (CPP, art. 282, § 6º) – deve ser evitada e, caso seja necessária sua adoção, a medida cautelar não poderá ser mais gravosa do que a própria que, ao final, poderá ser imposta, eis que o indivíduo ainda deve ser tratado como inocente.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso *Norín Catrín e outros vs. Chile*, fixou o entendimento de que a prisão preventiva, ao longo da persecução penal, é exceção, somente pode ser decretada para preservar os fins do processo, sendo que sua decretação está adstrita aos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade:

O princípio geral nesta matéria é que a liberdade é sempre a regra, ao passo que a limitação ou restrição é sempre a exceção. [...] A aplicação desse princípio geral aos casos de detenção ou prisão preventiva surge como consequência da aplicação combinada dos artigos 7.5 e 8.2 [da Convenção Americana sobre Direitos Humanos]. Por isso, a Corte estabeleceu que a regra geral deve ser a liberdade do imputado enquanto se resolve acerca de sua responsabilidade penal, já que ele goza de um estado jurídico de inocência a impor ao Estado um tratamento em conformidade com sua condição de pessoa não condenada. Em casos excepcionais, o Estado poderá recorrer a uma medida de encarceramento preventivo para evitar situações que coloquem em perigo a realização dos fins do processo. Para que uma medida privativa de liberdade esteja em conformidade com as garantias consagradas pela Convenção [Americana sobre Direitos Humanos], sua aplicação deve reunir o caráter de excepcionalidade e respeitar o princípio da presunção de inocência, assim como os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática².

Portanto, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a prisão preventiva deve ter um fim estritamente cautelar³ e, por isso, não poderia ser decretada para garantia da “ordem pública”,

2. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Norín Catrín e outros vs. Chile*, sentença de 29/5/2014, §§ 309-310, tradução livre.

3. No Caso *Suarez Rosero vs. Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou que a privação de liberdade decorrente da imposição de prisão processual não pode

já que esta é entendida como o risco de reiteração delitiva. Ora, prevenir a prática de outros delitos é função atribuída à pena (CP, art. 59). Logo, a prisão preventiva decretada para evitar o risco da reiteração delitiva equivale à antecipação de pena.

Ainda sobre o conceito de “ordem pública”, um dos principais motivos para a decretação da prisão preventiva na atualidade, impõe-se reconhecer que se trata de conceito extremamente vago e de difícil delimitação. Por isso, a interpretação desse conceito é debatida por três correntes, a saber:

- a) **Inconvencionalidade/inconstitucionalidade da expressão “ordem pública”**: Uma parcela da doutrina sustenta sua inconstitucionalidade/inconvencionalidade, tendo em vista que seria incompatível com a presunção de inocência a imposição de uma prisão desatrelada de finalidade cautelar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória⁴. Desse modo, para essa corrente de pensamento, a prisão preventiva somente poderia ser decretada por conveniência da instrução criminal (ex.: réu que intimida testemunhas) ou para assegurar a aplicação da lei penal (ex.: risco concreto de fuga), finalidades essencialmente cautelares. Todavia, essa linha de raciocínio deve ser criticada por atribuir à presunção de inocência um conteúdo essencial fundado na teoria absoluta dos direitos fundamentais, delimitando-o abstrata e independentemente de qualquer circunstância do caso

resultar na antecipação da sanção penal, de sorte que lhe atribui finalidade essencialmente cautelar: “Do disposto no artigo 8.2 da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos] deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido mais além dos limites estritamente necessários para assegurar que não obstará o regular desenvolvimento das investigações e que não impedirá a atuação da justiça, eis que a prisão preventiva é uma medida cautelar, não uma medida punitiva” (sentença de 12/11/1997, § 77). No mesmo sentido é o Caso Tibi vs. Equador, sentença de 7/9/2004, § 180.

4. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23, grifos originais: “Parece evidente que em todas essas situações [hipóteses que se amoldam ao conceito de ordem pública] a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma pura e simples antecipação da punição, ditada por motivos de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade”. Cf., ainda, MAIER, Julio B. J. Antología: el proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra, 2008, p. 935-936.

concreto⁵. Em adição, ao refutar, de imediato, a convencionalidade/constitucionalidade da ideia de ordem pública, os adeptos dessa linha de pensamento renunciam a qualquer possibilidade de delimitá-la⁶.

- b) Convencionalidade/constitucionalidade da expressão “ordem pública”:** De outra banda, há uma segunda corrente de acordo com a qual a prisão em tela é constitucional, porque, em tais situações, haveria um choque entre o interesse individual à liberdade e o interesse público à segurança pública, o qual deve ser necessariamente resolvido em favor deste⁷. Essa linha de raciocínio também não está imune a críticas. Isso porque a corrente olvida que a presunção de inocência é formada não só como um interesse individual (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), mas igualmente como um interesse público (dimensão objetiva dos direitos

-
5. A propósito da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, esclarece Virgílio Afonso da Silva: “Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a idéia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 187).
 6. Argumentos contrários à corrente “processualista” apresentados por MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 383-387.
 7. Segundo Demercian e Maluly, a prisão preventiva motivada pela garantia da ordem pública “[...] restitui a tranquilidade do meio social e a credibilidade à justiça, enfraquecidas pela gravidade do fato e a periculosidade do agente” (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até a Súmula Vinculante nº 25 do STF, de acordo com as Lei nos 11.689/08, 11.690/08, 11.705/08, 11.900/09 e 12.037/09. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 195). A admissibilidade da prisão preventiva com o escopo de evitar a reiteração delitiva também é defendida por RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Prisión provisional y prevención de delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo?*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, v. 2, p. 713-734. Atualmente, o STF delimita a garantia da ordem pública a partir de circunstâncias que evidenciem a periculosidade do agente ou o risco de reiteração delitiva. A título exemplificativo, v. o HC n. 143.327 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 15/9/2017.

fundamentais)⁸. Mas não é só: ao resolver, desde logo, o choque entre aqueles interesses em favor da segurança pública, atribui a esta um peso absoluto⁹.

- c) **Posição intermediária:** Por fim, existe um entendimento intermediário que visualiza a possibilidade de compatibilizar a noção de ordem pública com o modelo processual penal democrático. Para tanto, aponta três requisitos, todos derivados de um exame concreto do ato cometido pelo cidadão: a) a pena fixada abstratamente para o delito, de modo a evitar que o processamento de delitos que não admitem a prisão-pena possa resultar em encarceramento ao longo do procedimento, contrariando a lógica da proporcionalidade; b) o modo e as circunstâncias como o ato foi praticado, pois há situações que aumentam o desvalor da ação e do resultado; c) uma relação temporal entre a ciência do ato e de sua autoria e a ordem de prisão, visto que quanto maior o distanciamento, menor será a necessidade da prisão. É o entendimento do Professor Maurício Zanoide de Moraes¹⁰.

-
8. Na lição de André de Carvalho Ramos, "A dimensão objetiva dos direitos humanos implica reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos" (RAMOS, op. cit., 2016, p. 275).
9. Novamente, os argumentos apresentados em oposição à corrente "materialista" baseiam-se na lição de MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 388.
10. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 390. Em linha similar, Nereu José Giacomolli, após criticar a vagueza da expressão "ordem pública", por gerar uma psicose judicial que solapa os direitos fundamentais do imputado, entende que a prisão poderá ser decretada com esteio nesse fundamento, desde que: a) a ordem de prisão refira-se a circunstâncias concretas e demonstráveis, não bastando meras conjecturas; e b) o conteúdo da expressão deve ser limitado, refletindo situações em que, de fato, o delito praticado coloque em risco a organização estrutural das instituições, do próprio Estado de Direito ou reflita em toda a sociedade. Além disso, o autor não admite que se atribua à prisão preventiva motivada na ordem pública qualquer finalidade de prevenção geral ou especial, sob pena de vulneração da presunção de inocência, em decorrência da antecipação da sanção penal (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 373-374).

O Código de Processo Penal adotou a corrente intermediária. Não só porque permite a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública (CPP, art. 312), mas porque estipula que “Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar **concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada” (CPP, art. 315, § 1º). Por isso é que, embora a “ordem pública” deva ser compreendida como o risco de reiteração delitiva e, assim, aferido a partir dos antecedentes do imputado, estes, por si só, não podem justificar a imposição da prisão preventiva. É, por conseguinte, necessário verificar se a reiteração delitiva é contemporânea aos fatos e/ou se envolve crimes da mesma natureza jurídica. Nesse sentido:

Flagrante (prisão). Decisão denegatória de liminar (ocorrência). Ilegalidade manifesta (caso). Habeas corpus (cabimento). Princípio da igualdade (aplicação).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

2. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do *habeas corpus*.

3. A reincidência, por si só, não impede a concessão de liberdade provisória nem é hipótese de prisão preventiva – preventiva justifica-se como garantia da ordem pública, da ordem econômica, etc.

4. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Cód. de Pr. Penal, art. 315).

5. Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei, que não permite se tratem igualmente situações desiguais ou desigualmente situações iguais.

6. Em princípio, a propósito de decisão que indefere liminar em feito da mesma natureza, é incabível *habeas corpus*. Todavia, tendo sido impetrado o writ para se reparar coação manifestamente ilegal, três são as soluções possíveis: uma é a concessão da

ordem de maneira decisiva, terminante; outra é a concessão até que, na origem, seja definitivamente julgado o habeas corpus lá impetrado (a ordem expedida pelo Superior Tribunal passa a ter caráter cautelar e conserva a sua eficácia no tempo, perdendo-a quando do julgamento de origem); e a terceira solução é a expedição, de ofício, da ordem de habeas corpus.

7. Na espécie, o tratamento conferido aos réus atenta contra o princípio da igualdade. Ademais, o paciente – citado e interrogado – está ciente da audiência de instrução criminal, bem como fez prova de vínculo com o distrito da culpa e de ter atividade profissional regular.

8. Ordem concedida de ofício, determinando-se seja o paciente posto em liberdade provisória – até que, na origem, seja definitivamente julgado o habeas corpus lá impetrado – mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação¹¹.

Delimitada a noção de “ordem pública”, anote-se ainda que, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a decretação da prisão preventiva deve observar a lógica da proporcionalidade, não podendo ser mais rigorosa do que eventual condenação.

A prisão preventiva encontra-se limitada, bem assim, pelo princípio da proporcionalidade, em virtude do qual uma pessoa considerada inocente não deve receber um tratamento igual ou pior do que o tratamento conferido a uma pessoa condenada. **O Estado deve evitar que a coerção processual seja igual ou mais gravosa para o imputado do que a pena que se espera na hipótese de condenação**¹².

Ou seja: se a prisão cautelar expressa a tutela cautelar, a qual é acessória à tutela principal, ela não pode aquela ser mais gravosa do que esta, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade.

Não é diversa a lição da doutrina:

“Qualquer medida cautelar não é um fim em si mesma, mas um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e

11. HC 46.410/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 13/03/2006, p. 381. No mesmo sentido: HC 612.514/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021.

12. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Arguelles e outros vs. Argentina, Sentença 20/11/2014, § 136, tradução livre.

eficácia de um futuro provimento principal. Justamente por isso, a cautelar é sempre provisória, vigorando enquanto não se profere o provimento principal que irá substituí-la. [...].

[...].

Há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar.

[...].

Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo”¹³.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça acolhe o raciocínio ora exposto, referindo-se à lógica ora defendida como “princípio da homogeneidade”:

“HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Embora o Juiz de primeiro grau tenha fundamentado, concretamente, a necessidade da prisão preventiva para “garantir a integridade da vítima de violência doméstica, além de resguardar a ordem pública”, o paciente está sendo acusado da suposta prática do crime de lesão corporal perpetrado contra sua companheira, cuja pena cominada em abstrato é de detenção, de 3 meses a 3 anos. Ainda, ao que tudo indica, está sendo acusado de também ter praticado ameaça, cuja pena abstratamente prevista é de detenção, de 1 a 6 meses, ou multa. Assim, mostra-se ilegal a prisão cautelar, à luz do princípio da homogeneidade entre cautela e pena, máxime quando a segregação do paciente perdura há quase 1 ano.

2. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do paciente, a fim de que aguarde em liberdade a ocorrência do trânsito em julgado, e determinar a expedição de alvará de soltura em

13. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1044-1045.

seu favor, se por outro motivo não houver necessidade de ser preso”¹⁴.

Em conclusão, **tendo sido imposto o regime prisional inicial semiaberto, deve a prisão provisória ser compatibilizada ao regime imposto, sob pena de tornar mais gravosa a situação daquele que opta por recorrer da decisão**, negando a própria garantia do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, caso fixado o regime inicial aberto, deverá ser revogada a prisão preventiva.

I SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A invocação da tese tem por escopo o reconhecimento da desproporcionalidade da prisão preventiva nos casos em que o réu tenha sido condenado. Por isso, a tese em questão pretende que ao imputado seja assegurado (a) o direito de recorrer em liberdade, nas hipóteses em que condenado ao cumprimento de pena em regime inicial aberto, ou (b) a compatibilização de sua prisão preventiva com as condições de regime inicial semiaberto, caso este tenha sido imposto pela sentença de condenação (ou acórdão).

Assim, a tese ora discutida poderá ser veiculada por meio de *habeas corpus*.

Com efeito, em caso de prolação de uma sentença de condenação pelo juízo de primeiro grau, além da interposição do recurso de apelação para veicular as teses processuais/de mérito contra a condenação, o/a advogado/a ou o/a defensor/a público/a poderá impetrar ordem de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça. Por outro lado, tratando-se de um acórdão de condenação, poderá ser elaborado o *habeas corpus* substitutivo de recurso para debater as teses processuais/de mérito que envolvam a condenação, veiculando-se a tese ora apresentada em medida liminar.

Em ambas as situações, poderá ser requerida, em liminar, a concessão da ordem para que o acusado possa aguardar o julgamento do mérito do *writ* em liberdade (fixação do regime inicial aberto) ou em estabelecimento penal compatível com o regime definido pelo acórdão (fixação do regime inicial semiaberto).

14. HC 303.185/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015. No mesmo sentido: RHC 99.566/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019.

I MODELO DE PEÇA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE _____**, órgão autônomo, com a missão constitucional de prestar assistência jurídica aos economicamente hipossuficientes, por intermédio do defensor público que esta subscreve, alicerçada no art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição da República e art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal, vem perante Vossa Excelência impetrar ordem de **HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR** em favor de **J. R. C. dos S.**, que vem sofrendo constrangimento ilegal por ato do **Juízo da ___ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo**, nos autos do processo criminal nº 000.000, o que faz lastreada nos motivos fáticos e jurídicos doravante delineados.

DOS FATOS

J. R. C. dos S., ora paciente, foi denunciado como incurso no tipo do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Encerrada a instrução, foi proferida sentença de condenação dando o paciente como incurso no art. 157 § 2º, I e II, do Código Penal, e fixando a pena privativa de liberdade de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 13 dias-multas.

É diante desse cenário fático-jurídico que a Defensoria Pública impetra a presente ordem de *habeas corpus* para que seja assegurada ao paciente o direito de apelar em liberdade, haja vista que a r. sentença lhe fixou o regime inicial semiaberto, o que é absolutamente incompatível com a manutenção da segregação cautelar.

DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL:

Fixação do regime inicial semiaberto e incompatibilidade da manutenção do encarceramento preventivo

De acordo com o art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, ao proferir uma sentença de condenação, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Ademais, a decisão pela manutenção da prisão preventiva deve ser concreta, cabendo ao julgador “[...] indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (CPP, art. 315, § 1º).

Nesse contexto, **caso seja fixado o regime diverso do fechado, não mais se justifica a manutenção da prisão preventiva, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade.**

Isso porque **a prisão preventiva representa uma espécie de medida cautelar e, como tal, é acessória à tutela principal;** por conseguinte, **não pode aquela ser mais gravosa do que esta, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade.** É o que esclarece, a propósito, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, ao interpretar o art. 7 e o art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“A prisão preventiva encontra-se limitada, bem assim, pelo princípio da proporcionalidade, em virtude do qual uma pessoa considerada inocente não deve receber um tratamento igual ou pior do que o tratamento conferido a uma pessoa condenada. O Estado deve evitar que a coerção processual seja igual ou mais gravosa para o imputado do que a pena que se espera na hipótese de condenação” (Caso Arguelles e outros vs. Argentina, Sentença de 20/11/2014, § 136).

No mesmo sentido, a lição de **Gustavo Badaró**:

“Qualquer medida cautelar não é um fim em si mesma, mas um instrumento para atingir a finalidade de assegurar a utilidade e eficácia de um futuro provimento principal. Justamente por isso, a cautelar é sempre provisória, vigorando enquanto não se profere o provimento principal que irá substituí-la. [...].

[...].

Há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar.

[...].

Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo.” (**BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1044-45).**

E prossegue:

“[...] entre os motivos necessários para a subsistência da prisão, inclui-se a proporcionalidade da medida cautelar em relação à provável pena privativa de liberdade a ser aplicada. Se a prisão cautelar se tornou desproporcional, não há mais razão para que ela subsista” (**BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 1085).**

Por isso, já decidiu o **Superior Tribunal de Justiça** que, **diante da imposição do regime diverso do fechado, torna-se de rigor a revogação da prisão preventiva**, tendo em vista a incompatibilidade da custódia cautelar com o regime que será imposto ao final:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. INCOMPATIBILIDADE ENTRE PRISÃO PREVENTIVA E REGIME ABERTO OU SEMIABERTO.

Caso o réu seja condenado a pena que deva ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, não será admissível a decretação ou manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória. Inicialmente, insta consignar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. Nesse passo, a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do réu (STF: HC 93.498-MS, Segunda Turma, DJe de 18/10/2012; STJ: AgRg no RHC 47.220-MG, Quinta Turma, DJe de 29/8/2014; e RHC 36.642-RJ, Sexta Turma, DJe de 29/8/2014). Dessa forma, estabelecido o regime aberto ou semiaberto como o inicial para o cumprimento de pena, a decretação da prisão preventiva inviabiliza o direito de recorrer em liberdade, na medida em que impõe a segregação cautelar ao recorrente, até o trânsito em julgado, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa possibilidade, chegar-se-ia ao absurdo de ser mais benéfico ao réu renunciar ao direito de recorrer e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o segundo grau. Nessa medida, a manutenção ou a imposição da prisão cautelar consistiria flagrante vulneração do princípio da proporcionalidade. Além disso, a prevalecer o referido entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da *quaestio*). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares. É bem verdade que a jurisprudência ora dominante no âmbito do STJ tem se orientado pela compatibilidade entre o regime diverso do fechado imposto na sentença e a negativa do apelo em liberdade, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. Entretanto, esse posicionamento implica, na prática, o restabelecimento da orientação jurisprudencial antes prevalente na jurisprudência STF, que admitia a execução provisória da pena,

atualmente rechaçada, ao entendimento de que ela vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade inserto no art. 5º, LVII, da CF. Isso porque, se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, só se permite a segregação em decorrência da imposição de prisão cautelar, cuja principal característica, como já ressaltado, significa segregação total do réu. Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Imposto regime mais brando, significa que o Estado-Juiz, ao aplicar as normas ao caso concreto, concluiu pela possibilidade de o réu poder iniciar o desconto da reprimenda em circunstâncias que não se compatibilizam com a imposição/manutenção de prisão provisória. Caso seja necessário, poderá se valer, quando muito, de medidas alternativas diversas à prisão, previstas no art. 319 do CPP, inquestionavelmente mais adequadas à hipótese. Precedentes citados do STF: HC 118.257-PI, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; HC 115.786-MG, Segunda Turma, DJe 20/8/2013; e HC 114.288-RS, Primeira Turma, DJe 7/6/2013". **RHC 52.407-RJ, ReL Min. Felix Fischer, julgado em 10/12/2014, DJe 18/12/2014.**

Dessa forma, a r. sentença que condenou o paciente não poderia ter mantido a sua prisão preventiva.

Sendo assim, é imperiosa a revogação da prisão preventiva imposta ao paciente e mantida pela r. sentença para que lhe seja assegurado o direito de recorrer em liberdade.

Subsidiariamente, caso não se acolha esse pleito, é necessário reconhecer que o paciente se encontra em local inadequado diante do regime de pena imposto na sentença, caracterizando constrangimento ilegal. Portanto, deverá ser determinada a transferência a estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto.

DA MEDIDA LIMINAR

Estão presentes os requisitos para a concessão liminar do pleito, com a imediata soltura do paciente e, subsidiariamente, fixação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal.

O *fumus boni iuris* revela-se pelo fato que a pretensão ora exposta está amparada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo desnecessária, ademais, qualquer dilação probatória para que se averigüe a procedência do pedido

Por sua vez, o *periculum in mora* advém do fato de que o paciente está custodiado injusta e desproporcionalmente, uma vez que, a despeito da imposição do regime inicial diverso do fechado, entendeu-se pela manutenção da prisão preventiva.

Sendo assim, caso indeferida a liminar, o Poder Judiciário terá fracassado em sua atribuição de garantia dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, sendo plausível a tese acima exposta (*fumus boni iuris*), não se justifica, sob pena de vulneração ao princípio da proporcionalidade, manter o paciente custodiado preventivamente (*periculum in mora*), a ele devendo ser assegurado o direito de apelar liberdade ou de ser colocado em estabelecimento penal compatível com o regime de cumprimento de pena fixado pela sentença de condenação.

Assim, é de rigor a imediata expedição de alvará de soltura em favor do paciente para que possa aguardar em liberdade o julgamento definitivo da ordem ou, subsidiariamente, a imediata transferência a estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto.

DO PEDIDO

Diante do exposto, **requer**:

- a) a concessão **liminar de ordem de habeas corpus**, deferindo-se ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito deste writ em liberdade, ou, *subsidiariamente*, a imediata remoção a estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto;
- b) a intimação do ilustre representante do Ministério Público para intervir no feito;
- c) ao final, a concessão definitiva da ordem, para que seja revogada ou substituída a prisão preventiva por qualquer umas das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, assegurando-se ao paciente o direito de apelar em liberdade. Subsidiariamente, caso não seja determinada a revogação da prisão preventiva, pugna-se que seja determinada a transferência a estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto.

Nesses termos, pede deferimento.

São Paulo, 00 de abril de 0000.

Defensor Público