

## A (IN)COMPATIBILIDADE DO REGIME SEMIABERTO E A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

### THE (IN)COMPATIBILITY OF THE SEMI-OPEN REGIME AND PRE-TRIAL DETENTION IN THE LIGHT OF THE HIGHER COURTS

Maria Clara dos Anjos Andrade Silva<sup>1</sup>

Maria Gabriela de Queiroz Sobrinho<sup>2</sup>

Rodrigo Araújo Saraiva<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo científico versa sobre a existência de dois institutos processuais penais do sistema jurídico brasileiro, quais sejam a prisão na modalidade preventiva e o cumprimento de pena sob o regime semiaberto, com foco na discussão a respeito da incidência conjunta de ambos. Assim, a análise em comento nortear-se-á pelo questionamento se seria possível, diante da análise dos Tribunais Superiores, da cumulatividade entre a prisão preventiva e o cumprimento de pena sob o regime semiaberto. Com isso, de modo geral, a pesquisa buscará discutir acerca de ambos os institutos à luz do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ e, de modo, mais direcionado, buscou analisar o aspecto conceitual e natureza jurídica dos institutos em apreço, para melhor elucidação da discussão acerca da sua possibilidade ou não de cumulação prática. Para alcançar uma discussão exitosa, a pesquisa em comento, de forma metodológica, pauta-se numa pesquisa de cunho bibliográfico, documental, com estudo de doutrina e outros artigos científicos especializados na matéria da temática, bem como análise da legislação pátria e jurisprudência dos Tribunais Superiores, de modo a partir de premissas gerais até chegar a aspectos mais específicos, com nítida técnica dedutiva de estudo. Assim, o trabalho se estrutura em quatro partes, quais sejam o instituto da prisão preventiva como instrumento processual, a análise dos regimes de pena no Brasil, com foco no regime semiaberto, passando-se à análise da cumulatividade desses dois institutos pelo STF e STJ.

3802

**Palavras-Chave:** Prisão Preventiva. Regime Semiaberto. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** This scientific article deals with the existence of two criminal procedural institutes of the Brazilian legal system, which are the prison in the preventive modality and the fulfillment of sentence under the semi-open regime, focusing on the discussion about the joint incidence of both. Thus, the analysis in comment will be guided by the questioning whether it would be possible, in view of the analysis of the Superior Courts, of the cumulativity between pretrial detention and the execution of sentence under the semi-open regime. With this, in general, the research will seek to discuss about both institutes in the light of the Federal Supreme Court – FSC and the Superior Court of Justice – SCJ and, in a more targeted way, sought to analyze the conceptual aspect and legal nature of the institutes in question, to better elucidate the discussion about their possibility or not of practical cumulation. To achieve a successful discussion, the research in comment, in a methodological way, is based on a bibliographic, documentary research, with study of doctrine and other scientific articles specialized in the subject of the theme, as well as analysis of the national legislation and jurisprudence of the Superior Courts, so from general premises to reach more specific aspects, with clear deductive technique of study. Thus, the work is structured in four parts, which are the institute of pretrial detention as a procedural instrument, the analysis of the penalty regimes in Brazil, focusing on the semi-open regime, moving on to the analysis of the cumulativity of these two institutes by the STF and STJ.

**Keywords:** Protective custody. Semi-Open Regime. Supreme Court. Superior Court of Justice.

<sup>1</sup>Bacharelada em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

<sup>2</sup>Bacharelada em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

<sup>3</sup>Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa – Porto/Portugal. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

## INTRODUÇÃO

O artigo científico em foco versará sobre o estudo da compatibilidade ou não dos institutos da prisão preventiva e do cumprimento de pena no regime semiaberto, com vistas a alcançar a existência de entendimento já prolatado no âmbito dos Tribunais Superiores.

Inicialmente, o presente projeto versará sobre a prisão preventiva, que é utilizada como um instrumento da Justiça no inquérito policial ou na ação penal, considerando assim, um instrumento processual que vise garantir, minimamente, a ordem pública em detrimento da liberdade daquele que pode a colocar em risco, devendo ser sempre respeitado os requisitos legais para ser aplicada, conforme será demonstrado doravante.

Por outro lado, mas não de forma contrária, o regime semiaberto é a execução da pena que geralmente é efetivada em casas de albergado, sendo uma instituição construída para o cumprimento de penas nesse regime, podendo ser estabelecimentos adequados ou até mesmo a própria casa da pessoa desde que autorizado pelo Juiz.

Com isso, a pesquisa em comento se norteará pela problemática de como os Tribunais Superiores tratam dos dois institutos quanto à sua aplicabilidade em conjunto, verificando se há possibilidade de cumulação existencial da aplicação da prisão preventiva perante aquele que está cumprindo o regime semiaberto.

3803

Para sanar o questionamento supramencionado, de forma mais genérica e ampla, a pesquisa objetiva estudar os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, na função de salvaguarda constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, na função de órgão do Poder Judiciário brasileiro responsável pela uniformização da jurisprudência federal, acerca da decretação do cumprimento conjunto de prisão preventiva no regime semiaberto.

De modo mais específico, com vistas a setORIZAR o estudo em questão, a pesquisa versará sobre tais institutos processuais da prisão preventiva e do cumprimento de pena no regime semiaberto, diferenciando este último dos cumprimentos de pena fechado e aberto, bem como verificar suas funcionalidades. Ademais, noutro plano, serão investigadas as funções típicas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a temática vergastada.

Para tanto, o trabalho científico em voga pautar-se-á numa pesquisa de cunho eminentemente bibliográfico documental, com análise de doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências que versem sobre a temática específica aqui em discussão. Além disso, percebe-se que a pesquisa se desenvolverá adotando o método qualitativo, posto que

refletirá meritoriamente os dados e produções científicas outrora realizados, e dedutivo, pois partirá de premissas mais genéricas com vistas a especificar o estudo no seu produto final.

Com vistas a melhor escalonar o estudo em apreço, num primeiro momento será tratado o instituto da Prisão Preventiva como instrumento cabível no curso do procedimento ou processo penal e a análise do Regime Semiaberto como cumprimento de pena já fixada. Num segundo prisma, a pesquisa voltar-se-á para as análises dos Tribunais Superiores diante da cumulatividade entre prisão preventiva e o cumprimento de pena no regime semiaberto.

Desse modo, o artigo científico desenvolvido serve de instrumento jurídico de consulta a respeito desta temática ainda pouco debatida, servindo de fundamentação de estudos acerca do presente tema, bem como para provocar reflexões e escolhas acerca da (in)compatibilidade da aplicação da prisão preventiva a aquele que está cumprindo a pena no regime semiaberto.

## 1 A PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL PENAL

Em primeiro momento, é importante definir o que é prisão preventiva, o cabimento, abordar os requisitos exigidos para decretação da medida cautelar, os legitimados e o seu procedimento.

3804

A prisão preventiva está prevista no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal e trata-se de uma prisão de natureza cautelar com o objetivo de assegurar que o indivíduo não cometa novas infrações penais, bem como, prejudicar a colheita de provas, pode ser decretada no decorrer da investigação preliminar ou da ação penal, como também após sentença condenatória recorrível, conforme aponta o professor Aury Lopes Jr, “a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 983)

Por outro lado, o autor Fernando Capez, conceitua a prisão preventiva como uma medida processual que possui natureza cautelar, devendo ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, desde que preenchido os requisitos legais e a existência de motivos autorizadores.

Capez em sua doutrina afirma acerca dos requisitos da prisão preventiva “trata-se da conhecida expressão *fumus boni iuris*, sendo imprescindível a demonstração da viabilidade da acusação. Não se admite a prisão preventiva quando improvável, à luz do *in dubio pro*

*societate*, a existência do crime ou a autoria imputada ao agente.” (CAPEZ FERNANDO, 2016)

Para decretação da medida cautelar se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos elencados no art. 312, do CPP, quais sejam: *fumus commissi delicti*, *periculum libertatis*, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No tocante ao *fumus commissi delicti*, é exigido que para decretação da prisão preventiva exista prova suficientes da existência do crime e indícios de autoria, ou seja, é necessário que o pedido da prisão preventiva venha acompanhado de provas suficientes que mostre a materialidade do delito e autoria, nesse sentido o professor Aury Lopes Júnior dispõe que “a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. A prisão preventiva deve ter por base “*la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada*”. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 986)

De acordo com o autor Aury Lopes Jr., o *periculum libertatis* trata-se do perigo que decorre do estado de liberdade do agente, previsto no Código de Processo Penal como garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

3805

Desse modo, independentemente do fundamento da prisão preventiva, é indispensável a existência de provas do alegado *periculum libertatis*, não obstante somente alegações e presunções, o perigo gerado pelo sujeito passivo deve ser real, com suporte fático e probatório para legitimar tão gravosa medida, conforme o autor Aury Lopes Jr.

Além disso, a decisão que decretar a prisão preventiva deverá ser motivada e bem fundamentada em receio de perigo ou existência de novas provas concretas ou contemporâneos que possam justificar a aplicação da medida adotada, de acordo com o art. 312, §2º, do CPP.

Ademais, é importante ressaltar ainda a diferença da prisão preventiva da temporária, esta é regulamentada pela Lei nº. 7.960/89, com duração de 05 (cinco) dias, sendo prorrogável por mais cinco dias, ocorre durante a fase de investigação do inquérito policial.

O seu cabimento se torna imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o acusado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando haver razões fundadas.

No tocante a legitimidade para requerer a prisão preventiva, cabe informar que a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público, do querelante ou do assistente, bem como por representação da autoridade policial, conforme dispõe o art. 311, do CPP.

Importante trazer ao presente artigo que após a Lei nº. 13.964 de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, é vedado ao Juiz decretar a prisão preventiva de ofício, podendo ser decretada mediante requerimento dos legitimados citados acima.

Conforme o art. 313, do Código de Processo Penal Brasileiro elenca as hipóteses em que será admitida a decretação da prisão preventiva, quais sejam, nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se houver condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado e se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, enfermo ou pessoa com deficiência, com o intuito de assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

Além do mais, será admitida também em casos que há dúvida da identidade civil do agente, ou quando o imputado não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o sujeito passivo ser posto em liberdade imediatamente após identificação.

É válido mencionar que não é permitido a decretação da prisão preventiva com o objetivo de antecipar o cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia, nos termos do art. 313, §2º, do CPP.

## **2 O MODELO DE CUMPRIMENTO DE PENA SOB O REGIME SEMIABERTO**

Neste capítulo, serão tratados os regimes penais do Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal, os quais são: REGIME FECHADO, REGIME SEMIABERTO E REGIME ABERTO. Versará sobre a aplicabilidade e requisitos em conformidade com a legislação e obras doutrinárias. Ressalta-se desde então, que ao regime semiaberto será dado maior ênfase, visto que, é o regime objeto de estudo da pesquisa.

De início, ao proferir uma sentença condenatória pelo delito praticado pelo agente e determinando o fato como culpável, ilícito e típico, após a fixação da pena estabelecida, é dever do Juiz aplicar o regime inicial ao seu cumprimento, em conformidade com o art. 33 do Código Penal “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Ao analisar o texto legal, compreende-se que existem critérios para que o magistrado imponha a pena, dentre eles, se está configurada como detenção ou reclusão.

Ademais, a primariedade do réu e o tempo para o cumprimento da pena também devem ser observados.

É válido destacar que a determinação do regime inicial de cumprimento de pena ao condenado, far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do aludido Código penal. Neste sentido, Greco (2019, p. 615) dispõe:

Assim, a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, principalmente no que diz respeito à última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O regime fechado deve ser fixado quando o réu, após o trânsito em julgado da sentença penal, for condenado a pena superior a 8 (oito) anos, conforme art. 33, § 2º, a, do Código Penal. O indivíduo será encaminhado a penitenciária de segurança máxima ou média, onde fica sujeito ao trabalho em período diurno, exercendo atividades em comum com os outros encarcerados, observando à sua aptidão e capacidade.

Ressalta-se ainda que tais atividades serão exercidas no interior da unidade prisional, no entanto, caso haja a impossibilidade, ao preso é admissível o exercício do trabalho externo em obras públicas realizadas por órgãos da administração indireta e direta, bem como entidades privadas, contanto que sejam adotadas cautelas contrafuga e em favor da disciplina, nos moldes do art. 36 da Lei de Execução Penal. Acerca do assunto, Cezar Roberto Bittencourt (2022, p. 1546) dispõe:

[...] No entanto, considerando as condições dos apenados que cumprem pena em regime fechado, normalmente delinquentes de altíssima periculosidade, e a necessidade da eficiência do controle social, pensamos que, mesmo que não esteja expresso no Código Penal, só se poderá conceder o serviço externo, em casos de regime fechado, acautelando-se contra a fuga e tomando-se todas as medidas necessárias em favor da disciplina. Felizmente, em boa hora, a Lei de Execução Penal (art. 37) estabeleceu a obrigatoriedade dessa exigência. Aliás, esse mandamento já era consagrado pela Lei n. 6.416/77.

Outrossim, faz-se necessário levar em consideração os antecedentes do condenado, visto que, a reincidência do agente acarreta imposição de teor mais rígido. Não obstante, nas condenações da qual a pena não exceda quatro anos, a fixação do regime fechado só será possível mediante circunstância judicial. Sobre a referida o renomado Bittencourt (2022, p. 1547) alude:

[...] em condenações a penas prisionais não superiores a quatro anos, só excepcionalmente se justifica a aplicação do regime fechado, isto é, somente quando as circunstâncias judiciais a recomendarem. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais favoráveis, o regime de cumprimento de pena deve ser mais liberal. Tratando-se de condenado reincidente, ainda assim, recomenda-se a

aplicação do regime semiaberto. Não é outra a orientação do STJ: ‘é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais’ (Súmula 269).

O regime semiaberto consiste no qual. o cumprimento da pena será exercido em estabelecimentos de segurança média, quais sejam, Colônia Agrícola, Industrial ou similar. Compreende a condenação de privação de liberdade àquele que tenha cometido crime e tenha sido sentenciado a mais de quatro anos e menos que oito anos, e que seja o indivíduo réu primário, conforme elenca o artigo 33, §2º, alínea b, do Código Penal.

Sobre tal regime, Estefam (2022, p. 1409) aduz:

É facultativa a realização de exame criminológico ao preso que inicia a pena em regime semiaberto para individualização da pena (arts. 35, caput, do Código Penal, e 8º, parágrafo único, da LEP). Tal exame será determinado se a autoridade entender que ele é necessário. O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno dentro da colônia penal (art. 35, § 1º, do CP). É permitido o trabalho externo, bem como a frequência a cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º).

Ressalta-se, que é admissível o trabalho externo, desde o início de seu cumprimento, até mesmo na iniciativa privada, sendo divergente do que ocorre no regime fechado. Além do mais, o condenado pode ainda frequentar curso supletivos profissionalizantes e de instrução de segundo grau ou superior. Desta forma, podem utilizar-se dessa frequência para remir parte da pena. (GRECO, 2019, p. 628)

3808

Quanto à saída temporária, o preso faz jus desse direito sem vigilância direta, dar-se-á mediante autorização judicial, segundo o artigo 122 da Lei de Execução Penal – LEP, in verbis:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. (BRASIL, 1984)

A anuência do benefício é homologada por ato do Juiz da execução, sendo ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária. Não obstante, depende da satisfação de alguns requisitos, são eles: Comportamento adequado do indivíduo; cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), caso seja reincidente e por fim a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. (art. 123, LEP). Ademais, a súmula nº 40 do Superior Tribunal de Justiça elenca: “para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da

pena no regime fechado”. Isso quer dizer, que o direito ao benefício da saída temporária só é assegurado ao encarcerado que esteja em regime semiaberto, cumprido determinado tempo da pena, levando em consideração o período já satisfeito no regime fechado.

Em relação ao cumprimento de 1/6 da pena, Bittencourt (2022 p. 1549) expõe:

A exigência de cumprimento de um sexto da pena verifica-se apenas quando tal benefício for concedido pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que, então, dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado (art. 37 da LEP). Essa hipótese justifica-se, por exemplo, quando o Poder Judiciário, nas oportunidades anteriores, considerou não ser prudente a concessão de tal benefício, pelas circunstâncias apresentadas pelos fatos e/ou pelo condenado (não preenchimento dos requisitos legais). Com o cumprimento de um sexto da pena, presume-se, poderá adquirir as condições que lhe faltavam quando iniciou a cumpri-la.

Deve, a autorização para essa saída ser concedida por prazo que não exceda 7 (sete) dias e pode ser renovada por mais quatro vezes durante o ano, com intervalo de tempo de no mínimo 45 dias entre uma e outra, salvo no caso de frequência a cursos em que o prazo será o suficiente para o cumprimento das atividades discentes. Contudo, o benefício será revogado de forma automática, caso o condenado venha a praticar crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso, concordando com o prescrito no art. 124, parágrafos 2º, 3º e art. 125, ambos da LEP.

3809

É de suma importância destacar que o parágrafo 2º do art. 122, ora disposto, prever o seguinte: “Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte”.

No que concerne a saída temporária e monitoramento eletrônico, a Lei n. 12.258/2010, autoriza a fiscalização de presos por intermédio do sistema de monitoramento eletrônico. Neste viés, Capez (2022, p.1005) discorre:

Desse modo, de acordo com o art. 146-B, acrescido à Lei de Execução Penal, o juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (i) autorizar a saída temporária no regime semiaberto (inciso II); (ii) determinar a prisão domiciliar (inciso IV). O art. 146-C da LEP traz algumas instruções acerca dos cuidados que deverá o condenado adotar em relação ao equipamento. Assim, dentre os deveres impostos está o de: (i) receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações (inciso I); (ii) abster-se de remover, de violar de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça (inciso II).

Além disso, se for comprovado a desobediência quanto a esses deveres, o parágrafo único do art. 146-C da LEP, elenca:

Art. 146-C [...]

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

(BRASIL, 1984)

Ademais, se o usuário do equipamento de monitoramento eletrônico destruí-lo, comete ato ilícito suscetível da revogação do benefício, bem como, configura o crime de dano qualificado previsto no art. 163 do Código penal.

Por fim, o regime aberto configura o mais brando dentre os regimes tipificados, sendo considerado como a maneira mais viável de ressocialização do apenado na sociedade, sendo assim, está embasado no senso de responsabilidade e disciplina do agente. O art. 33, § 2º, c, do Código Penal dispõe que o critério estabelecido para tal regime, é que o apenado não seja reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Além disso, a este é permitido que fora do estabelecimento e sem vigilância trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido ao longo do período noturno e nos dias de folga. (GRECO, 2019, p. 628)

Neste sentido, ao ingressar no regime aberto o condenado supõe a aceitação de seu programa, bem como, as condições impostas pelo juiz. Para mais, somente aquele estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, tal como apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime é que poderá ingressar neste regime, de acordo com os arts. 113 e 114 da Lei de Execução Penal.

Há ainda, condições gerais ou obrigatórias, e especiais previstas pela legislação. Acerca de tais condições vejamos o seguinte:

As condições gerais e obrigatórias são aquelas previstas no art. 115, I a IV, da LEP, as quais devem obrigatoriamente ser impostas pelo juiz. São elas: (i) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; (ii) sair para o trabalho e retornar nos horários fixados; (iii) não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial; (iv) comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. (CAPEZ, 2022, p.1007)

O cumprimento dessa modalidade de regime ocorre nas unidades conhecidas como Casa de Albergado. Consistem em estabelecimentos de segurança mínima, devendo localizar-se em centros urbanos, separado dos demais estabelecimentos e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, em consonância ao art. 94 da LEP.

### 3 RELAÇÃO DOS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E CUMPRIMENTO DE PENA SOB O REGIME SEMIABERTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precipuamente, calha interessante uma breve abordagem acerca da transmutação e configuração histórica do Superior Tribunal de Justiça- STJ, cognominado como “Tribunal da Cidadania”, com fito de entender sua relevância jurisprudencial quanto à temática abordada, de acordo com o que preconiza o seu próprio site público em que é explicitada sua composição, atribuição e aspectos históricos.

Tal denominação conferida ao Tribunal é decorrente de suas decisões, que tem o papel de influenciar todos os aspectos da vida cotidiana das pessoas. Sua origem é proveniente de amplos debates políticos, bem como, do controle da justiça, em meados do século XX no Brasil. Além disso, foi criado pela Constituição da República Federal Brasileira de 1988, tendo sua instalação no ano de 1989.

Cumprir destacar, que o STJ sucedeu o Tribunal Federal de Recursos – TFR, que na época era conhecido como “Tê-fê-rê”. Dessa forma, a primeira composição do Superior Tribunal de Justiça foi formada por ministros egressos do Tribunal Federal de Recursos – TFR.

3811

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça compreende a instância máxima da justiça brasileira no plano infraconstitucional. Neste sentido é a corte que uniformiza e interpreta a Lei Federal em todo o país, sendo órgão do Poder judiciário, nos termos do artigo 92, inciso II, da Constituição Federal.

O caminho para alcançar tal uniformização, consiste no processamento e julgamento dos Recursos Especiais, posto que, tais recursos servem como parâmetro ao Tribunal para a fundamentação das resoluções interpretativas divergentes acerca de um determinado dispositivo legal.

A Carta Magna Brasileira dispõe em sua redação, mais precisamente no art. 105, a competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça. Dentre elas, as seguintes. *In Verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

[...]

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

- f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
  - g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
  - h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
  - i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
  - b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. [...] (BRASIL, 1988).

Insta salientar que não é de sua responsabilidade a resolução de conflitos que envolvam matéria Constitucional, tendo em vista que tais assuntos são de competência e apreciação do Superior Tribunal Federal- STF.

Por sua vez, no que concerne à função Administrativa, o STJ é responsável por gerir a Justiça Federal, através do Conselho da Justiça Federal. Ademais, regula normas e promove atividades de formação de Juízes, através da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Quanto a sua composição, do texto constitucional extrai-se a seguinte premissa:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94. (BRASIL, 1988).

À vista disso, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), composta pelos ministros: Joel Ilan Paciornik (presidente), Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas, entende que há compatibilidade entre a prisão preventiva e a fixação do regime semiaberto. Todavia, adequada a segregação à modalidade prisional imposta na sentença condenatória.

Assim dizendo, se o réu primário for condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), sendo decretada sua prisão preventiva antes do trânsito em julgado, deverá este, cumpri-la em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar como já elucidado.

Desta feita, faz-se necessária a abordagem da Decisão Monocrática do *HABEAS CORPUS* Nº 689399 - SP (2021/0272289-1), se não veja-se:

[...]

A jurisdição desta eg. Corte Superior está inaugurada, uma vez que, tendo sido submetida à apreciação do eg. Tribunal de origem a matéria acerca da prisão preventiva, entendeu-se pela sua manutenção, em sede de recurso de apelação, e desta maneira, pelo esgotamento da instância ordinária.

Nesse aspecto, passo a analisar a presente impetração.

O paciente, condenado e preso preventivamente, foi agraciado com a progressão ao regime semiaberto. Pretende, assim, a sua revogação por entender pela incompatibilidade com o regime intermediário de cumprimento de pena.

A jurisprudência dominante neste Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, ou ao qual se progrida, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto.

Confiram-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APELO EM LIBERDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO NÃO PROVIDO.

3813

1. Conforme preconiza o § 1º do art. 387 do CPP, o magistrado, ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. No caso, a custódia cautelar foi mantida para assegurar a ordem pública, dada a especial gravidade do fato atribuído ao ora agravante - apreensão de 242kg de maconha.

2. " [n]ão há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal" (AgRg no HC 698.951/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021) 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 707.947/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas , DJe 14/02/2022, grifo nosso)

Tal supramencionado julgado demonstra que o STJ demonstra posicionamento favorável à possível cumulação da prisão preventiva e o cumprimento de pena sob regime semiaberto, diferentemente do que será exposto acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF.

Desse modo, se bem observado, a jurisprudência cita entendimento dominante de que é possível a aplicação de medida cautelar, como é o caso da prisão preventiva, ao

cumprimento de pena menos gravosa, como possivelmente é o caso do cumprimento de pena sob o regime semiaberto, que permite a saída temporária e regresso ao estabelecimento prisional, assim entendido como regime de pena menos gravoso que o regime fechado, ao qual, conforme já explicitado alhures, não permite qualquer tipo de saída.

Assim, visto o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, passa-se a verificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que entende diferente de tal tese firmada pelo STJ, merecendo até mesmo uma exposição mais aprofundada e específica, uma vez que trata-se do órgão jurisdicional cúpula máxima do Poder Judiciário brasileiro, com vistas a promover a salvaguarda da norma maior, qual seja a Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

#### 4 A DISCUSSÃO DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO REGIME SEMIABERTO À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É cediço que ao passo que o Superior Tribunal de Justiça possui função típica de uniformizar a jurisprudência no âmbito federal, ao Supremo Tribunal Federal, órgão cúpula máxima do Poder Judiciário brasileiro, é atribuída a importante responsabilidade de salvaguardar a Constituição Federal, protegendo e uniformizando o entendimento e aplicabilidade das normas constitucionais.

3814

Nesta toada, quanto ao tema em apreço, qual seja a possibilidade ou não de incidência conjunta da prisão preventiva ao apenado submetido ao regime semiaberto, ao contrário do STJ, a referida matéria no âmbito do STF ainda não está pacificada, havendo grandes discussões acerca da compatibilização da aplicação da prisão preventiva no regime semiaberto que será abordada individualmente cada voto dos ministros e sua fundamentação.

Primeiramente, vale mencionar que mesmo diante de grandes discussões acerca do tema, a maioria dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal são contra a compatibilização da aplicação da prisão preventiva no regime semiaberto.

Para o Ministro Luiz Fux, o entendimento é no sentido que há possibilidade de manutenção da prisão preventiva após a fixação do regime inicial semiaberto, desde que presentes os requisitos necessários para imposição da medida cautelar, conforme fundamenta ao proferir decisão monocrática no *Habeas Corpus* nº. 211218:

Nesse contexto, verifico que o entendimento adotado pelas instâncias precedentes não diverge da orientação sufragada por esta Corte, no sentido da possibilidade de

manutenção da prisão preventiva após a fixação do regime inicial semiaberto quando, presentes os requisitos necessários à imposição da custódia cautelar, as condições do cárcere se adequarem às regras do regime fixado.

Por outro lado, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes é no sentido de que é considerado incompatível a manutenção da medida preventiva, ou seja, sua manutenção no sistema carcerário representa execução provisória da pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença condenatória, assim fundamenta ao proferir decisão monocrática no *Habeas Corpus* nº. 180215/MG:

[...] fixado o regime semiaberto, torna-se incompatível a manutenção da prisão preventiva, mormente porque, até a data do deferimento da medida cautelar, o paciente já teria cumprido, considerada a detração, 1 ano e 6 meses da pena em regime fechado (= prisão preventiva). Logo, sua manutenção no cárcere representaria, em verdade, desvincular o aspecto cautelar inerente à prisão preventiva e legitimar a execução provisória da pena em regime mais gravoso do que aquele fixado na própria sentença condenatória (= semiaberto)” (HC nº 118.257/PI, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 6/3/14).

O Ministro Ricardo Lewandowski, aborda em sua fundamentação que quando há decretação da medida cautelar mais gravosa do que a condenação, existe um flagrante incompatibilidade entre a manutenção da prisão cautelar e a sentença condenatória que aplica o regime menos gravoso que o fechado.

Além disso, o Ministro ainda fundamenta que é evidente que a prisão cautelar é cumprida em regime fechado, não havendo cabimento estipular regime mais brando para o início do cumprimento da pena e manter o indivíduo no cárcere até o trânsito em julgado, sendo assim, em caso de não estabelecer o regime fechado para iniciar a execução da pena, o acusado deverá recorrer em liberdade.

Acerca do Ministro Dias Toffoli, não há entendimento pacificado, tendo em vista que em alguns casos tem se mostrado a favor e em outros contra a compatibilização da aplicação da prisão preventiva no regime semiaberto.

O Ministro Luís Roberto Barroso, possui a mesma linha de raciocínio do Ministro Luiz Fux, a prisão preventiva pode ser compatibilizada com o regime semiaberto, desde que atendido os requisitos exigidos para sua decretação.

Por outro lado, o Ministro Luiz Edson Fachin entende que a manutenção da prisão cautelar é incompatível com a fixação de regime de cumprimento de pena menos severo que o fechado, assim fundamentou ao conceder a ordem de ofício em um *Habeas Corpus* nº. 213750, revogando a prisão preventiva do acusado.

No entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, não há possibilidade de compatibilizar a medida cautelar no regime semiaberto, tendo em vista que tal situação anteciparia o cumprimento de pena sem a definição da responsabilidade criminal do réu.

No mesmo sentido, o Ministro Nunes Marques fundamenta em suas decisões monocráticas que é um constrangimento ilegal a decretação da medida cautelar mais gravosa do que o estabelecido em título penal condenatório para desconto da pena corporal.

O Ministro André Mendonça possui o entendimento de que até mesmo a tentativa de compatibilizar a prisão preventiva ao regime de cumprimento de pena condenatória é um constrangimento ilegal, visto que implicaria chancelar cumprimento antecipado da pena e não há previsão legal que permita a compatibilização.

No tocante a Ministra Cármen Lúcia, o seu entendimento é no sentido de que uma vez fixado o regime semiaberto para o cumprimento de pena do acusado, é incabível a manutenção da prisão preventiva em regime fechado, podendo ser aplicadas medidas cautelares alternativas.

Por fim, a Ministra Rosa Weber entende que se em sentença condenatória fora fixado regime inicial menos gravoso que o fechado, a manutenção da prisão preventiva representa a execução provisória da pena em regime mais gravoso do que o estabelecido em decisão condenatória.

3816

Diante disso, pode-se perceber que mediante discussões acerca do presente tema, a maioria dos ministros da Suprema Corte entende pela incompatibilidade da aplicação da prisão cautelar no regime semiaberto

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente descrito, inicialmente, o objetivo do presente artigo é abordar as discussões acerca da incompatibilidade do cumprimento de pena no regime semiaberto e a decretação da prisão preventiva, tendo em vista que não há um entendimento pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores.

Com isso, nump rimeiro momento, foi abordado o instituto da prisão preventiva, trazendo conceitos doutrinários, os requisitos exigidos que autorizam a decretação da referida medida cautelar, bem como, a diferenciação entre a preventiva e a prisão temporária, com vistas a melhor entender seu alcance e aplicabilidade nos casos concretos.

Após essa abordagem, foi tratada acerca do cumprimento de pena no regime semiaberto, sendo abordado os tipos de regimes, quais sejam, o fechado, semiaberto e aberto, trazendo citações doutrinárias e a diferenças entre eles, com foco no regime semiaberto, quanto à forma de cumprimento, características do regime, com fito de analisar doravante se há compatibilidade prática ou não com a medida da prisão preventiva.

Ademais, foi abordado o Superior Tribunal de Justiça, elencando a sua composição, suas atribuições e trazendo as decisões no tocante ao tema discutido, inclusive que o entendimento encontra-se pacificado no sentido de que há compatibilidade entre aplicação dos dois institutos.

Outrora, divergente do exposto quanto ao entendimento do STJ alhures, a referida matéria no âmbito do STF ainda não encontra-se pacificada, havendo grandes discussões acerca da compatibilização da aplicação da prisão preventiva no regime semiaberto, tendo sido abordado individualmente cada voto dos ministros e a fundamentação correspondente.

Diante disso, pode-se perceber que mediante discussões acerca do presente tema, a maioria dos ministros da Suprema Corte entende pela incompatibilidade da aplicação da prisão cautelar no regime semiaberto.

À vista disso, o presente artigo almeja provocar reflexões no tocante a aplicação dos dois institutos ora estudados, à luz dos Tribunais Superiores, bem como, estimular pesquisas concernentes à melhor elucidação da liberdade do indivíduo, visto que, trata-se de um direito fundamental previsto na Constituição Federal Brasileira e merece uniformização de entendimento, de modo a vincular todo o Poder Judiciário brasileiro a efetivar tal direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral - arts. 1º a 120. v. I. 28. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

BRASIL, **Código Penal.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL, **Código de Processo Penal.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 21 mar. 2023

BRASIL, **Lei de Execução Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 26 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **HC: Nº 118257 – PI**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 05/10/2022., Data de Publicação: 06/10/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24974438>. Acesso em: 20 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **HC: Nº 211218 – MG – RHC 155.613 STJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 05/10/2022., Data de Publicação: 06/10/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf>. Acesso em: 22 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **HC: Nº 180215 – MG 0035830-74.2019.1.00.0000**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 24/12/2019, Data de Publicação: 03/02/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1105606594>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Justiça – **HC: Nº 689399 - SP 2021/0272289-1**. Relator: Ministro Olindo Menezes. Data do julgamento: 26/10/2021, T5- quinta turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1389402251/decisao-monocratica-138940231>.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – parte geral – arts. 1º a 120.v. I .26. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**.11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**.v. I. 21. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

3818

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16 edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VITAL, Danilo. **Preventiva de condenado ao semiaberto equivale a execução de pena no fechado**.17 de abril de 2022. In: Revista Consultor Jurídico.