

A Sua Excelência Ministro Luiz Fux, presidente do Supremo Tribunal Federal.

O Defensor Público-Geral Federal apresenta, com fundamento no artigo 103-A da Constituição Federal e nos artigos 2º e 3º, VI, da Lei nº 11.417/2006, **proposta de edição de enunciado de súmula vinculante** nos seguintes termos: *"A manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado."*

Síntese dos argumentos

1

O Supremo Tribunal Federal tem reiterada jurisprudência no sentido de que *"há contradição na manutenção da prisão preventiva no regime fechado e a fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena"*.

2

O entendimento se baseia na contradição de se decretar medida cautelar mais gravosa do que a pena concretamente imposta à pessoa.

3

Tem, contudo, havido frequentemente decisões que contrariam essa jurisprudência, o que tem resultado em grande quantidade de recursos e *habeas corpus*.

4

Pesquisa no sítio eletrônico do STF revelou pelo menos 42 acórdãos e 569 decisões monocráticas versando sobre a incompatibilidade da prisão preventiva com a manutenção do regime semiaberto.

5

Esse quadro de insegurança jurídica, gerador de multiplicidade de processos, está a exigir uniformização vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Tema

Proposta de edição de Súmula Vinculante com o seguinte enunciado: "A manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado."

Sumário

1.A	jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ..	2
2.	A insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos sobre o tema.....	5
3.	Pedido.....	9

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo reiteradamente no sentido de que *“há contradição na manutenção da prisão preventiva no regime fechado e a fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.”*¹.

“O Supremo Tribunal Federal vem decidindo reiteradamente no sentido de que “há contradição na manutenção da prisão preventiva no regime fechado e a fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.”

A Corte enuncia que a *“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).”*²

Segundo o STF, a manutenção da restrição da liberdade nessas hipóteses fere o princípio da proporcionalidade porque *“a medida cautelar imposta ao paciente é sobremaneira mais gravosa que a própria pena que lhe foi imposta, privando-o totalmente da liberdade. Há, de fato, incompatibilidade entre a manutenção da prisão cautelar, se a decisão condenatória permite que se cumpra a pena em regime menos severo que o fechado.”*³.

Assim, não se evidencia medida proporcional permitir a saída do indivíduo para trabalho ou estudo ao mesmo tempo em que se designa o encarceramento permanente no estabelecimento prisional por meio da prisão preventiva. Senão vejamos: *“[e]ssa situação traduz verdadeiro constrangimento ilegal, na medida em que se impõe ao paciente, cautelarmente, um regime mais gravoso a sua liberdade do que aquele estabelecido no próprio título penal*

¹ STF. AgRg no HC nº 104.188/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie. DJe em: 01/10/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3892493>. Acesso em: 05 out. 2021.

² STF. HC nº 118.257/PI, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki. DJe em 06/03/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4421918>. Acesso em: 05 out. 2021.

³ STF. HC nº 138.122/MG, Segunda Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe em: 22/05/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080991>. Acesso em: 06 out. 2021.

condenatório para o cumprimento inicial da reprimenda, em clara afronta, portanto, ao princípio da proporcionalidade."⁴

A Corte também entende não haver possibilidade de compatibilização entre a prisão preventiva e o cumprimento de pena no regime semiaberto, já que essa cautelar específica não permite modulação de forma a se compatibilizar com regime de cumprimento mais brando.

Destaca-se do voto proferido no HC 126.292 por Sua Excelência o Ministro Teori Zavascki que "[...] o aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando definido em sentença condenatória superveniente. É dizer que a condenação precedida de cognição ampla dos fatos e provas da causa, sob o crivo do contraditório, constitui único meio hábil a impor a prisão pena, cumprida necessariamente no regime inicial compatível com o caso, em observância ao princípio da individualização da pena. A prisão preventiva, de natureza nitidamente instrumental, não pode se enquadrar nas regras decorrentes da individualização da pena do acusado, fruto de pronunciamento judicial exauriente."⁵

Da análise da jurisprudência se vê que o tema se relaciona intrinsecamente ao princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal⁶, cuja concretização tem ápice na prolação da sentença condenatória.

“[e]ssa situação traduz verdadeiro constrangimento ilegal, na medida em que se impõe ao paciente, cautelarmente, um regime mais gravoso a sua liberdade do que aquele estabelecido no próprio título penal condenatório para o cumprimento inicial da reprimenda, em clara afronta, portanto, ao princípio da proporcionalidade

⁴ STF. HC nº 123.226/PI, Primeira Turma, Relator: Min. Dias Toffoli. Dje em: 17/11/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4599699>. Acesso em 05 out. 2021.

⁵ STF. HC nº 132.923/SC, Segunda Turma, Relator: Min. Teori Zavascki. Dje em: 26/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4923890>. Acesso em 06 out. 2021.

⁶ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;

Nesse momento o juízo está atento não apenas ao previsto no artigo 33 do Código Penal, mas também à "culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima [...]";⁷ e, se elas apontam no sentido do cumprimento de pena em regime menos gravoso, não se mostra coerente determinar a manutenção da prisão preventiva.

O juízo, ao decidir por regime mais brando, está a afirmar que o encarceramento não é proporcional ao delito cometido e as circunstâncias presentes no caso concreto; portanto, se existem motivos hígidos a sustentar o cumprimento de pena em regime semiaberto, não podem permanecer válidos aqueles provisórios que embasavam o decreto de prisão preventiva.

Ademais, as singulares permissões intrínsecas ao regime semiaberto, como por exemplo o trabalho externo, são efetivamente incompatíveis com o recolhimento cautelar da pessoa; e dessa assincronia acaba resultando a antecipação do cumprimento da pena, para momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, e o pior – em regime mais gravoso do que o definitivo, em grave violação ao direito de individualização da pena.

“Esse é o entendimento que estofa os acórdãos proferidos nos julgamentos dos Habeas Corpus 118.257, 104.188, 138.122, 123.226 e 132.923, entre outros, o que revela o atendimento ao requisito contido no artigo 2º da Lei nº 11.417/2006 – a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.”

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

⁷ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2021.

Esse é o entendimento que estofa os acórdãos proferidos nos julgamentos dos Habeas Corpus 118.257⁸, 104.188⁹, 138.122¹⁰, 123.226¹¹ e 132.923¹², entre outros, o que revela o atendimento ao requisito contido no artigo 2º da Lei nº 11.417/2006 – a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. A insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos sobre o tema

Não obstante o Supremo Tribunal Federal reiterar sistematicamente o entendimento de que a manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação na sentença condenatória de regime de cumprimento de pena diverso do fechado, diversos juízos têm decidido em sentido contrário, o que gera grave insegurança jurídica.

Destacam-se aqui alguns julgamentos em sentido diametralmente oposto ao entendimento do STF.

O Superior Tribunal de Justiça tem extensa jurisprudência no sentido de que:

"a constrição preventiva é compatível com o regime semiaberto, sendo necessária apenas a adequação da prisão cautelar com o regime

"Não obstante o Supremo Tribunal Federal reiterar sistematicamente o entendimento de que a manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação na sentença condenatória de regime de cumprimento de pena diverso do fechado, diversos juízos têm decidido em sentido contrário, o que gera grave insegurança jurídica."

⁸ STF. HC nº 118.257/PI, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki. Dje em 06/03/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4421918>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁹ STF. AgRg no HC nº 104.188/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie. Dje em: 01/10/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3892493>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁰ STF. HC nº 138.122/MG, Segunda Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Dje em: 22/05/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080991>. Acesso em: 06 out. 2021.

¹¹ STF. HC nº 123.226/PI, Primeira Turma, Relator: Min. Dias Toffoli. Dje em: 17/11/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4599699>. Acesso em 05 out. 2021.

¹² STF. HC nº 132.923/SC, Segunda Turma, Relator: Min. Teori Zavascki. Dje em: 26/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4923890>. Acesso em 06 out 2021.

*carcerário fixado na sentença [...]*¹³. São exemplos do acionamento dessa jurisprudência os acórdãos proferidos no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 687.787/SP¹⁴, do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 687.771/DF¹⁵ e do *Habeas Corpus* n. 670189/SC¹⁶.

Outro exemplo é o julgado do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) nos Embargos de Declaração n. 0000563-14.2018.8.06.0133/50000, em que foi decretada a mudança do regime de cumprimento de pena do fechado para o semiaberto, porém com a manutenção da prisão preventiva. As razões apontadas pela 2ª Câmara Criminal do TJCE foram as seguintes:

“De fato, como se pode verificar, não houve nenhuma omissão, haja vista que, apesar da alteração do regime de cumprimento da pena passar do fechado para o semiaberto, não se alterou a decisão do magistrado a quo em relação à necessidade de manutenção da prisão cautelar do réu, pois permaneceram presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP. Por fim, quanto à alegação esposada pelo embargante no sentido de que o regime semiaberto é incompatível com a manutenção da prisão preventiva, entendo que o aludido raciocínio é equivocado, pois a prisão preventiva deve ser mantida se persistirem os requisitos do art. 312 do CPP, como é o caso dos autos, bem como na hipótese em que o réu respondeu ao processo enclausurado, haja vista que, se antes pesavam contra ele meros indícios de autoria e materialidade, agora, quando vem a ser condenado criminalmente através do devido processo legal, no qual se coletaram provas plenas e irrefutáveis de autoria e materialidade do crime, com muito maior razão este deve continuar segregado do convívio social, haja vista a gravidade

¹³ STJ. RHC n. 94.536/MG. Sexta Turma, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe em 27/03/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800232382&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁴ STJ. Ag Rg Hc n. 687.787/SP. Quinta Turma, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe em 20/09/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102630290&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 27 set. 2021.

¹⁵ STJ. Ag Rg no HC n. 687771/DF. Sexta Turma, Relator: Min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF1). DJe em 04/10/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102628238&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 28 set. 2021.

¹⁶ STJ. HC n. 670189/SC. Quinta Turma, Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJe em 30/08/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202101661108&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 29 set. 2021.

concreta dos fatos que lhe foram imputados e pelo risco de reiteração delitiva [...]”¹⁷.

Nesse mesmo sentido, também destacamos os seguintes julgados: HC nº 0630855-07.2019.8.06.0000¹⁸, HC nº 0633672-44.2019.8.06.0000¹⁹, HC nº 0632262-77.2021.8.06.0000²⁰ e HC nº 0632167-47.2021.8.06.0000²¹, dentre muitos outros, todos proferidos no âmbito do TJCE em desconformidade ao posicionamento do STF.

Exemplos também podem ser encontrados no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) com o julgamento do *Habeas Corpus* n. 0728563-59.2021.8.07.0000²², da Apelação Criminal n. 0713552-21.2020.8.07.0001²³ e do *Habeas Corpus* n. 0725776-57.2021.8.07.0000²⁴.

¹⁷ TJCE. EDcl n. 0000563-14.2018.8.06.0133/50000. 2ª Câmara Criminal, Relatora: Des. Francisca Adelineide Viana. DJe em 20/09/2021. Disponível em: <https://consultaprocessos.tjce.jus.br/scpu-web/pages/administracao/movimentacoesProcessual.jsf?faces-redirect=true>. Acesso em 29 set. 2021.

¹⁸ TJCE. HC n. 0630855-07.2019.8.06.0000. 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. Mário Parente Teófilo Neto. Disponível em: <https://consultaprocessos.tjce.jus.br/scpu-web/pages/administracao/movimentacoesProcessual.jsf?faces-redirect=true>. Acesso em 28 set. 2021.

¹⁹ TJCE. HC n. 0633672-44.2019.8.06.0000. 1ª Câmara Criminal, Relatora: Des. Ligia Andrade de Alencar Magalhães. DJe em 19/02/2020. Disponível em: <https://consultaprocessos.tjce.jus.br/scpu-web/pages/administracao/movimentacoesProcessual.jsf?faces-redirect=true>. Acesso em 30 set. 2021.

²⁰ TJCE. HC n. 0632262-77.2021.8.06.0000. 1ª Câmara Criminal, Relatora: Des. Maria Edna Martins. DJe em 23/09/2021. Disponível em: <https://consultaprocessos.tjce.jus.br/scpu-web/pages/administracao/movimentacoesProcessual.jsf?faces-redirect=true>. Acesso em: 29 set. 2021.

²¹ TJCE. HC n. 0632167-47.2021.8.06.0000. 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. Antônio Pádua Silva. DJe em 08/09/2021. Disponível em: <https://consultaprocessos.tjce.jus.br/scpu-web/pages/administracao/movimentacoesProcessual.jsf?faces-redirect=true>. Acesso em: 28 set. 2021.

²² “é sabido que não há incompatibilidade entre o regime semiaberto e custódia cautelar, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre na espécie.” (TJDFT. HC n. 0728563-59.2021.8.07.0000. 1ª Turma Criminal, Relator: Des. Carlos Pires Soares Neto. DJe em 29/09/2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 04 out. 2021.

²³ “Nesse contexto, caberá ao juízo das execuções penais proceder à adequação da prisão preventiva ao regime prisional semiaberto fixado na sentença, afastando-se o risco de impor à acusada modo de execução mais gravoso.” (TJDFT. AP n. 0713552-21.2020.8.07.0001. 3ª Turma Criminal, Relator: Dez. Waldir Leôncio Lopes Júnior. DJe em 21/09/2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 04 out. 2021.

²⁴ TJDFT. HC n. 0725776-57.2021.8.07.0000. 2ª Turma Criminal, Relator: Des. Silvano Barbosa dos Santos. DJe em 31/08/2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 out. 2021.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) é possível identificar acórdãos no sentido de que é possível compatibilizar a prisão preventiva com a fixação de regime semiaberto na sentença condenatória, conforme se vê no *Habeas Corpus* n. 0019901-57.2020.8.08.0000²⁵, na Apelação Criminal n. 0000237-27.2019.8.08.0048²⁶ e no *Habeas Corpus* n. 0028746-15.2019.8.08.0000²⁷.

Os Tribunais e juízes justificam suas decisões com base nos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes sem menção ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que já vigora há mais de uma década. Sustentam que, nos casos em que os cidadãos permaneceram presos preventivamente durante toda a instrução judicial, a manutenção da preventiva seria decorrência lógica da sentença condenatória porque os fatos estariam a partir dela mais robustamente demonstrados.

É também possível encontrar julgados que fundamentam a não aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ausência de previsão legal para atribuírem-se efeitos vinculantes às decisões proferidas pelos órgãos fracionários da Corte.

²⁵ TJES. HC n. 0019901-57.2020.8.08.0000. 1ª Câmara Criminal, Relator substituto: Des. Luiz Guilherme Risso. DJe em 05/02/2021. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=100200057774&edPesquisaJuris=%22pris%C3%A3o%20preventiva%22%20e%20%22%20regime%20semiaberto%22&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=10/04/2019&edFim=04/10/2021&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 04 out. 2021.

²⁶ TJES. AP n. 0000237-27.2019.8.08.0048. 2ª Câmara Criminal, Relator substituto: Des. Getulio Marcos Pereira Neves. DJe em 14/02/2020. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=048198722083&edPesquisaJuris=%22pris%C3%A3o%20preventiva%22%20e%20%22%20regime%20semiaberto%22&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=10/04/2019&edFim=04/10/2021&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 04 out. 2021.

²⁷ “Nessa quadra, considerando que o Paciente já se encontrava custodiado durante o todo o período de formação da culpa, e subsistindo os requisitos autorizadores da prisão cautelar, com muito mais razão deve ser mantida sua segregação, que agora se mantém por força de uma sentença condenatória, consequentemente, mais fortalecida ainda.” (TJES. HC n. 0028746-15.2019.8.08.0000. 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. Adalto Dias Tristão. DJe em 09/01/2020. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=&edProcesso=100190040517&edPesquisaJuris=%22pris%C3%A3o%20preventiva%22%20e%20%22%20regime%20semiaberto%22&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=10/04/2019&edFim=04/10/2021&Justica=Comum&Sistema=. Acesso em: 04 out. 2021.)

A resistência em aplicar o entendimento firmado no âmbito dessa Suprema Corte acarreta multiplicação de processos e recursos, em especial os *habeas corpus*, em busca de decisões alinhadas ao posicionamento adotado pelo STF. Em rápida pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico²⁸ do STF, foi possível localizar 42 acórdãos versando sobre a incompatibilidade da prisão preventiva com a manutenção do regime semiaberto, bem como 569 decisões monocráticas sobre o tema.

“Em rápida pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF, foi possível localizar 42 acórdãos versando sobre a incompatibilidade da prisão preventiva com a manutenção do regime semiaberto, bem como 569 decisões monocráticas sobre o tema.”

Assim, pessoas presas experimentam verdadeira loteria – em alguns casos os juízos seguem a orientação do STF, em outro não, o que caracteriza situação de extrema insegurança jurídica e prejuízo grave, no que envolve a própria liberdade de locomoção, a grande número de jurisdicionados, tudo a exigir orientação uniforme e vinculante pelo STF.

3. Pedido

Ante o exposto, o Defensor Público-Geral Federal propõe a aprovação do seguinte enunciado de Súmula Vinculante: *“A manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado.”*

Brasília, 7 de março de 2022.

Daniel de Macedo Alves Pereira
Defensor Público-Geral Federal

Bruno Vinicius Batista Arruda
Defensor Público Federal

²⁸ A pesquisa se deu no sítio eletrônico do STF com as palavras-chave “prisão preventiva” e “regime semiaberto” e “incompatibilidade”. O resultado da pesquisa pode ser observado no link a seguir: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=pris%C3%A3o%20preventiva%20e%20regime%20semiaberto%20e%20incompatibilidade&sort=score&sortBy=desc>.