



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.222 - SP (2012/0045247-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHRISTIAN JESUS ALDAY BALCAZAR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal.

– Contudo, essas benesses devem ocorrer somente quando não houver decreto de expulsão ou processo de expulsão em andamento, conforme vem decidindo os Tribunais Superiores. É o caso dos autos.

– *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu a progressão de regime ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de maio de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.222 - SP (2012/0045247-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHRISTIAN JESUS ALDAY BALCAZAR (PRESO)

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CHRISTIAN JESUS ALDAY BALCAZAR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente, condenado em razão da prática do delito de tráfico de drogas, cumpre, em regime fechado, pena privativa de liberdade total de 7 anos, 8 meses e 25 dias de reclusão. Na primeira instância o paciente teve deferido pelo juízo de primeiro grau o pedido de progressão ao regime semiaberto em 12.08.2010. Inconformado com tal decisão, o Ministério Público interpôs agravo em execução sustentando que o paciente trata-se de estrangeiro em situação irregular no país. Eis a ementa do acórdão (fl. 32):

Agravo. Progressão de regime concedida a estrangeiro. Não preenchimento dos requisitos para a obtenção da benesse. Afastado o preenchimento do requisito subjetivo em razão do agravado ser estrangeiro condenado por tráfico de grande quantidade de entorpecentes. Fatores indicativos da prognose negativa do sentenciado. Agravo provido.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso, determinando o retorno do paciente ao regime prisional inicial.

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que não são idôneos os fundamentos utilizados para indeferir o pedido de progressão prisional. Logo, uma vez preenchidos os requisitos legais, pugna pela concessão da benesse ao paciente. Defende que o paciente deve ter o mesmo tratamento que o brasileiro nato ou naturalizado, motivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo qual merece a concessão da progressão de regime, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros.

A liminar foi indeferida (fl. 42).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem (fls. 67/69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.222 - SP (2012/0045247-7)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).*

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio e passo a analisar se é o caso de concessão da ordem de ofício.

O pedido de progressão prisional foi deferido no primeiro grau, nos seguintes termos (fls. 24/28):

Pesem, não obstante, os doutos fundamentos que compõem a manifestação Ministerial, não se pode impedir a progressão de regime sob o argumento de que (...) "o sentenciado, por ser estrangeiro em situação irregular no País, não poderá se beneficiar com o regime semiaberto, sob pena de tonar inexecutável eventual sentença condenada que lhe for imposta"(...).

Observo que a Lei de Execução Penal não faz diferença entre a nacionalidade dos sentenciados para conferir os direitos que elenca, pois, se houvesse essa distinção entre condenados brasileiros e estrangeiros, haveria ofensa ao princípio da isonomia, que assegura a todos um tratamento igual perante a lei (artigo 5º, caput, da Constituição Federal).

A condição de "estrangeiro", erigida em critério discriminatório, não encontra amparo em norma legal expressa e a finalidade que se quer atribuir a essa discriminação não tem justificativa razoável, visto que o regime semiaberto é, na verdade regime "semifechado", cumprido em penitenciária agrícola, industrial ou estabelecimento similar (CP, artigo 35, parágrafo primeiro), oferecendo garantias contra fugas, permitindo, pois, a execução da ordem de expulsão.

Assim, questões estão superadas razão pela qual, passo a analisar os requisitos previstos em Lei.

O reeducando preenche o lapso temporal, posto que já cumpriu a parcela de pena necessária no regime fechado, conforme cálculo elaborado às fls. 16 deste apenso. Ademais, possui BOM" comportamento carcerário (fls. 04).

Cumprе consignar que a concessão do referido benefício servirá de estímulo para a sua recuperação sócia.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal, tendo em vista a igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo-se atentar para a sua condição de pessoa humana, com proteção constitucional e no âmbito dos Direitos Humanos, aplicáveis não só às relações internacionais, mas a todo o ordenamento jurídico interno, principalmente às normas de direito penal e processual penal, por incorporarem princípios que definem os direitos e garantias fundamentais. Contudo, essas benesses devem ocorrer somente quando não houver decreto de expulsão ou processo de expulsão em andamento, conforme vem decidindo os Tribunais Superiores. É o caso dos autos.

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. AUSÊNCIA DE PROCESSO DE EXPULSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. "A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório" (STF, HC 94.016, 2.^a Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 26/02/2009).

2. ***Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, mormente se não há confirmação da existência de processo de expulsão contra o apenado, como no caso.***

Precedentes.

3. *Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer a decisão do Juízo da Execução Penal que deferiu ao Paciente a progressão ao regime semiaberto, com comunicação à autoridade competente - Ministro de Estado da Justiça -, sobre a situação irregular do Paciente no País. (HC 252.745/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 12/03/2013)*

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. ***É perfeitamente possível, desde que não exista processo ou decreto de expulsão em desfavor do apenado, a concessão de livramento condicional ao estrangeiro em situação irregular no Brasil, sob pena de violação aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.***

2. *Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão do Juiz da Vara de Execuções Criminais de Avaré/SP, que concedeu ao paciente o benefício do livramento condicional, salvo se existir em seu desfavor processo ou decreto de expulsão. (HC 199.990/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

31/05/2012).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PACIENTE ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. AUSÊNCIA DE DECRETO DE EXPULSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese que não versa acerca de estrangeiro com expulsão já decretada, tratando-se de apenado contra o qual não há sequer notícia da existência de processo de extradição, não se vislumbrando qualquer óbice à sua transferência ao regime intermediário.

II. O simples fato de o paciente não dispor de autorização para o exercício de atividade laboral remunerada no país não impede a sua progressão ao regime semiaberto, no qual, por regra, o apenado fica sujeito a trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (Precedentes).

III. Deve ser cassado o acórdão a quo, restabelecendo a decisão exarada pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais de Avaré, que reconheceu o direito do ora paciente à progressão de regime prisional.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 180.995/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 28/09/2011).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no País, constitui empecilho ao livramento condicional do estrangeiro condenado. 2. A análise dos requisitos para concessão do benefício de livramento condicional ultrapassa os limites estreitos do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (HC 99400, Relator(a): Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe 27-05-2010)

EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. (HC 97147, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 11-2-2010) .

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau, que concedeu a progressão de regime ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0045247-7

HC 235.222 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 556877920118260000 763139

EM MESA

JULGADO: 02/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CHRISTIAN JESUS ALDAY BALCAZAR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.