



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.441 - SP (2012/0144308-1)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : PATRICIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NOMBALI DORIS XUNDU

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO-CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO CONCEDIDA, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. CASSAÇÃO, PELO TRIBUNAL **A QUO**. PACIENTE ESTRANGEIRA, EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANIFESTA ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS**, NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **d**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que o benefício da progressão de regime foi cassado, pelo acórdão impugnado, sem fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plausível, tão somente em virtude de se tratar de paciente estrangeira, sem residência no país, não existindo, sequer, processo de expulsão em seu desfavor.

VI. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a condição de estrangeiro, em situação irregular no país, não constitui óbice, por si só, à concessão do benefício da progressão de regime prisional, e a existência de processo de expulsão – incorrente, **in casu** – não impede o deferimento da progressão de regime ao estrangeiro, já que a efetivação da expulsão poderá ser realizada após o cumprimento da pena, ou mesmo antes, nos termos do art. 67 da Lei 6.815/80, que dispõe que, "desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação". Precedentes do STF e do STJ.

VII. Ademais, trata-se, **in casu**, de progressão para o regime semiaberto, no qual a regra é o trabalho interno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, que independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa.

VIII. **Habeas corpus** não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, concessiva do benefício, à paciente, da progressão ao regime semiaberto, por preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo para tal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.441 - SP (2012/0144308-1)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de NOMBALI DORIS XUNDU, contra acórdão proferido pela 15.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao Agravo em Execução.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, pela prática do delito de tráfico de drogas, às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa.

Narra a impetrante que, preenchidos os requisitos legais, à paciente foi concedida, pelo Juízo das Execuções, a progressão ao regime semiaberto; que a "sentenciada possui ótimo comportamento carcerário, além de trabalhar na unidade prisional" (fl. 4e) e "não praticou qualquer falta no cumprimento de sua reprimenda" (fl. 4e); que a paciente "cumpriu 2/5 do restante de sua pena em 16.02.2011, cumprindo o requisito objetivo" (fl. 4e).

Ocorre que, em sede de Agravo em Execução, o benefício foi cassado.

Sustenta a impetrante, em suma, constrangimento ilegal, diante da falta de fundamentação idônea para a cassação do benefício.

Alega que "o simples fato de se tratar de estrangeira não é capaz de impedir a progressão de regime" (fl. 3e) e que "não existe contra a sentenciada decreto de expulsão, segundo informado pela Polícia Federal" (fl. 4e).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, seja restabelecida a decisão do Juízo das Execuções, concessiva do benefício da progressão de regime.

O pedido de liminar foi indeferido, pelo então Presidente do Tribunal, Ministro Ari Pargendler (fls. 70/71e).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS, opinou pela concessão da ordem (fls. 109/111e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.441 - SP (2012/0144308-1)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2.º Grau, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus**, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir os recursos ordinários, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do **writ**".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do **habeas corpus**.

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las" (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/8/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Ministra ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

“E M E N T A: **PROTESTO JUDICIAL** FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA **DESTITUÍDA** DE CARÁTER PENAL (**CPC**, ART. 867) - **AUSÊNCIA** DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - **NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL**.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal.

Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

estrito a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Precedentes.

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b e c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d).
Precedentes.”

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno 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.”

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem, nego seguimento ao *writ*, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

“Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do **habeas corpus**.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, a inadmissibilidade do **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘*habeas-corpus*’, o *mandado de segurança*, o ‘*habeas-data*’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “o **habeas corpus substitutivo do recurso ordinário**, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de *Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*" (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do **habeas corpus** como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea "a" da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **nego seguimento** ao presente habeas corpus".

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **d**, da Carta Magna.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL Á HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

X. Ordem denegada" (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta" (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Na hipótese vertente, entendo que há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

Cuida-se, conforme relatado, de alegação de falta de fundamentação idônea para a cassação, pelo acórdão impugnado, do benefício da progressão ao regime prisional semiaberto, que foi deferido, pelo Juízo das Execuções, porque a paciente cumprira mais de 2/3 da pena, apresentava ótimo comportamento carcerário e não havia notícia de prática de faltas, no cumprimento da pena, inexistindo, ademais, decreto de expulsão da paciente (fls. 12/13e).

O acórdão impugnado cassou o benefício, ao único fundamento de que a progressão ao regime semiaberto é incompatível com a situação de estrangeiro irregular no país, "sob pena de tornar inexecutível a sentença condenatória que lhe foi imposta, já que sua colocação em liberdade poderá frustrar os objetivos da execução e até mesmo eventual decisão no sentido de sua expulsão do país" (fl. 43e), além de os arts. 97 e 98 da Lei 6.815/80 vedarem o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro em tal situação.

Consoante documento de fls. 105/106e, a paciente iniciou o cumprimento de sua pena em 14/06/2009 – quando foi presa em flagrante –, com término previsto para 06/12/2013.

O benefício foi concedido, pelo Juízo das Execuções, com base nos seguintes fundamentos:

"Com efeito, após a prisão, a reeducanda cumpriu mais de 2/5 da pena imposta, preenchendo, portanto, o requisitos objetivo para a progressão. E, tendo sido atestado bom comportamento carcerário, bem como não havendo notícia do cometimento de faltas, preenche, igualmente, o requisito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo.

Ante o exposto, presentes os requisitos legais, com fundamento no art. 112, da Lei n.º 7.210/84, defiro o pedido de progressão ao regime semiaberto da reeducanda.

Da mesma forma, o fato de ser a condenada estrangeira não impede o benefício, pois o decreto de expulsão, via de regra, somente é cumprido após o término da pena" (fls. 12/13e).

O Tribunal de origem, por maioria de votos, cassou o benefício, em virtude de se tratar de paciente estrangeira, em situação irregular e sem residência no país, não existindo, sequer, processo de expulsão em seu desfavor, **ad litteram**:

"O estrangeiro que não demonstra sua situação regular no país não pode ser beneficiado com a progressão, sob pena de tornar inexecutível a sentença condenatória que lhe foi imposta, já que sua colocação em liberdade poderá frustrar os objetivos da execução e até mesmo eventual decisão no sentido de sua expulsão do país.

Tratando-se de estrangeira condenada por associação ao tráfico ilícito de entorpecentes, a sua expulsão do país, após o trânsito em julgado da r. sentença, encontra amparo no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

(...)

Não há dúvida que a reeducanda em tela, apenada a 04 (quatro) anos, 08 (oito meses), pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, agravado pela transnacionalidade do delito, atentou contra a ordem pública, já que a espúria mercancia de drogas é crime cuja prática desencadeia uma série de outros delitos, movimentando uma verdadeira cadeia delitiva.

Conquanto não haja nos autos informações sobre decreto de expulsão da Agravada, a benesse não deve ser concedida em razão de sua condição de estrangeira, havendo risco de fuga e impossibilidade de permanência lícita no país.

(...)

Observa-se, destarte, que a sentenciada não tem vínculos com o país, fato este demonstrado pela natureza internacional do seu delito.

Por fim, ao estrangeiro em situação irregular no país, nos termos dos artigos 97 e 98 da Lei n.º 6.815/80, veda-se o exercício de atividade remunerada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

O trabalho é o principal instrumento de reinserção social, que justifica a existência de regimes menos gravosos, como o semiaberto. Não cumprirá a pena a sua função de prevenção especial positiva se a progressão de regime não foi acompanhada do exercício da atividade laboral, mas do ócio" (fls. 43/46e).

Observa-se que o fundamento utilizado, pelo acórdão impugnado, para cassar a progressão ao regime semiaberto, deferida à paciente, pelo Juízo das Execuções, não se coaduna com a jurisprudência hoje firmada por esta Corte, no sentido de que a existência de decreto de expulsão – inócurrenre, **in casu** – não impede o deferimento da progressão de regime ao estrangeiro, já que a efetivação da expulsão poderá ser realizada após o cumprimento da pena, ou mesmo antes, nos termos do art. 67 da Lei 6.815/80, que dispõe que, "desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação".

Ademais, trata-se, **in casu**, de progressão para o regime semiaberto, no qual a regra é o trabalho interno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, que independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa.

Em tal sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRA COM DECRETO DE EXPULSÃO EXPEDIDO, O QUE NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME E DE LIVRAMENTO CONDICIONAL.

1. A condição de estrangeira com decreto de expulsão expedido não constitui óbice ao deferimento da progressão prisional e do livramento condicional, já que a efetivação da expulsão poderá ser realizada após o cumprimento da pena, ou em momento anterior, nos termos do art. 67 do Estatuto do Estrangeiro. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no HC 229.244/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 22/11/2012).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
2. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes.
3. O decreto de expulsão existente não impede o deferimento da benesse, pois as autoridades administrativas podem efetivá-lo após o cumprimento integral da reprimenda, ou mesmo antes (artigo 67 da Lei n.º 6.815/80).
4. Orientando-se em entendimento contrário, estar-se-ia a conceber que a esfera penal se pautasse unicamente no decretado em âmbito administrativo.
5. **Ordem concedida, ratificada a liminar, para afastar o óbice consistente na condição de estrangeiro para o fim de se obter o livramento condicional**" (STJ, HC 186.490/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 13/02/2012).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS ATENDIDOS. LEI N.º 6.815/80. VEDAÇÃO LEGAL À PRÁTICA DE ATIVIDADE REMUNERADA QUE NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Negar a progressão para o regime semiaberto ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício, pela própria condição pessoal do apenado.
2. A lei penal não exige que o condenado estrangeiro tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira registrada, mas sim que tenha condição de exercer qualquer trabalho honesto e lícito para prover sua subsistência e de sua família, ainda que na informalidade da qual sobrevive expressiva parte da população brasileira.
3. O Paciente não possui decreto de expulsão em seu desfavor. Ademais, o art. 114 da Lei das Execuções Penais exige a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação de estar trabalhando ou de possibilidade imediata de fazê-lo apenas para a progressão para o regime aberto, logo, não existe qualquer impedimento à progressão para regime prisional intermediário, que não equivale à liberdade.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão que deferiu ao Paciente a progressão de regime, visto que presentes os requisitos objetivo e subjetivo, conforme reconheceu o Juízo das Execuções e o Tribunal *a quo*, com a comunicação às autoridades competentes a respeito da situação irregular do paciente no País" (STJ, HC 123.329/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 30/03/2009).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Admite-se ao estrangeiro, em situação irregular no país, a progressão ao regime semiaberto, mormente tendo em vista que no regime intermediário a regra é o trabalho interno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida" (STJ, HC 129.994/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe de 19/10/2009).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que 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" (STF, HC 97.147/MT, Rel. originária Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2010).

O eminente Ministro CEZAR PELUSO, sobre a possibilidade de progressão de regime prisional ao estrangeiro com decreto de expulsão expedido, assim se manifestou, no citado precedente:

"(...) Resta afastar o óbice que a apontada jurisprudência vincula à pendência de procedimento de expulsão, o qual, doutro modo, segundo o entendimento pretoriano dominante, se frustraria. E não é custoso afastá-lo.

À uma, porque é do Poder Executivo a prerrogativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidir o momento em que, por conveniência do interesse nacional, a expulsão deva efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade.

A duas, o próprio Poder Executivo previu a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico. É que fez constar do Decreto n.º 98.961/90, que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, a seguinte regra:

'Art. 4.º Nos casos em que o Juízo de Execução conceder ao estrangeiro, de que trata este Decreto, regime penal mais benigno do que aquele fixado na decisão condenatória, caberá ao Ministério da Justiça requerer ao Ministério Público providências para que seja restabelecida a autoridade da sentença transitada em julgado.'

Não obstante sua redação pouco técnica, da norma resulta claro possa ser concedido regime mais benéfico e, se o entender inadmissível ou impróprio, o Ministério da Justiça pode requerer ao Ministério Público que lhe restabeleça a regressão. Não há, pois, proibição teórica, ou **a priori**".

Portanto, inexistindo justo motivo para se revogar a progressão de regime prisional deferida ao paciente, deve ser cassado o acórdão impugnado, restabelecendo-se a decisão do Juízo das Execuções, que lhe concedera a progressão para o regime semiaberto.

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Porém, concedo a ordem, de ofício, para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, concessiva do benefício, à paciente, da progressão ao regime semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0144308-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 248.441 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2389459220118260000 894832

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PATRICIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NOMBALI DORIS XUNDU

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.