



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.249 - SP (2013/0237750-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LINDA OSEI TUTU

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. DECRETO DE EXPULSÃO PENDENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este 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 ordinário/especial. Contudo, a luz dos 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.

– 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.

– É irrelevante a existência de decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro para fins de progressão de regime, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes deste, nos termos do art. 67 da Lei n. 6.815/1980.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão impugnado e determinar que o Juízo da Execução analise o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício, afastado o óbice relativo à condição de estrangeiro em situação irregular e com decreto de expulsão pendente.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.249 - SP (2013/0237750-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LINDA OSEI TUTU

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em benefício de LINDA OSEI TUTU, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que a paciente, condenada em razão da prática do delito de tráfico de drogas, cumpre, em regime fechado, pena privativa de liberdade total de 7 anos de reclusão, tendo o Juízo da Execução indeferido o pedido de progressão ao regime semiaberto por tratar-se de estrangeira em situação irregular no país e com decreto de expulsão pendente.

Em sede de agravo em execução, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo em aresto assim ementado:

Execução Penal - Pedido de progressão de regime prisional de réu estrangeiro em situação irregular - Entendimento.

Estrangeiro em situação irregular no país que venha a ser condenado, não preenche os requisitos para a progressão de regime, uma vez estar formalmente impedido de exercer atividade laboral. Assim, em que pese o fato do reeducando ser estrangeiro não impeça de per si o benefício, é de rigor o indeferimento do pedido de progressão para regime prisional menos gravoso (fls. 107).

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que o simples fato de se encontrar em situação irregular no país, mesmo estando pendente decreto de expulsão, não obsta o deferimento da progressão de regime em favor da paciente estrangeira. Alega que o direito fundamental à individualização da pena deve ser estendido também ao estrangeiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 103/124), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 67/69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.249 - SP (2013/0237750-9)

VOTO

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

Este 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.

São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE CUMPRE PENA DOMICILIAR. PEDIDO PREJUDICADO. (4) WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que não se vê na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. O Paciente cumpre pena em regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. Assim, forçoso reconhecer que o objeto deste mandamus, no ponto, se esvaiu.

4. Writ prejudicado em parte e, no mais, não conhecido. (HC 207.052/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2013).

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, '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.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração o reconhecimento do direito à progressão de regime prisional ao estrangeiro em situação irregular no país com decreto de expulsão pendente.

O pedido de progressão ao regime semiaberto foi indeferido pelo Magistrado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

piso em decisão assim fundamentada:

A sentenciada é estrangeira e existe decreto de expulsão em seu desfavor - fls. 24 do roteiro, o que por si só impede sua inserção em regime menos severo ou em livramento, eis que inoperante a possibilidade de permanência sobre o território nacional.

[...].

Presente o decreto de expulsão inviável a concessão da benesse pleiteada.

Ante o exposto, indefiro a progressão ao regime semiaberto (fls. 105).

O Tribunal de Justiça local, por sua vez, consignou que:

A situação atual da agravada é, com efeito, incompatível com o regime semiaberto.

Possui ela situação irregular no país, o que impede permaneça em liberdade, mesmo porque está legalmente impedida de exercer qualquer atividade profissional.

[...].

De outra parte, não cabe, no presente caso, a invocação do princípio da isonomia.

Em momento algum operou-se discriminação do estrangeiro diante do nacional, o que é admissível apenas nas hipóteses contempladas na própria CF/88. A pretensão esbarra, todavia, no não preenchimento dos requisitos legalmente fixados pelo legislador no art. 35, § 2º, do CP c.c. o art. 13 da CLT, que são aplicáveis tanto aos brasileiros natos ou naturalizados, como aos estrangeiros.

No caso vertente, é evidente que a agravada, dada a natureza irregular de sua permanência em território nacional, não poderá atender tais requisitos e, conseqüentemente, não há como deferir sua pretensão.

Deve ser observado, por fim, conforme exposto pela i. Promotora de Justiça, às fls. 29,

"Enquanto a expulsão consiste na retirada compulsória de estrangeiro do território nacional, a progressão de regime visa reconduzir, gradativamente, a sentenciada ao convívio social. Deste modo, são institutos incompatíveis, pois a efetivação da expulsão frustra o objetivo de ressocialização dos regimes menos gravosos."

É de rigor, portanto, a manutenção da r. decisão agravada (fls. 108/109).

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de 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, devendo-se atentar para a sua condição de pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ademais, conforme a declaração de voto proferida no HC 262.597/SP, passo a acompanhar o entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, compartilhando da corrente que entende ser irrelevante, para fins de progressão de regime, a existência de decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes deste. Vejam-se a redação do art. 67 da Lei 6.815/1980, *in verbis*:

Art. 67. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

Sobre a questão, confirmam-se os precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento desta Corte, a condição de estrangeiro com decreto de expulsão expedido não obsta o deferimento da progressão de regime prisional. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 260.768/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 05/04/2013).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (HC 186.490/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/02/2012).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. I - A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. Precedente. II – Ordem concedida para para afastar a vedação de progressão de regime à paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução para que verifique a presença dos requisitos do art. 112 da LEP (HC 117878, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 3-12-2013).

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. Ministra Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 12-02-2010).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para cassar o acórdão do Tribunal *a quo* e determinar que o Juízo da Execução analise o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício, afastado o óbice relativo à sua condição de estrangeiro com decreto de expulsão pendente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0237750-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 274.249 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02045348620128260000 1075355094036119 200961190107538 2045348620128260000
911750

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LINDA OSEI TUTU

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

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.