



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.149 - SP (2011/0205086-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OUTUIZO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

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 co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes: STJ e STF.
3. Ordem concedida, ratificada a liminar, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 16 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.149 - SP (2011/0205086-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OUTUIZO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHAEL EMEKA OTUTUIZU, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravamento em Execução Penal nº 0516520-32.2010.8.26.0000).

Narra a impetração que o paciente, cidadão estrangeiro, foi condenado por crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, à pena somada de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado, sendo-lhe deferido pelo Juízo de Execuções a progressão para o regime semiaberto, uma vez preenchidos os requisitos legais.

O Ministério Público interpôs agravo em execução, sustentando não ser admissível o benefício da progressão a cidadão estrangeiro em situação irregular no país.

Ao julgar o apelo do *parquet*, o Tribunal *a quo*, por maioria, deu-lhe provimento, consoantes os seguintes termos do voto-condutor do acórdão (fls. 11/14):

“Depreende-se dos autos que o agravado, condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, por infringência dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, iniciou o cumprimento da privativa de liberdade, em 24 de janeiro de 2007, com termo final previsto para 23 de janeiro de 2015 (fls. 7/8); por considerar cumprido 1/6 (um sexto) da pena (fls. 7vº) e ostentar bom comportamento carcerário (fls. 9), atendendo, assim, aos requisitos objetivo e subjetivo exigidos pelo artigo 112 da Lei de Execuções Penais, formulou pedido de progressão ao regime semiaberto, deferido pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, sob o fundamento de que “a eventual existência de Inquérito policial de expulsão e até mesmo sua decretação, medidas de natureza administrativa, não podem ter efeito decisivo no campo penal, tanto que o artigo 67 da Lei nº 6.815/80 admite a expulsão desde logo, ainda que esteja tramitando o processo ou mesmo seja editada a condenação” (cf. fls. 26).

No caso, respeitado o entendimento do MM. Juiz prolator da r. decisão recorrida, impossível a concessão da progressão ao regime semiaberto para estrangeiro com situação irregular no Brasil, pelo que não poderia o agravado ter sido beneficiado com a progressão de regime, porquanto não teria como comprovar ocupação lícita, condição obrigatória para a concessão do benefício postulado.

Sendo estrangeiro, sem qualquer vínculo com o país, que não o vínculo criminal, não *faz jus* a regime mais brando em que possa dedicar-se à atividade laborativa fora do estabelecimento prisional, porquanto, estando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em situação irregular no país, não preenche as condições exigidas pela Lei 7.210/84, pelo que possibilidade não havia de concessão da almejada progressão, considerado, ainda, que não se fez prova de que não sofre processo de expulsão, pelo que a melhor solução é manter o agravado em regime prisional fechado.

(...)

De outra banda, o indeferimento do benefício não está a afrontar o princípio da isonomia, pois não se pode exigir de nacionais ou estrangeiros em situação legal no país o cumprimento de obrigações estipuladas pelo benefício e não exigi-las de estrangeiros em situação irregular, conforme proclama a jurisprudência a respeito, a saber: *"Não presta ao caso a invocação do princípio da isonomia. Com efeito, o princípio da isonomia consiste em tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, a medida de cada desigualdade. Não seria possível tratar de modo igual um brasileiro que tenha condições de atender aos requisitos do livramento condicional com outro preso, brasileiro ou estrangeiro, que não tenha condições para isto. E já se sabe que os pacientes não poderão atender a tais requisitos. Consequentemente não têm o direito que postulam. De mais a mais a MM. Juíza apontou corretamente que há a impossibilidade do estrangeiro permanecer lícitamente no território nacional e exercer atividade lícita"* (HC nº 97.02.21590-0/RJ - 2ª Turma - j. 06/08/1997 - Rei. Des. Castro Aguiar).

Por derradeiro, a jurisprudência pátria é majoritária, em relação à inadmissibilidade de concessão de qualquer benefício ao estrangeiro condenado que esteja em situação irregular no País, sem olvidar que, nos termos do artigo 73 da Lei nº 6.815/80, para permanecer em outro lugar, que não o da prisão, há necessidade de o Ministério da Justiça designar o lugar da permanência."

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta ser possível a progressão de regime ao estrangeiro em situação irregular no país.

Ressalta o paciente tem prole no Brasil e que pretende aqui permanecer, não podendo ser usado em seu desfavor a situação de não nacional.

Aduz, ainda, que o paciente cumpriu a pena no regime semiaberto desde a sua concessão, em 22/04/2010, até o julgamento do recurso ministerial, ocorrido 16/03/2011, sem, contudo, haver qualquer tipo de problema ou infração de sua parte.

Com isso, requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão, para o que o paciente possa aguardar no regime intermediário. No mérito, pugna pela concessão da ordem para cassar o aresto e afastar o óbice à concessão da progressão de regime prisional, tendo em vista sua suposta situação irregular no país.

A liminar foi deferida, fls. 161-163, para suspender os efeitos do acórdão, a fim de que o paciente aguarde no regime semiaberto autorizado pelo Juízo de primeiro grau até o julgamento definitivo do *writ*.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 170-171, da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir M. Sousa, opinando pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram prestadas, fls. 180-190 e 193-233.

Julguei prejudicado o *writ*, à fl. 236, ao que sobreveio pleito de reconsideração, e, assistindo razão ao impetrante, revejo a decisão, trazendo a julgamento a impetração.

Segundo as últimas informações, em primeiro grau, foi ao paciente deferida a progressão ao regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.149 - SP (2011/0205086-4)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

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 co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes: STJ e STF.
3. Ordem concedida, ratificada a liminar, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da presente impetração cinge-se à verificação do acerto do acórdão que, cassando decisão de primeiro grau, inviabilizou a progressão de regime deferida ao paciente.

A decisão de primeiro grau sintonizou-se com precedentes deste colendo Superior Tribunal de Justiça.

Na espécie, o único aspecto que conduziu o Tribunal *a quo* à modificação da decisão de primeiro grau foi justamente a nacionalidade estrangeira da paciente.

A fixação do meu entendimento sobre a inviabilização de direitos decorrentes da execução penal para estrangeiros, em razão de tal *status*, deu-se no seio do seguinte caso:

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.
3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal.
4. Ordem concedida.
(HC 103373/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 22/09/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porque em idêntico trilha, merecem destaque, ainda, estes precedentes:

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.

(HC 129.994/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 19/10/2009)

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 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.

(HC 123.329/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

Seguiu-se, inclusive, o seguinte aresto do Pretório Excelso:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-02 PP-00291)

No caso concreto, da leitura do acórdão guerreado, conclui-se que o Tribunal *a quo* cassou a progressão de regime, apontando que o paciente não atendia ao requisito subjetivo, dado que estrangeiro. Tal particularidade indicaria uma situação de insegurança em relação à possibilidade de fuga.

Contudo, a posição do magistrado de primeiro grau mostrou-se mais bem lançada, na linha, ademais, da jurisprudência mais atualizada sobre o tema.

Entendo que a análise do tema não pode se limitar ao exame da sua condição peculiar de estrangeiro não-domiciliado no Brasil, cumprindo atentar também ao seu *status* de pessoa humana, que tem efetiva proteção constitucional.

A República Federativa do Brasil tem como *fundamento* a dignidade da pessoa humana, como *objetivo fundamental* a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e como *princípio regente* de suas relações internacionais a prevalência dos Direitos Humanos. (artigos 1º, inc. III, 3º, inc. IV, 4º, inc. II, da Carta Magna, respectivamente).

Nos termos do que leciona Salo de Carvalho:

"A consagração do princípio da prevalência dos Direitos Humanos, no entanto, não está vinculada apenas às relações exteriores, mas é orientadora de todo ordenamento jurídico nacional, principalmente das normas de natureza penal e processual penal, visto sua incorporação pelos princípios que definem os direitos e garantias fundamentais." (*Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 171/172).

Assim, a despeito de, em uma primeira leitura, o artigo 5º da Constituição Federal não se referir ao estrangeiro não-domiciliado, a dimensão jurídica ora em foco diz mais com Direitos Humanos do que propriamente com aqueles tidos por fundamentais.

Saliente-se que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica -, que dispõe expressamente em seu preâmbulo que "os direitos essenciais do homem não derivam da fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção Internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, apesar de o estrangeiro sem domicílio no país encontrar-se em uma relação especial de sujeição aos Direitos Fundamentais, subordinado a um estatuto que lhe restringe alguns direitos, tal não pode implicar a negação de seus Direitos Humanos, protegidos nacional e internacionalmente.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Coelho Gonet Branco, destacam que:

“As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há de se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.” (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282).

Lembre-se que nem o Código Penal, nem o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e muito menos a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) fazem qualquer restrição aos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no país.

Conforme preleciona Artur de Brito Gueiros Souza, o estrangeiro já tem sua situação agravada diante da distância de seu país e da sua família, além das barreiras lingüísticas e da dificuldade de compreensão das normas e regulamentos carcerários. Mantendo-se muitas vezes isolado em nosso sistema carcerário. Além dessas dificuldades, tem-se impingido ao estrangeiro um tratamento discriminatório, com supressão de direitos, agravando-se ainda mais sua reprimenda. (*Presos Estrangeiros no Brasil – Aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 300/302.)

Acredito que o princípio da igualdade deve ser observado com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena e assegurando-se-lhe todas as garantias, pois, como visto, sua condição jurídica não o desqualifica como sujeito de direitos.

A despeito de não haver, *in casu*, decreto de expulsão em desfavor da paciente, ainda que assim não fosse, a ordem deveria ser concedida.

Inicialmente, deve-se salientar que, a despeito de a expulsão do estrangeiro infrator ter deixado de ser uma espécie de sanção penal, a matéria não se afastou em absoluto do terreno penal, condicionando-se, no mais das vezes, ao cumprimento total da pena.

Entretanto, referida condição, a meu ver, não implica sua permanência em regime integralmente fechado. Até porque, a progressão de regime, bem como o livramento condicional são formas de cumprimento da pena.

Pensar o contrário violaria o princípio da individualização da pena, que tem como corolário o sistema progressivo de cumprimento da reprimenda. Como visto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959, entendeu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime prevista na Lei 8.072/90, por conflitar com referido cânone. Conclui-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, se nem mesmo a lei pode mitigar o princípio da individualização da pena, quanto mais o próprio aplicador do direito, que se submete ao princípio da legalidade.

Alberto Silva Franco salienta que:

"Pena executada com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; (...)." (*Crimes Hediondos*, 6ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 211).

Não penso que o simples fato de ser estrangeiro não-domiciliado no Brasil possa gerar a presunção de que o condenado irá evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado. Por outro lado, a bem da condição humana - digna - deve-se apurar, caso-a-caso os requisitos de merecimento para o desenvolvimento gradual do desconto da pena.

Finalmente, a meu ver, a proibição de trabalho formal do estrangeiro também não tem o condão de inviabilizar a obtenção da progressão de regime.

Não se deve descuidar do critério sistemático que deve sempre pautar o labor hermenêutico. Acredito que a hipótese está a clamar por uma interpretação, de modo que nem o Estatuto do Estrangeiro nem a Lei de Execuções Penais sejam aplicadas isoladamente, mas dentro de um contexto maior.

A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais aduz que:

"Evitando possíveis antagonismos entre a obrigação de trabalhar e o princípio da individualização da pena, o projeto dispõe que a atividade laborativa será destinada ao preso na medida de suas aptidões e capacidade."

Ademais, não se pode também dizer que o paciente esteja aqui irregularmente ou ilegalmente, pois permanece no Brasil numa situação de excepcionalidade, única e exclusivamente em decorrência da sentença condenatória.

Assim sendo, ao estrangeiro preso e condenado não se deve aplicar, isolada e descontextualizadamente, o Estatuto do Estrangeiro. É imperioso, no caso, atender-se às disposições da Lei de Execuções Penais, por ser, na hipótese, o diploma de regência da matéria em questão. Assim, nos termos do artigo 31 e 41, inciso II, da Lei 7.210/84, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar.

Cumpre, dessa forma, fomentar o trabalho do preso estrangeiro, independentemente do regime de cumprimento de pena, bem como durante o livramento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condicional. Reitere-se que sua permanência no país decorre da submissão ao *ius punitiois*, o qual é conformado pela sujeição do condenado ao trabalho.

O labor é condição de dignidade humana, além de ter finalidade educativa e produtiva, visando a readaptação ao meio social (artigo 28 da LEP). Assim, a decisão que concede a progressão de regime ou o livramento condicional ao estrangeiro não encontra, a meu juízo, óbice ontológico na necessidade de obtenção de ocupação honesta.

Cite-se, por oportuno, precedente da ilustre Ministra Laurita Vaz, admitindo a concessão de benefícios ao condenado estrangeiro, a despeito da norma prevista no Estatuto do Estrangeiro:

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS ATENDIDOS. ART. 89 DA LEI N.º 6.815/80. VEDAÇÃO LEGAL À PRÁTICA DE ATIVIDADE REMUNERADA QUE NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Na espécie, o Recorrido teve seu processo de expulsão arquivado com fulcro no art. 75, inciso II, alínea 'b', da Lei n.º 6.815/80 e, como reconheceram as instâncias ordinárias, atende aos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício de livramento condicional. 2. Negar o livramento condicional 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 apenas por sua própria condição pessoal. 3. 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. 4. Recurso desprovido.” (REsp 662.567/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 441).

Valho-me, ainda, do posicionamento externado por Francisco de Assis Toledo, quando Ministro desta Corte, de que:

“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” (HC 3.596/SP, DJ 26.02.96).

Por fim, colhe-se aresto desta Corte, da relatoria do nobre Ministro Gilson Dipp, apontando para uma mudança de entendimento, ao admitir a fixação de regime inicial semi-aberto para condenados estrangeiros, mesmo quando em situação irregular:

"CRIMINAL. HC. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉUS PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DE REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. (...). I. Hipótese que cuida de réus estrangeiros, em situação irregular no país, condenados por falsidade ideológica, ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. II. (...) III. A escolha do regime de cumprimento da pena é ato discricionário do Juiz que, após a análise das circunstâncias concretas de cada caso, poderá optar pelo regime mais gravoso, desde que o faça com adequada e suficiente fundamentação (...)." (HC 25298/PR, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2004.)

Assim, entendo que se deve, na hipótese, prestigiar a decisão do Magistrado de primeiro grau, visto que, este sim, encontra-se mais próximo da realidade do cotidiano da execução penal.

Confira-se, a propósito, o entendimento desta Corte, acerca da matéria:

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DEFERIMENTO PELO JUÍZO MONOCRÁTICO. AGRAVO MINISTERIAL. EXIGIBILIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese na qual foi deferida ao paciente a progressão de regime prisional, tendo sido determinado pelo Tribunal a quo, em sede de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, a realização de exame criminológico.

A jurisprudência tem se orientado no sentido de que a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a submissão do condenado a exame criminológico, anteriormente imprescindível para fins de progressão do regime prisional, sem, no entanto, retirar do Juiz a faculdade de requerer sua realização quando, de forma fundamentada e excepcional, entender absolutamente necessária sua confecção para a formação de seu convencimento.

O exame criminológico – cujo parecer, antes da nova legislação, era determinante para se estimar o atendimento do requisito subjetivo exigido para a concessão de benefícios – além de ser um recurso excepcional, não pode ser considerado isoladamente como fator para a denegação do benefício.

Se o Magistrado singular não considerou necessário o exame criminológico, entendendo presentes os requisitos indispensáveis à progressão de regime, não pode o Tribunal a quo reformar a decisão justamente em virtude da não realização do referido exame.

Precedentes.

Deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecida a decisão monocrática que concedeu ao paciente a progressão para o regime prisional semi-aberto, sem a exigência do exame criminológico.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 74.820/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 575)

Desta forma, verifica-se que o pleito encontra-se em sintonia com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, ratificada a liminar, concedo a ordem para restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0205086-4

HC 217.149 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 516520322010 5165203220108260000 525701 990092614096

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHAEL EMEKA OUTUIZO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.