



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 562452 - SC (2020/0040462-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : THAIS CRISTINA CHINI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THAIS CRISTINA CHINI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Agravado em Execução n. 0010751-85.2019.8.24.0018).

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais indeferiu pedido de progressão especial (art. 112, § 3º, da LEP), em razão da vedação expressa no art. 112, § 3º, V, da LEP (e-STJ fls. 528/529).

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante a Corte estadual, mas o recurso não foi provido (e-STJ fl. 526):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO DE REGIME ESPECIAL - REEDUCANDA GENITORA DE FILHO MENOR DE IDADE - OBSERVÂNCIA DA LEI N 13.769/18 - ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ART. 112, §3º DA LEP - AMPLIAÇÃO DO ESPECTRO DE ALCANCE DA BENESSE EM HIPÓTESES PECULIARES E RELACIONADAS À CONDIÇÃO DE GESTANTE. DE MÃE OU QUANDO RESPONSÁVEL POR CRIANÇAS OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - SATISFAÇÃO DOS ASPECTOS OBJETIVOS - AUSÊNCIA, ENTRETANTO, DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DA MÃE AO FILHO E/OU QUE NÃO ESTEJA RECEBENDO OS CUIDADOS NECESSÁRIOS - ESTUDO SOCIAL APONTANDO QUE O PAI VEM SUPRINDO AS NECESSIDADES MATERIAIS E AFETIVAS DA PROLE - ASPECTO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO - RECURSO DESPROVIDO.

Nesta impetração, a defesa alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, ante a ausência de fundamentos idôneos na decisão que indeferiu o pleito de progressão ao regime semiaberto, em razão de a paciente ser mãe de criança com idade inferior a 12 anos .

Argumenta que estão presentes todos os requisitos para a progressão de regime, nos termos do §3º do artigo 112 da Lei de Execução Penal e que a legislação processual não exige a comprovação da dependência da criança à mãe.

Essa comprovação de dependência dos cuidados é exigida apenas ao pai, nos termos do inc. VI do art. 318 do Código de Processo Penal (e-STJ, fl. 10/11).

Nesse ínterim, pleiteia, em liminar e no mérito, a progressão da paciente ao regime semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 535/537).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. 'HABEAS CORPUS' NÃO CONHECIDO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o

recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, ao manter a decisão primeva, a Corte de origem adotou, no voto condutor do acórdão proferido, a seguinte fundamentação, *in verbis* (e-STJ fls. 529/531):

[...] é cediço que, com a publicação da Lei n. 13.769/2018, a redação do art. 112 da LEP passou a vigorar dando sentido mais amplo às hipóteses de concessão da progressão de regime prisional, elevando a posição das mulheres gestantes ou mães responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência no âmbito do processo executacional, de forma a facilitar, após preenchidos os requisitos de ordem cumulativa, o alcance de tal benefício[...]

[...]

Imperioso destacar, ademais, que esta corte de justiça adotou entendimento de que a vedação preconizada pelo inciso V do mencionado dispositivo legal não abarca os condenados por crime de associação ao narcotráfico, mormente em razão da clara expressão "organização criminosa" definida pela legislação especial ora em debate [...]

[...]

Entretanto, no caso dos autos, embora o juízo a quo tenha feito referência ao envolvimento da agravante no contexto de associação para fins de tráfico ilícito de drogas como um dos motivos ensejadores da negativação da benesse, circunstância inapta, por si só, a ensejar o indeferimento da progressão de regime prisional, o critério subjetivo, caracterizado pela presença obrigatória da mãe junto ao infante ou que esse não esteja

recebendo os cuidados necessários e próprios da idade, encontra amparo no processado e é suficiente para a conservação do decisor.

Isso porque, conquanto satisfeitos os demais pressupostos elencados na referida lei, verifica-se que a agravante, na condição de mãe, à época do convívio com a criança, ou seja, antes de sua prisão, detinha contatos esporádicos com a prole, nos termos do estudo social juntado à p. 196/199. Além disso, o exame técnico demonstrou que o infante, ao completar o primeiro ano de idade, foi residir de maneira integral na casa do pai, que sempre prestou assistência ao menor, passando a coexistir com os avós paternos e a manter vínculo com a família da genitora, além de realizar visitação junto à agravante no complexo prisional, recebendo os cuidados necessários e orientação de tais entes.

Desse modo, levando-se em conta que não há demonstrações acerca da imprescindibilidade da mãe junto ao menor de idade, aliado ao fato de que as informações constantes do laudo social apontam que o pai do infante, com o auxílio de outros familiares, vem realizando todos os esforços para suprir as necessidades materiais e afetivas da criança, a tese sustentada pela defesa não merece acolhimento.

[...]

A ordem merece ser concedida de ofício. Vejamos.

Com a Lei n. 13.769/2018 que incluiu o § 3º, no art. 112, na Lei de Execução Penal, passou-se a prever a exigência do cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, somado a outros requisitos, no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Confira-se o regramento, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

[...] § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

No inciso V da norma acima transcrita, há a exigência de que a sentenciada não tenha “integrado organização criminosa”, cuja definição está prevista no art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, ou seja, *considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente,*

vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A associação para o tráfico de drogas, por sua vez, cuja tipificação se encontra no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pune a seguinte conduta: *associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.*

Nota-se que os conceitos dos tipos penais acima descritos não se confundem, notadamente porque na seara do Direito Penal impõe-se observância ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu.

Vejam-se, a propósito, *mutatis mutandis*, os seguintes julgados prolatados por Esta Superior Corte de Justiça (grifei):

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 96 DA LEI N. 8.666/1993. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDUTA NÃO PREVISTA NO TIPO PENAL. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM PREJUÍZO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços.

2. Considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu. 3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1407255/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018.)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 96, I E V, DA LEI N. 8.666/1993. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDUTA NÃO PREVISTA NO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM PREJUÍZO DO RÉU. INCABÍVEL. PRECEDENTE DO STF.

1. O art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços.

2. O tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu. 3. Recurso especial improvido

(REsp 1571527/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016.)

Por conseguinte, o impedimento previsto no inciso V, § 3º, artigo 112, da Lei n. 13.769/2018, não se aplica ao caso concreto, sobretudo porque, conforme se observa do decreto sentencial, os crimes (tráfico de drogas e associação para o tráfico) foram praticados, em concurso, por apenas duas pessoas (e-STJ fls. 44/70).

Nessa mesma linha de entendimento: HC 539119, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 9/12/2019.

Por outro lado, a proteção da integridade física e emocional dos filhos decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Na hipótese vertente, verifica-se que estão presentes os demais requisitos impostos no art. 112, § 3º, da LEP.

Com efeito, os delitos, pelos quais a executada cumpre pena, não foram praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nem foram cometidos contra o seu filho ou dependente.

Além disso, conforme certidão de nascimento acostada ao feito, a reeducanda é mãe de uma criança menor de 5 (cinco) anos de idade (e-STJ fl.394).

Por fim, constata-se que a executada possui bom comportamento carcerário (e-STJ fl. 395), é primária e não há indícios de que integre organização criminosa.

Cumpridos, assim, os requisitos para a progressão especial, elencados na norma acima mencionada.

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

No ponto, em recente artigo que fiz em parceria com os brilhantes Professores

Carlos Augusto Alcântara Machado e Clara Cardoso Machado Jaborandy, das terras sergipanas, registramos:

As profundas transformações sociais exigiram o redimensionamento ético da vida em sociedade na qual se exige do Direito uma releitura de inúmeros institutos jurídicos, com o intuito de resgatar o bem central em torno do qual o fenômeno jurídico ganha sentido, qual seja, a valorização do ser humano e sua relação com o ambiente no qual vive e transforma. O tempo atual é o tempo de rever velhos pressupostos esquecidos e que podem auxiliar no constante e necessário processo de transformação social. Neste contexto o “velho/novo” pressuposto da fraternidade deve ser resgatado como ponto central da vida em sociedade.

A ênfase aos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos democráticos é realidade inarredável. Vislumbra-se, com clareza, a evolução da teoria dos direitos fundamentais, apesar de persistir grande anseio da sociedade em torno da proteção e promoção de direitos formalmente positivados no texto constitucional, mas ainda carentes de efetivação. No caso específico da fraternidade, observa-se que é vista como uma obrigação moral e não uma forma de direito, embora apareça textualmente em várias Constituições modernas.

Apesar do farto estudo em torno dos direitos fundamentais, explorando teoria e prática, parece correto afirmar que ainda não houve uma ruptura com a matriz liberal em que tais direitos foram alicerçados, este fato justifica porque a fraternidade ficou esquecida ou, propositalmente, deixada de lado, pois fraternidade implica em ver o “outro” como outro “eu” livre de qualquer obrigação moral ou religiosa, mas relacionada diretamente com a vida em sociedade, em que não basta ser solidário com o outro é preciso conviver a aprender com a diferença do “outro” em relação ao “eu”, por isso fraternidade reabre o “jogo” direito/dever.

(<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/181>)

No Brasil, há que se ressaltar, ainda, as obras *Teoria da Constituição e O humanismo como categoria constitucional* do ministro aposentado Carlos Ayres Britto (2007); os estudos do brilhante Procurador de Justiça Carlos Augusto Alcântara Machado (2017), bem como a coletânea de artigos intitulada *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*, organizada por Olga Maria B. Aguiar de Oliveira e Josiane Rose Petry Veronese, professoras da prestigiada Universidade Federal de Santa Catarina (2011).

Ademais, *essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a progressão da pena) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna”*(HC n. 94163, Relator Min.CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF,

julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). No mesmo diapasão: AgRg no HC 532.787/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019).

Na hipótese vertente, a certidão de nascimento do filho da paciente, colacionada aos autos, comprova que a acusada é realmente mãe de JIAN CERCENA GACIETTI, nascido em 16/10/2015, possuindo este, portanto, menos de cinco (cinco) anos de idade (e-STJ fl. 394).

Sucedee que a decisão do Tribunal *a quo* deixou de realizar o necessário e indispensável exame acerca da conduta e da personalidade da paciente e, sobretudo, a conveniência de atendimento ao interesse maior do filho menor de 5 anos de idade.

De fato, no caso, além de se presumir a necessidade dos cuidados maternos em relação à referida criança, ainda que, supostamente, apenas no aspecto afetivo, haja vista que o menor está sendo devidamente acompanhado pelos avós, não se deve ignorar que a paciente é primária e não há indicativo de que esteja associada com organizações criminosas, sendo certo, ademais, que o crime em questão não revela violência ou grave ameaça, circunstâncias essas que, em conjunto, ensejam, por ora, a atenuação da situação prisional da acusada.

Demonstrado, portanto, os pressupostos autorizadores da progressão especial de regime, elencados no inciso V, § 3º, artigo 112, da Lei n. 13.769/2018, vislumbra-se a possibilidade de atuação de ofício deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem de ofício** para cassar o acórdão proferido pela Corte de origem, e, em consequência, determinar ao Juízo das Execuções Criminais que retifique os cálculos da pena da paciente, a fim de aplicar o lapso temporal diferenciado de 1/8 (um oitavo) para fins de progressão de regime, no que tange ao crime comum praticado.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 06 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator