

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**Pós-Graduação Lato Senso em Direito Constitucional**

**O ESTRANGEIRO SUBMETIDO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E A  
PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA**

**Yanko Oliveira Carvalho Bruno**

**Orientadora: PROFA. MS. MÔNICA DE MELO**

**São Paulo**

**2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**Pós-Graduação Lato Senso em Direito Constitucional**

**O ESTRANGEIRO SUBMETIDO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA  
E A PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA**

**Yanko Oliveira Carvalho Bruno**

**Monografia apresentada à Pontifícia  
Universidade Católica como requisito parcial à  
obtenção do título de Especialista (lato senso)  
em Direito Constitucional.**

**Orientadora: PROFA. MS. MÔNICA DE MELO**

**São Paulo**

**2013**

## SUMÁRIO

RESUMO.....	p. 04
INTRODUÇÃO.....	p. 05
I- O ESTRANGEIRO NO TERRITÓRIO NACIONAL E A EXECUÇÃO PENAL .....	p. 06
II- SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO: REPATRIAÇÃO, DEPORTAÇÃO, EXTRADIÇÃO E EXPULSÃO; TRANSFERÊNCIA DE CONDENADOS ESTRANGEIROS.....	p. 07
III- FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA O INDEFERIMENTO DE PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA AOS ESTRANGEIROS.....	p. 11
IV- O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O ESTRANGEIRO SUJEITO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	p. 15
V- A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O ESTRANGEIRO.....	p. 16
VI- A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E A PROGRESSÃO DO REGIME DO CUMPRIMENTO DE PENA DO ESTRANGEIRO.....	p. 25
VII- CONCLUSÃO.....	p. 31
BIBLIOGRAFIA.....	p. 32

## RESUMO

Várias decisões judiciais têm indeferido ao estrangeiro que cumpre pena no Brasil a progressão de regime, prevista na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984). No entanto, tais decisões não atendem os princípios constitucionais da igualdade e da individualização da pena, bem como o princípio ou regra da proporcionalidade.

## INTRODUÇÃO

O Brasil, por tradição, é um país que recebe imigrantes. Desde a ocupação do território pelos portugueses, diversos movimentos migratórios tiveram o Brasil como destino. Sobretudo europeus, orientais e, mais recentemente, vizinhos sul-americanos desembarcam em nosso País, buscando, sobretudo, oportunidades de trabalho.

Dessa forma, a entrada e permanência de estrangeiros no País, desde a colonização, é um fato a exigir a regulamentação do direito.

Porém, nos últimos tempos, diante da globalização, da intensificação das viagens internacionais e do fenômeno do comércio internacional de drogas ilícitas, tendo a América do Sul como uma das principais produtoras, não é rara a prisão e condenação de estrangeiros, que acabam por cumprir pena em território nacional.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), atualmente há mais de três mil presos estrangeiros no Brasil<sup>1</sup>.

Muitas dessas pessoas não têm qualquer vínculo familiar no Brasil. E ao se verem condenadas, são privadas não só da liberdade, mas, além disso, de direitos que são reconhecidos a brasileiros que também cumprem penas, tais como progressão de regime e saídas temporárias.

De acordo com o próprio Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, “se cumprir pena no próprio país já é difícil, imagina em outro país. É uma sobrepena”<sup>2</sup>.

Diante desse quadro, o presente trabalho busca um posicionamento crítico sobre a forma com que muitos estrangeiros são submetidos à execução penal brasileira, especialmente sobre as decisões judiciais de indeferimento de progressão de regime.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-26/ministerio-justica-cnj-organizam-cadastro-presos-estrangeiros>. Acesso em 25 jul. 2013.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

## I- O ESTRANGEIRO NO TERRITÓRIO NACIONAL E A EXECUÇÃO PENAL

Sendo o Brasil um país que historicamente recebe imigrantes, nossa Constituição não poderia deixar de prever a entrada do estrangeiro em território nacional.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o “art. 5º, XV, abre as portas do País a qualquer pessoa e a seus bens, em tempo de paz, permitindo que aqui entre, permaneça ou daqui saia, respeitando os preceitos da lei”<sup>3</sup>.

Porém, excepcionalmente, pode ser o estrangeiro forçado a deixar o Brasil. Pois, ainda segundo o mesmo constitucionalista, “deve o governo defender-se contra o estrangeiro nocivo, expulsando-o, se preciso, do território nacional”<sup>4</sup>.

No entanto, pontua o doutrinador citado que muito já se discutiu a esse respeito, sendo que “as Constituições de 1824 e 1891 não se referiam à expulsão, de modo que não faltaram juristas para sustentar que essa omissão significava proibição. A revisão constitucional de 1926 esclareceu a questão, prevendo expressamente a expulsão do estrangeiro e regulando a hipótese de seu cabimento, no que foi seguida pelas leis fundamentais posteriores”<sup>5</sup>.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio permite, como regra, em tempo de paz, o livre ingresso, permanência e saída do estrangeiro no território nacional e, excepcionalmente, prevê sua saída compulsória.

Nesse passo, cabe verificar a que regime jurídico se submete o estrangeiro, enquanto permanece no Brasil. E, para o objetivo deste trabalho, a que regime jurídico se submete o estrangeiro que cumpre pena no Brasil.

---

<sup>3</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 33ª edição, p. 112.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p. 112.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, pp. 112 e 113.

O artigo 22, inc. XV, da Constituição da República dispõe competir privativamente à União legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.

Por seu turno, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980) define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, regulamentando diversos aspectos cíveis e administrativos da sua entrada, permanência e saída do território nacional. No entanto, não regulamenta o cumprimento de pena.

A execução penal no Brasil é regulamentada pela Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que, por sua vez, em nenhum momento faz distinção entre brasileiros e estrangeiros.

Diante da omissão legislativa cabe verificar se a Lei de Execução Penal se aplica de maneira uniforme a brasileiros e estrangeiros.

Ao analisar o tema, recorrentes decisões judiciais indeferem a progressão de regime aos estrangeiros submetidos à execução penal brasileira, conforme será exposto mais adiante.

No entanto, antes de abordarmos tais decisões de indeferimento, como muitas delas se fundamentam na existência de procedimento de expulsão em andamento, passaremos a discorrer sobre as formas de saída compulsória do estrangeiro do Brasil, dentre elas a expulsão.

## **II- SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO: REPATRIAÇÃO, DEPORTAÇÃO, EXTRADIÇÃO E EXPULSÃO; TRANSFERÊNCIA DE CONDENADOS ESTRANGEIROS<sup>6</sup>.**

A repatriação, a deportação, a extradição e a expulsão são medidas compulsórias que podem ser empregadas, em casos excepcionais, aos estrangeiros

---

<sup>6</sup> Definições e tratados pesquisados no portal eletrônico do Ministério da Justiça: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ33FCEB63PTBRNN.htm>>, em 25 jul. 2013.

que tentam ingressar, ingressam ou permanecem irregularmente no território nacional. Estrangeiros que venham a cumprir pena no Brasil também podem ser transferidos para o país de origem.

Passaremos a definir cada um desses institutos, principalmente pela repercussão que a expulsão pode ter na execução penal, de modo que esta modalidade não seja confundida com as outras formas de saída compulsória do território nacional.

Assim, começamos pela repatriação, que é a forma pela qual o clandestino (estrangeiro indocumentado ou que não possui visto para ingressar no País, ou, ainda, aquele que apresenta visto divergente da finalidade para a qual veio ao Brasil) é impedido de ingressar em território nacional pela fiscalização fronteiriça e aeroportuária brasileira. A repatriação ocorre a expensas da transportadora ou da pessoa responsável pelo transporte do estrangeiro para o Brasil. Portanto, não guarda relação com a execução penal.

Por seu turno, a deportação é a medida compulsória tomada pelo governo brasileiro contra o estrangeiro que venha a ingressar ou permanecer de forma irregular no território nacional. É de providência imediata do Departamento de Polícia Federal e consiste na retirada do estrangeiro que desatender à notificação prévia de deixar o País. Não impede o retorno do estrangeiro ao território nacional, desde que o Tesouro Nacional seja ressarcido das despesas efetuadas com a medida, satisfeito, ainda, o recolhimento de eventual multa imposta. Também não é medida decorrente de execução penal.

Por sua vez, a extradição é um ato de cooperação internacional, que consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou condenada por um ou mais crimes, ao país que a reclama. Pode ser ativa, quando o Governo brasileiro requer a extradição de um foragido da justiça brasileira a outro país, ou passiva, quando um determinado país solicita a extradição de um indivíduo foragido que se encontra em território brasileiro. O pedido não se limita aos países com os quais o Brasil possui Tratado. Ele poderá ser requerido por qualquer país e para qualquer país. Quando não houver Tratado, o pedido será instruído com os documentos previstos no Estatuto do Estrangeiro e deverá ter como premissa a promessa de reciprocidade de tratamento

para casos análogos. Atualmente, o Brasil possui Tratados de Extradução em vigor celebrados com vinte e um países, além do Acordo celebrado entre os Estados-Partes do MERCOSUL.

Finalmente, a expulsão é a retirada compulsória de um estrangeiro do território nacional, motivada pela prática de um crime que tenha cometido no Brasil, ou por conduta incompatível com os interesses nacionais. Uma vez expulso, o estrangeiro está impedido de retornar ao nosso país, exceto se revogada a portaria que determinou a medida. Em regra, ocorre quando um estrangeiro comete um crime no Brasil e é condenado por sentença transitada em julgado.

Diz o Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815/80, com redação dada pela Lei n.º 6.964/81, em seus artigos 65 e 71:

“Art. 65 – É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.”

.....” omissis “ .....

“Art. 71 – Nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.”

O Juiz que condena o estrangeiro, a Polícia Federal ou o Ministério Público informam ao Ministério da Justiça que o estrangeiro cometeu um crime e é autuado o respectivo processo administrativo para fins de expulsão.

Convém, contudo, ressaltar o que preceitua o próprio Estatuto do Estrangeiro no seu artigo 75, inciso II, alínea “b” e o § 1º:

“Art. 75 – Não se procederá a expulsão:

I - .....

II – quando o estrangeiro tiver:

a) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado a mais de 5 anos; ou

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º - Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro superveniente ao fato que a motivar.

A Portaria expulsória é condicionada, via de regra, ao cumprimento total da pena ou à liberação do estrangeiro pelo Poder Judiciário. Para a expulsão ser efetivada, o estrangeiro tem que cumprir a pena ou ser beneficiado com o livramento condicional da pena e ser liberado pelo Juiz da Vara de Execuções Criminais.

O estrangeiro, uma vez expulso, não pode mais voltar ao Brasil, sob pena de incorrer no crime previsto no artigo 338 do Código Penal. Quando o estrangeiro assina o termo de expulsão, toma ciência da existência desse embasamento legal.

Sem embargo, existe ainda a possibilidade de transferência de pessoas condenadas para cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais em seus países de origem.

A transferência tem cunho essencialmente humanitário, diante da proximidade da família e de seu ambiente social e cultural. Tal proximidade se constitui em importante apoio psicológico e emocional facilitando a reabilitação após o cumprimento da pena. Possibilita solucionar as dificuldades inerentes ao estrangeiro, no que pertine à execução da pena, evitando assim, as indesejáveis discriminações ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Porém, somente poderá ser efetivada a transferência quando houver Tratado celebrado.

Não há previsão no ordenamento jurídico pátrio da transferência de estrangeiros condenados para os seus respectivos países. Ela ocorre por meio de acordos bilaterais ou multilaterais, sendo que atualmente, há Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas com Argentina, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.

Ainda tramitam no Congresso Nacional Projetos de Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas com Portugal, Peru e a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior. O Brasil tem negociado, ainda pendentes de aprovação legislativa ou assinatura, tratados com a Alemanha, entre os Estados Parte do Mercosul, e a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa-CPLP.

Importante observar que, com a transferência ocorre concomitantemente a expulsão.

Portanto, como regra, em relação ao estrangeiro condenado no Brasil, será submetido à expulsão ou à transferência (concomitante com a expulsão). Mas, enquanto tais medidas não ocorrem, permanecerá cumprindo pena no Brasil, submetido ao ordenamento jurídico nacional. Enquanto isso deverá cumprir pena em regime diverso, apenas em função da sua origem nacional?

Como já mencionado, várias decisões judiciais indeferem benefícios previstos na Lei de Execução Penal aos estrangeiros que cumprem pena no Brasil. Feita a distinção entre as medidas compulsórias de saída do território nacional, com o especial fim de compreender a expulsão, que costuma servir de fundamentação a tais decisões, passaremos a expor os principais argumentos dessa corrente de pensamento, que diferencia as pessoas submetidas à execução penal, conforme sejam brasileiros ou estrangeiros.

### **III- FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA O INDEFERIMENTO DE PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA AOS ESTRANGEIROS**

Frequentemente os juízes de execução penal recebem pedidos de progressão de regime de estrangeiros, que cumpriram parcialmente a pena e ostentam bom comportamento carcerário.

No entanto, não são poucas as decisões, inclusive em sede recursal, que indeferem a progressão ao estrangeiro.

Basicamente tais decisões se fundamentam em aspectos circunstanciais da estadia do estrangeiro no Brasil, tais como: inexistência de residência fixa no País, impossibilidade de exercer trabalho regulamentar, existência de procedimento expulsório em andamento, expulsão já decretada e possibilidade de fuga.

O autor Maurício Kuehne, em sua obra intitulada “Lei de Execução Penal Anotada <sup>7</sup>”, destaca alguns julgados nesse sentido:

*“PENA. Regime prisional aberto. Benefício negado. Admissibilidade. Sentenciado estrangeiro com expulsão do País já decretada. Concessão que colocaria em risco a execução de tal decreto e o próprio resgate do restante da pena.*

*É inadmissível a progressão para o regime prisional aberto de sentenciado estrangeiro com expulsão do País já decretada.*

*A concessão de tal benefício colocaria em risco a execução de tal decreto e o próprio resgate do restante da pena” (Ag. 56.872-3 - 3ª C. – TJSP – j. em 28.03.1988 – Rel. Des. Diwaldo Sampaio)”.*

*“CRIMINAL. Pena Regime de cumprimento.*

*Estando o alienígena em situação irregular no País, de acordo com a Lei 6.815/80, obstada está a concessão do regime aberto por falta de preenchimento de um dos seus requisitos, já que consoante o disposto no art. 93 da supracitada Lei, o estrangeiro com visto de turista está impedido de exercer atividade remunerada (DJU 10.6.1988)”.*

*“ESTRANGEIRO. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. INDEFERIMENTO. Entendeu a 1ª T. do TRF que os “benefícios relativos à execução da pena privativa de liberdade dependem, no caso de estrangeiro, da situação em que o mesmo se encontra no País... se for força dessa situação, não pode exercer atividade laboral remunerada, fora do estabelecimento carcerário, requisito essencial*

---

<sup>7</sup> Maurício Kuehne, *Lei de Execução Penal Anotada*, 9ª edição revista e atualizada, pp. 644-649.

*para o cumprimento da pena da pena em regime aberto, correto o indeferimento da progressão” (1ª T. do TFR, HC 7.206/SP – Rel. Min. Costa Leite – j. em 14.06.1988, unânime – DJU 21.11.1988, p. 30.227)”.*

*“PROGRESSÃO DE REGIME. ESTRANGEIRO JÁ EXPULSO DO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO CORRETO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.*

*1. Recurso de Agravo. 2. Regime Penitenciário – Progressão. 3. Estrangeiro – Expulsão. 4. Impossibilidade. (RA 24/89 TJPR – 1ª CCrim. – j. em 30.11.1989)”.*

*“TRÁFICO DE COCAÍNA.*

*Estrangeiro. Criminal. Execução da Pena. Ré condenada, por tráfico de cocaína, a quatro anos e meio de reclusão, cumprida inicialmente em regime semi-aberto, sendo de nacionalidade chilena, encontrando-se em situação irregular no País, não lhe sendo permitido trabalhar, não faz jus aos benefícios requeridos – Agravo improvido. (TRF da 2ª Região – Rio de Janeiro – Agr. em Execução 90.02.23913-0/RJ – Relª. Juíza Tânia Heine – DJU, seção II, de 15.01.1991, p. 407).”*

*“PENAL. PROCESSUAL. ESTRANGEIRO EXPULSO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE PROGRESSÃO. HABEAS CORPUS. RECURSO.*

*- Embora a Constituição Federal, art. 5º, caput, assegure a igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a progressão do regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crime praticado no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. HC 88.135/2 – Rel. Min. Paulo Brossard – j. em 20.08.1991).*

*- Recurso Prejudicado. RHC 1.276/PR – DJU 09.09.1991, p. 12.212.”*

*“HABEAS CORPUS. Estrangeiro condenado. Expulsão Decretada. Progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de se desnaturar a*

*sua finalidade. Habeas corpus conhecido mas indeferido. Decisão: votação: unânime. Resultado: indeferido. (HC 68.135 – STF – 2ª T. Rel. Min. Paulo Brossard – RTJ 139-02/527)."*

*“RECURSO DE AGRAVO. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. DECRETO DE EXPULSÃO DO PAÍS. CAUSA IMPEDITIVA Á CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.*

*Em se tratando de estrangeiro com expulsão do país já decretada, sem prejuízo das penas a que estiver sujeito, mesmo tendo cumprido um lapso temporal necessário, com comportamento carcerário satisfatório e exame criminológico favorável, não faz jus à progressão ao regime semi-aberto, isto porque, tal benesse viria favorecê-lo à evasão, e por conseqüência, frustrar a execução do decreto expulsório (Recurso de Agravo 51.014-3-TAPR – Acórdão 1.979 – 1ª CCrim, em 27.08.1992)."*

*“EXECUÇÃO DE PENA. Progressão para o regime aberto . Pedido formulado por estrangeiro já expulso do país. Inadmissibilidade. CP, art. 33; Lei 7.210/84 (LEP), art. 112. (Cita precedentes). (TAPR) – Rec. de Ag. 55.348-0 – j. em 09.02.1993 – Paraná Judiciário, 041/249)."*

*“HABEAS CORPUS.*

*Hipótese em que a postulação substitui o recurso ordinário. Estrangeiro condenado e cumprindo pena em regime fechado. Progressão ao regime semi-aberto. Impossível a concessão do benefício reclamado, sem tornar vulnerável a expulsão, já decretada, logo após o cumprimento de pena” (HC 1.875-7 – 6ª T. – STJ – Rel. Min. José Cândido – DJU 20.06.1994, p. 16.123)."*

*“PENA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO DECRETADA.*

*A jurisprudência do STF e desta Corte é no sentido de ser a progressão ao regime semi-aberto incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão esteja aguardando o término da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil. Reservas feitas pelo Ministro-relator quanto a esse entendimento, tendo em vista 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, visto que o regime semi-aberto é, na verdade, regime “semi-fechado”, cumprido em penitenciária agrícola, industrial ou estabelecimento similar (CP, art. 35, § 1º), oferecendo garantias contra fugas, permitindo, pois, a execução da ordem de expulsão.*

*Hipótese, porém, em que não se dispõe de elementos nos autos para a decisão quanto ao mérito do pedido, que dependeria de exame de prova, incabível na via sumaríssima do writ. Habeas corpus indeferido (STJ – HC 3.596 – Rel. Min. Assis Toledo – j. em 04.10.1995 – DJU de 26.02.1996).”*

*“Progressão para o regime aberto. Impossibilidade em se tratando de estrangeiro com permanência irregular. Ao estrangeiro preso por tráfico de entorpecentes, que não tem domicílio no País, ainda que atenda os requisitos do art. 112 da Lei 7.210/84, não se defere o cumprimento da última fase da pena privativa da liberdade em regime aberto, já que não pode exercer atividade remunerada...” (TRF 2ª Região – 1ª T. – Rel. Juiz Clelio Erthal, 30.05.1989).”*

No entanto, em que pese a jurisprudência acima transcrita, conforme passaremos a discorrer, referidas decisões são passíveis de questionamentos à luz da Constituição vigente, especialmente diante do princípio da igualdade, do princípio da individualização da pena e do princípio (ou regra) da proporcionalidade.

#### **IV- O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O ESTRANGEIRO SUJEITO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA**

O princípio da igualdade está expresso no *caput* do art. 5º, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro

nato e brasileiros naturalizados, tem de ser, expressa ou implicitamente, prevista na Constituição. Caso contrário, a inconstitucionalidade, a vicia inapelavelmente”<sup>8</sup>.

De acordo com José Afonso da Silva, “O princípio fundamental é o de que os estrangeiros, residentes no País, gozem dos mesmos direitos e tenham os mesmos deveres dos brasileiros”<sup>9</sup>.

Sendo a igualdade direito fundamental, previsto no art. 5º da Lei Maior, e a Constituição, antes de tudo, instrumento de proteção contra abusos e arbitrariedades, que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, toda interpretação desse direito fundamental deve ser extensiva e nunca restritiva.

Assim, por estrangeiro residente no País deve se entender todo aquele que, de alguma forma, se sujeita à soberania nacional, inclusive o que é obrigado a cumprir pena no Brasil.

Desta feita, o conceito de estrangeiro residente deve ser entendido como o que abrange todo aquele que está submetido à soberania nacional, mesmo que apenas de passagem pelo território brasileiro.

Portanto, a regra da igualdade preceitua que todo ser humano submetido à ordem jurídica nacional seja tratado da mesma forma, seja brasileiro ou estrangeiro, a não ser que a própria constituição da República preveja alguma exceção.

## **V- A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O ESTRANGEIRO**

Em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e da legalidade, o art. 112 da LEP prevê que a pena privativa de liberdade seja executada de forma progressiva, com a transferência

---

<sup>8</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso...*, ob. cit., p. 284.

<sup>9</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29ª edição, p. 335.

para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, diante do cumprimento de parte da reprimenda (requisito objetivo) e do bom comportamento carcerário do preso (requisito subjetivo).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “A *individualização da pena* tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”.<sup>10</sup>

No entanto, conforme exposto em capítulo anterior, invariavelmente, a progressão de regime tem sido indeferida aos estrangeiros, de forma “automática”: “o estrangeiro, seja porque não tem residência fixa no Brasil, seja porque vai ser expulso, seja porque não tem visto para trabalhar, ou seja porque pode fugir, não pode progredir de regime”. São decisões padrão, que se abstêm de analisar o caso de cada estrangeiro individualmente considerado.

Porém, há que se indagar se tal forma de discriminação encontra amparo constitucional.

Como já mencionado, em decorrência do princípio da igualdade, brasileiros e estrangeiros residentes no País são iguais perante a lei, de modo que somente a própria Constituição poderia estabelecer distinções de tratamento.

Sem embargo, parece não ser compatível com a proteção aos direitos humanos (art. 4º, II), que o estrangeiro, em virtude de sua origem, cumpra a pena integralmente em regime fechado.

Provocado a se manifestar sobre a previsão da antiga norma do art. 2º, § 2º, da Lei 8072/1990, que vedava expressamente a progressão na hipótese de condenação por crime hediondo ou equiparado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo.

---

<sup>10</sup> Guilherme de Souza Nucci, *Individualização da Pena*, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, p. 38.

Portanto, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre a inconstitucionalidade do regime integral fechado, editando, inclusive, a súmula vinculante n.º 26, o mesmo raciocínio pode ser aplicado à progressão de regime de cumprimento de pena do estrangeiro, que preencheu os requisitos objetivo e subjetivo necessários.

Não obstante, de acordo com o que já foi explanado, um sem número de decisões indefere a progressão aos estrangeiros, fundamentadas em supostos obstáculos circunstanciais, especialmente no que se refere à menor vigilância nos regimes mais brandos, que facilitaria a fuga e, portanto, a frustração da própria execução e do cumprimento do decreto de expulsão, à ausência de residência fixa, à impossibilidade de trabalho e à expulsão em andamento ou já decretada.

Os princípios da igualdade e da individualização da pena já seriam suficientes para demonstrar a inconstitucionalidade de decisões que não permitem a progressão de regime aos estrangeiros.

No entanto, mesmo os supostos obstáculos que fundamentam as decisões de indeferimento são contornáveis, como se passa a demonstrar.

No que se refere à fuga, ela é tão possível ou impossível para os estrangeiros como é para os brasileiros, que se encontram em regime semiaberto ou aberto. A mesma dificuldade que o estrangeiro encontrará para deixar o território nacional enquanto cumpre pena, o brasileiro também encontrará. Pois, ambos não estarão suficientemente documentados para atravessar as fronteiras aéreas, marítimas ou terrestres. Portanto, a distinção não se mostra válida, uma vez que a vigilância é idêntica tanto para o nacional como para o estrangeiro. Ademais, não se mostra compatível com o princípio da presunção de inocência, afirmar, de forma prévia, que alguém fugirá (e, portanto, cometerá falta grave), se estiver em regime de cumprimento de pena mais brando. Sobretudo, depois de ter demonstrado bom comportamento carcerário no regime fechado.

Sobre a residência fixa, sendo a progressão do regime fechado para o regime semiaberto, não haveria nem mesmo que se cogitar tal empecilho. Pois, “no regime intermediário, o domicílio é fixado na colônia agrícola, industrial ou em

estabelecimento similar, tendo o trabalho interno como regra, independentemente de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa.”<sup>11</sup>

Mesmo na progressão para o regime aberto, o domicílio deveria ser fixado em casa do albergado. Não parece lógico que o Estado, omissivo na construção de tais estabelecimentos, vede a progressão ao estrangeiro, sem que lhe dê a oportunidade de fixar residência no meio aberto, enquanto cumpre o restante de sua pena no País. Seu domicílio pode ser fixado, inclusive, em residência de amigos, compatriotas, albergues públicos ou em instituições filantrópicas, ou, ainda, em organizações religiosas ou não governamentais, que mantenham habitação destinada a pessoas em tal situação.

Sobre a ocupação lícita, se argumenta que, como o estrangeiro em situação irregular não tem visto para trabalhar no Brasil, não será possível se empregar no mercado formal, com registro e carteira de trabalho assinada. No entanto, as decisões de indeferimento parecem se deslembrar que grande parte da população brasileira, egressa ou não, labora lícitamente no mercado informal de trabalho, sem registro nem carteira assinada. O que deve ser exigido é a aptidão ao trabalho, para prover ao próprio sustento. Aptidão esta invariavelmente já demonstrada no exercício de labor interno no próprio estabelecimento prisional. Mesmo o brasileiro, quando egresso, muitas vezes, devido às circunstâncias do mercado, não dispõe de portas imediatamente abertas para o trabalho, sendo necessário certo tempo para que consiga se inserir. Ao estrangeiro se abriria a mesma possibilidade.

Por fim, no que se refere ao curso do procedimento de expulsão ou à expulsão já decretada, é importante destacar que cabe ao Poder Executivo efetivar a expulsão. Se ainda não o fez é porque ainda é oportuno e conveniente que o estrangeiro cumpra a pena no Brasil. E a pena no Brasil é progressiva, com vistas à ressocialização. Enquanto está no regime semiaberto ou aberto, o estrangeiro ainda está cumprindo pena. Motivo pelo qual parece não se sustentar a incompatibilidade.

Em sentido inverso aos julgamentos de indeferimento da progressão de regime, a 2ª Turma do STF, em 04/8/2009, deferiu *habeas corpus*, reconhecendo a

---

<sup>11</sup> HC 129.994-SP- Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. em 15.9.2009. Informativo STJ 407.

possibilidade de ser concedida ao estrangeiro a progressão de regime, justamente eliminando os obstáculos comumente aventados pela jurisprudência, conforme notícia veiculada no Informativo STF n.º 554, a seguir transcrita<sup>12</sup>:

“Progressão de Regime: Paciente Estrangeiro e Expulsão em Trâmite – 2. Em conclusão de julgamento, a Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para afastar a vedação de progressão de regime de cumprimento de pena a condenada estrangeira que responde a processo de expulsão. No caso, em virtude da condenação da paciente — nacional boliviana — pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2007, art. 33 c/c o art. 40, I e III), fora instaurado, pelo Ministério da Justiça, inquérito para fins de expulsão (Lei 6.815/1980, artigos 68, parágrafo único, e 71). A impetração reiterava o pleito de progressão de regime ao argumento de que a manutenção da custódia da paciente em regime fechado ofenderia o princípio da razoabilidade e o art. 5º da CF — v. Informativo 541. Observou-se, inicialmente, que a questão estaria em saber se seria, ou não, admissível a progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no país e que tal indagação remeteria logo ao disposto no art. 5º, caput, da CF (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”). Ressaltou-se que, em princípio, pareceria que a norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país, porém, numa análise mais detida, esta não seria a leitura mais adequada, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comportaria exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreenderia que, sem razão perceptível, o Estado deixasse de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas as quais, embora estrangeiras e sem domicílio no país, se encontrariam sobre o império de sua soberania. Registrou-se que, superada essa objeção, ficaria por perquirir se a hipótese apresentaria alguma outra causa legitimante da quebra de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros quanto ao estatuto normativo da execução da pena, designadamente se haveria

---

<sup>12</sup> HC 97.147-MT - Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Red. acórdão Min. Cezar Peluso – Informativo STF n.º 554.

motivos idôneos para a vedação geral de progressão de regime a estrangeiros. No ponto, considerou-se pertinente a discussão travada sobre a possibilidade de progressão de regime no caso de crimes hediondos, e em cujo julgamento se concluíra pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (HC 82959/SP, DJU de 1º.9.2006). Concluiu-se não ser lícito cogitar de proibição genérica de progressão de regime a nenhuma pessoa pelo só fato de ser estrangeira, em particular à vista da cláusula constitucional que impõe a individualização da pena.

Progressão de Regime: Paciente Estrangeiro e Expulsão em Trâmite – 3. Em seguida, passou-se à análise destes fatores específicos que vedariam a progressão: a) impossibilidade de residência fixa; b) impossibilidade de obter ocupação lícita; c) pendência de procedimento de expulsão. No tocante à necessidade de residência fixa, aduziu-se que não haveria por onde inferir, necessariamente, dessa condição circunstancial, que a paciente não pudesse providenciar residência para se estabelecer até o fim do cumprimento da pena, durante cujo período seria contra os princípios não lhe garantir tal oportunidade. Ademais, a Lei de Execução Penal - LEP estatui no art. 95 que “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado”. No que diz respeito à necessidade de ocupação lícita, sustentou-se ser mister estimar de maneira objetiva se estaria presente, ou não, eventual impedimento à progressão. Frisou-se que o art. 114, I, da LEP estabelece que somente ingressará no regime aberto o condenado que “estiver trabalhando ou comprovar possibilidade de fazê-lo imediatamente” e que — ainda que o texto possa sugerir que seria obrigatória a condição de trabalho — não se exauriria aí o alcance da norma. Com relação à sua primeira cláusula — a de que o condenado esteja trabalhando — consignou-se que não se aplicaria à situação, até porque a lei fora idealizada como um sistema, em que ao regime semi-aberto deve seguir-se o regime aberto. No caso, salientou-se que, tendo em vista as deficiências do próprio Estado, se estaria a cogitar de progressão direta do regime fechado ao aberto, donde seria impertinente toda a referência à condição de a condenada já estar trabalhando. Entendeu-se que a mesma consequência tirar-se-ia, *mutatis mutandis*, à segunda locução, concernente à exigência de se comprovar a possibilidade imediata de trabalhar, dado que, estando a condenada encarcerada, sobretudo quando estrangeira, não manteria contato com o mundo exterior que lhe

permitisse obter propostas imediatas de emprego. Acrescentou-se que, nos termos do art. 115, caput, da LEP, pode o juiz estabelecer outras condições que reputar necessárias, sendo que o mais curial seria fixar o magistrado, conforme lhe faculta a lei, prazos e condições para que, já estando em regime aberto, o condenado demonstre o cumprimento do requisito exigido, sob pena de regressão. Salientou-se que, na espécie, a paciente provara ser apta para o trabalho, pois remira dias em virtude de atividade laborativa no presídio.

Progressão de Regime: Paciente Estrangeiro e Expulsão em Trâmite – 4. Refutou-se, também, a tese de que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho, à luz do art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, invocado pelo juízo de primeiro grau para negar o pedido (“Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que o art. 13, item IV, bem como os dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art. 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.”). Entendeu-se que este dispositivo não traria proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro, haja vista que sua situação não se subsumiria a nenhuma dessas hipóteses normativas, senão apenas pela força inexorável de sentença que é o título que lhe justifica e impõe a permanência no território nacional — e que seria desse mesmo título jurídico que lhe adviria a obrigação de trabalhar como uma das condições de cumprimento da pena. Enfatizou-se não se estar com isso professando que o estrangeiro não deva se submeter às limitações constantes do seu estatuto, senão apenas que a ele, de certo, não se lhe aplica a proibição de obter trabalho remunerado.

Progressão de Regime: Paciente Estrangeiro e Expulsão em Trâmite – 5. Repeliu-se, por fim, o óbice concernente à pendência de procedimento de expulsão. Em primeiro lugar, porque seria do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que — por conveniência do interesse nacional — a expulsão deveria efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (Estatuto do Estrangeiro, art. 67), de modo que, se não o fizera até agora, seria porque reputara adequado que o cumprimento da pena ocorresse integralmente em território nacional — e, julgando assim, não poderia subtrair ao condenado

estrangeiro nenhum de seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Ademais, asseverou-se que, entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime nos termos do art. 112 da LEP, e que, desta forma, a só condição de estrangeiro não lhe retiraria a possibilidade de reinserção na sociedade. Em segundo lugar, salientou-se que o próprio Poder Executivo previra a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico, consoante disposto no Decreto 98.961/90 — que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes (“Art. 4º. 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 providencias para que seja restabelecida a autoridade da sentença transitada em julgado.”). Não obstante sua redação pouco técnica, assinalou-se que da norma resultaria clara a possibilidade de concessão de regime mais benéfico e — se o entender inadmissível ou impróprio — o Ministério da Justiça pode requerer ao *parquet* que lhe restabeleça a regressão, não havendo, pois, proibição teórica, ou a priori. Vencida a Min. Ellen Gracie, que indeferia o writ. Os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa reajustaram seus votos”.

Na mesma linha também já decidiu o STJ (notícia veiculada no Informativo 365):<sup>13</sup>

“Na espécie, o Tribunal *a quo* manteve a decisão do juízo das execuções no sentido de ser incabível a concessão de progressão de regime ou livramento condicional a estrangeiros em situação irregular no país. Observa a Min. Relatora que, apesar de a jurisprudência deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal orientar-se pela impossibilidade de conceder os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional aos estrangeiros que cumprem pena no Brasil, o tema merece reflexões, pois não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional de 1988 (arts. 1º, III; 3º, IV e 4º, II). A despeito de o art. 5º da Constituição não se referir ao estrangeiro não-domiciliado, a dimensão jurídica do caso diz mais com os direitos humanos do que com aqueles

---

<sup>13</sup> HC 103.373/SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. em 26.08.2008. Acórdão Publicado no DJU em 22.09.2008.

tidos como fundamentais e lembra ainda que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos -Pacto de São José da Costa Rica. Afirma que, apesar da jurisprudência diversa, tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais devem ser aplicadas aos estrangeiros. Ademais, essas normas não fazem quaisquer restrições aos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no país. Explica que a expulsão do estrangeiro infrator é uma espécie de sanção penal que não se afastou do terreno penal, condicionando-se, no mais das vezes, ao cumprimento total da pena, mas no caso dos autos, não há decreto de expulsão. Entretanto, a condição de estrangeiro não implica sua permanência em regime fechado, até porque a progressão de regime como o livramento condicional são formas de cumprimento da pena. Pensar o contrário seria discriminação (HC 25.298-PR, DJ 1º/7/2004) e violaria o princípio da individualização da pena. Quanto ao fato apontado na jurisprudência de que o estrangeiro não-domiciliado no Brasil possa evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado, a bem da condição humana digna, devem ser apurados caso a caso os requisitos de merecimento para o desenvolvimento gradual do desconto da pena. Por fim, quanto à proibição formal de o estrangeiro trabalhar, afirma que também não teria o condão de inviabilizar a obtenção dos direitos pleiteados. A hipótese estaria a clamar 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. Lembra ainda a Min. Relatora que, nos termos dos arts. 31 e 41, II, da Lei n. 7.210/1984, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar, uma vez que o labor é condição da dignidade humana, além de ter finalidade educativa e produtiva, visando à readaptação no meio social (LEP, art. 28). Nesse sentido, cita precedente que admite a concessão de benefício ao condenado estrangeiro a despeito da norma prevista no Estatuto do Estrangeiro (REsp 662.567-PA, DJ 26/9/2005). Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem. HC 103.373-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/8/2008”.

## VI- A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E A PROGRESSÃO DO REGIME DO CUMPRIMENTO DE PENA DO ESTRANGEIRO

Depois de verificar, diante dos princípios da igualdade e da individualização da pena, a possibilidade da progressão de regime ao estrangeiro submetido à execução penal no Brasil, passaremos a analisar o tema sob o enfoque da proporcionalidade.

De acordo com Pierre Müller, citado por Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade, em sentido lato, “é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”.<sup>14</sup>

Em sentido estrito, o princípio presume a existência de relação adequada entre um ou vários fins e meios.

Na concepção estrita, se os meios empregados não são aptos para se atingir a finalidade perseguida ou se há evidente desproporção entre os meios e os fins, há violação ao princípio da proporcionalidade.

Assim, o princípio da proporcionalidade, ao verificar a relação entre fins e meios, se presta a controlar excessos.

Um terceiro elemento, *a situação de fato*, foi acrescentado ao princípio da proporcionalidade para corrigir insuficiências da dualidade *fim e meio*.

Numa outra perspectiva, Virgílio Afonso da Silva, adotando a teoria de Robert Alexy, sustenta que a proporcionalidade é uma regra e não um princípio<sup>15</sup>.

De acordo com essa teoria, a regra é a norma sob a qual o fato deve se subsumir, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser relativizados quando colocados em rota de colisão.

---

<sup>14</sup> Pierre Müller, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 97, p. 531, *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 21ª edição, p. 393.

<sup>15</sup> Virgílio Afonso da Silva. *O Proporcional e o Razoável*. In *RT* 798/2002, pp. 23 a 50

A proporcionalidade visa justamente que um determinado princípio a ser empregado para se atingir um determinado direito fundamental (adequação) cause a menor restrição possível na aplicação de outro princípio (necessidade), sem importar em uma desproporcionalidade (*strictu sensu*) entre o fim perseguido e a restrição necessária. A regra da proporcionalidade objetiva, portanto, em última análise, a harmonia entre os princípios.

Dessa forma, não é necessário que a proporcionalidade esteja prevista no ordenamento jurídico para que seja aplicada, mas ela decorre, de forma lógica, do próprio sistema de princípios.

Nesse passo, a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, aplicada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica na restrição de outro ou de outros direitos fundamentais.

O objetivo da regra da proporcionalidade é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome medidas desproporcionais. É uma restrição das restrições. Para alcançar esse objetivo o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda segundo a teoria defendida por Virgílio, as sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se relacionam de forma subsidiária, a serem analisadas nessa ordem.

Desse modo, se o ato não se revela adequado, é desnecessário se avançar ao exame das outras duas sub-regras para se concluir que o ato ofende a proporcionalidade.

Nessa ordem, se, embora determinado ato se revele adequado, mas não se mostre necessário, já pode se afirmar que é desproporcional, antes mesmo de se indagar se seria proporcional em sentido estrito.

Por fim, ainda que um ato seja adequado e necessário, não atenderá a regra da proporcionalidade, caso não haja uma relação de equilíbrio entre o fim almejado e a restrição praticada.

Passaremos a reproduzir a definição de cada uma das sub-regras da proporcionalidade.

Adequado é o meio pelo qual um objetivo pode ser alcançado, ou simplesmente fomentado ou promovido. Portanto, se o ato estatal praticado não é apto a fomentar o objetivo almejado, já se pode concluir que o referido ato não atende à regra da proporcionalidade e que, portanto, não deve ser praticado, sob pena de violar o sistema de princípios.

Na sequência, o ato estatal somente será necessário se a perseguição do objetivo pretendido não for possível por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito implica num sopesamento entre a intensidade da restrição do direito fundamental atingido e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Sobre esta última sub-regra, para que uma medida não passe pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito ela não precisa chegar a aniquilar um direito fundamental ou atingir o núcleo de um direito fundamental. Basta que os motivos que fundamentam a medida restritiva não tenham peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.

Virgílio Afonso da Silva, ao defender a referida teoria, chega a fazer exercícios práticos para demonstrá-la. Para tanto, se utiliza de dois exemplos de atos que tiveram sua constitucionalidade questionada.

O primeiro caso que Virgílio expõe é o do racionamento de energia elétrica. Há alguns anos atrás, não suportando o sistema nacional de energia o consumo existente (fenômeno que ficou conhecido como “apagão”), o governo determinou que os consumidores que ultrapassassem suas médias de consumo tivessem que pagar uma tarifa maior. Segundo o autor, a medida se revelava adequada a fomentar a economia de energia. No entanto, outras formas de economia poderiam ser adotadas, sem que fosse punido o usuário que sempre economizou, apresentando uma baixa média de consumo. Assim, o ato, apesar de adequado ao

fim que se destinava, por não ser necessário, ofenderia a regra da proporcionalidade.

O segundo exemplo se refere à pesagem de botijões de gás no Estado do Paraná. O governo local determinou que, no momento da compra, cada botijão fosse pesado na presença do consumidor. De acordo com o autor, a medida era adequada à proteção do consumidor, para que não pagasse o preço do botijão cheio por um botijão que não estava completo de gás. Sustentou, ainda, que, nesse caso, a medida também era necessária, pois, não haveria outra forma tão eficaz de proteger o direito do consumidor, nem mesmo pela fiscalização por amostragem. Por fim, concluiu não haver desproporcionalidade em sentido estrito, uma vez que uma pequena interferência na livre iniciativa seria justificada pela ampla proteção ao consumidor.

Como visto, a teoria defendida por Virgílio Afonso da Silva se revela de grande praticidade e utilidade, podendo ser utilizada não somente em relações de consumo, como exemplificou, mas em todas as vezes em que princípios constitucionais se colocarem em rota de colisão, importando numa restrição à direito fundamental, de modo a verificar se um determinado ato, medida ou prática atende à proporcionalidade.

Assim, vamos utilizar essa teoria para verificar se as decisões de indeferimento à progressão de regime de cumprimento de pena aos estrangeiros estão de acordo com a regra da proporcionalidade. Pois, sem dúvida, um direito fundamental está sendo atingido (a liberdade individual), sob o pretexto de se realizar outro direito fundamental (a segurança pública).

Para tanto, como preconiza a teoria, vamos passar a vedação da progressão aos estrangeiros pelos filtros da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo, em primeiro lugar, devemos saber qual é o fim que a execução penal deve fomentar.

A resposta está expressa logo no art. 1º da LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Portanto, são dois os objetivos perseguidos concomitantemente pela execução penal:

- 1- A efetivação das disposições da sentença ou decisão criminal;
- 2- A harmônica integração social do condenado e do internado.

Assim, ao analisarmos a proporcionalidade da vedação à progressão de regime aos estrangeiros, num primeiro passo, cabe verificar a *adequação* entre o meio escolhido e os objetivos perseguidos.

Os juízes e tribunais que indeferem a progressão e as saídas para os estrangeiros fundamentam suas decisões basicamente na possibilidade de fuga, na ausência de residência fixa, impossibilidade de trabalho regular e existência de procedimento de expulsão em curso ou expulsão já decretada.

No entanto, ao escolherem o meio do indeferimento à progressão de regime, fazem com que essa espécie de execução penal não seja adequada a fomentar a harmônica integração social do condenado. Pois, o sistema progressivo da pena ao condenado que ostenta bom comportamento carcerário visa justamente fomentar a harmônica reintegração social.

Com efeito, o sistema progressivo tem sua origem no século XIX, na prisão da ilha de Norfolk, na Austrália, sob a administração do capitão Maconoiche, que percebeu que, através da divisão da pena em etapas, avançando do isolamento mais rigoroso para a liberdade gradativa, de acordo com o comportamento do apenado e o seu rendimento no trabalho, a ilha passou de um “inferno” à uma “comunidade disciplinada e regulamentada”.<sup>16</sup>

Como leciona Júlio Fabbrini Mirabete, “tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico,

---

<sup>16</sup> Irene Batista Muakad, *Pena Privativa de Liberdade*. Ed. Atlas, 1996, São Paulo, *apud* Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra, *Direito de Execução Penal*, 2ª edição, pp. 130 e 131.

sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário”.<sup>17</sup>

Por outro lado, como já destacado anteriormente, os obstáculos criados por aqueles que não entendem cabível a progressão de regime aos estrangeiros são plenamente superáveis.

Dessa forma, se verifica que o indeferimento à progressão de regime em virtude da condição de estrangeiro que cumpre pena no Brasil não resiste ao primeiro filtro da proporcionalidade: o da *adequação*, pois a execução penal em regime integral fechado não será adequada a fomentar a ressocialização.

Não seria, pois, o caso de se prosseguir com o exame da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*, para se concluir que tais vedações ofendem a regra da proporcionalidade.

No entanto, para não deixar de confrontar as decisões de indeferimento com as demais sub-regras da proporcionalidade, vamos prosseguir em um exercício hipotético.

Assim, supondo que a restrição fosse adequada e passando à sub-regra da necessidade, vamos indagar se não haveria outra forma de realizar a execução penal, sem que a liberdade do estrangeiro fosse atingida tão severamente, a ponto de ter que cumprir sua pena integralmente em regime fechado.

A resposta, naturalmente será positiva, pois, tanto o regime semiaberto quanto o regime aberto prevêm formas de fiscalização exequíveis pelo poder público. Além disso, uma vez descumpridas as condições do regime mais brando, será possível o retorno ao regime anterior.

Por fim, ainda no campo meramente hipotético, caso chegássemos ao filtro da proporcionalidade em sentido estrito, verificaríamos um flagrante desequilíbrio entre o cumprimento da pena e a máxima restrição da liberdade do estrangeiro, que a teria que suportar sem a possibilidade de progressão, mesmo que ostentasse um ótimo comportamento carcerário.

---

<sup>17</sup> Júlio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini, 11ª Edição, p. 387.

Assim, de acordo com a teoria exposta, o indeferimento de progressão de regime ao estrangeiro que cumpre os requisitos legais objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, viola frontalmente a regra da proporcionalidade, regra essa essencial à existência do sistema constitucional de direitos fundamentais.

## VII- CONCLUSÃO

Diante da universalidade dos direitos humanos, dos princípios da igualdade e da individualização da pena, bem como da regra da proporcionalidade, as decisões que ainda permeiam pelo Judiciário, indeferindo aos estrangeiros benefícios previstos na Lei de Execução Penal, tais como o da progressão de regime, mesmo diante do preenchimento dos requisitos necessários, destoam da Constituição vigente.

Tais decisões parecem não reconhecer nessas pessoas sujeitos de direitos, mas simplesmente objetos da execução penal, pois negam a elas a possibilidade da ressocialização gradativa, enquanto permanecem compulsoriamente no território nacional, privadas de liberdade, aguardando que o Estado Brasileiro as expulse.

No entanto, enquanto, permanecem no território nacional, sob a égide da soberania nacional e, portanto, inseridos e sujeitos ao ordenamento jurídico local, conforme já sinalizou, inclusive, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, devem ser proporcionados aos estrangeiros todos os mecanismos legais existentes para a almejada ressocialização de seres humanos, incluindo a progressão de regime de cumprimento de pena.

## BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. *O Proporcional e o Razoável*, in *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 33ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.
- HAMMERSCHMIDT, Denise, Douglas Bonaldi Maranhão, Mário Coimbra; Luiz Regis Prado, (coord.), 2ª edição, atualizada, ampliada e reformada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- JUSTIÇA, Ministério. “Estrangeiros”. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ33FCEB63PTBRNN.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- JURÍDICO, Consultor. “MJ e CNJ Organizam Cadastro de Presos Estrangeiros”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-26/ministerio-justica-cnj-organizam-cadastro-presos-estrangeiros>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*, 9ª edição, revista e atualizada, Curitiba, Juruá Editora, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*, 11ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.