

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**EVERTON MACHADO**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA  
PENA AO PRESO ESTRANGEIRO EM PROCESSO DE EXPULSÃO – UMA  
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2013.**

**CRICIÚMA, JUNHO DE 2014**

**EVERTON MACHADO**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA  
PENA AO PRESO ESTRANGEIRO EM PROCESSO DE EXPULSÃO – UMA  
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2013.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Mestre Anamara de Souza

**CRICIÚMA, JUNHO DE 2014**

**EVERTON MACHADO**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA  
PENA AO PRESO ESTRANGEIRO EM PROCESSO DE EXPULSÃO – UMA  
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2013.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal e Processual Penal.

Criciúma, 03 de julho de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof<sup>ª</sup>. Anamara Souza - Mestre - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL  
CATARINENSE - UNESC - Orientadora

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL  
CATARINENSE - UNESC

Prof. Fátima Terezinha Santos - Mestre - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL  
CATARINENSE - UNESC

## **DEDICATÓRIA**

**Dedico este trabalho aos meus pais, minha querida irmã e minha amada namorada.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Aos meus pais, por proporcionaram o necessário ao meu desenvolvimento, em especial a educação, a maior das riquezas que eu poderia ter!

À minha querida irmã, por ser um doce de pessoa e por poder sempre contar com ela, seja nas horas boas ou ruins da vida.

À minha amada namorada Caroline Beatriz Constantino, que possui todo o meu amor, admiração e respeito. Meu amor, obrigado por tudo! Estarei ao seu lado para vencermos juntos os obstáculos da vida, para no final desfrutarmos de tudo que batalhamos juntos.

À minha segunda família, amo vocês de coração! Obrigada por poder contar sempre com vocês, e por tudo que já fizeram por mim.

À todos os meus amigos e professores que fizeram parte dessa trajetória, o meu muito obrigado, já que sem vocês essa fase da minha vida não seria a mesma. Em especial à minha orientadora Anamara de Souza, que fielmente cumpriu seu trabalho de professora e orientadora e, principalmente, de amiga.

**Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, então somos companheiros.**

**(Che Guevara)**

## RESUMO

Neste trabalho monográfico analisa-se a possibilidade de concessão de benefícios de execução da pena aos presos estrangeiros em processo de expulsão. A função social da pena privativa de liberdade é a ressocialização do preso, ou seja, trazer ao meio social uma pessoa melhor do que era quando cometeu o delito que lhe restringiu a liberdade. Certamente a progressão de regime é um dos meios utilizados para ressocializar o apenado, já que o regime semiaberto traz em si alguns benefícios ao preso e, estando integralmente no regime fechado, não poderia usufruí-los. Este trabalho pretende avaliar qual a fundamentação jurídica que permite ou não a concessão de benefícios da execução aos presos estrangeiros em processo de expulsão. Diante da ausência de previsão legal sobre essa questão e de esse tema ser abordado na jurisprudência dos tribunais superiores, foram analisados aspectos relevantes quanto os meios de expulsão e extradição do estrangeiro do país, os direitos de nacionalidade, os benefícios de execução da pena e a análise das decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal acerca dessa problemática. A relevância social da presente análise é a íntima ligação com a ressocialização do apenado ao meio social, sendo que a função social da pena privativa de liberdade.

**Palavras-chave:** Estrangeiro. Processo de extradição. Processo de expulsão. Benefícios de execução da pena.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 DO PROCESSO DE EXPULSÃO E DA EXTRADIÇÃO</b> .....	<b>10</b>
2.1 DO BRASILEIRO NATO.....	10
2.2 DO BRASILEIRO NATURALIZADO .....	11
2.3 DA PESSOA DO ESTRANGEIRO .....	13
2.4 DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO .....	16
2.5 DO PROCESSO DE EXPULSÃO .....	21
2.6 DA DEPORTAÇÃO .....	23
2.7 DAS DIFERENÇAS ENTRE OS PROCESSOS DE EXPULSÃO E DE EXTRADIÇÃO.....	24
<b>3 EXECUÇÃO DA PENA - BENEFÍCIOS</b> .....	<b>26</b>
3.1 ESPÉCIES DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E SEUS REGIMES.....	26
3.2 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME .....	31
3.3 REMIÇÃO DE PENA .....	34
3.4 LIVRAMENTO CONDICIONAL .....	36
3.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.....	43
3.6 PERMISSÃO DE SAÍDA E SAÍDA TEMPORÁRIA.....	46
<b>4 DA (IM)POSSIBILIDADE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA PENA AO PRESO ESTRANGEIRO EM PROCESSO DE EXPULSÃO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>48</b>
4.1 ENTEDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS.....	48
4.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS.....	54
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>69</b>
<b>ANEXOS</b> .....	<b>77</b>
ANEXO A .....	78
ANEXO B .....	81
ANEXO C .....	89
ANEXO D .....	97



ANEXO E .....	124
---------------	-----

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a (im)possibilidade de concessão de benefícios da execução da pena aos presos estrangeiros em processo de expulsão, visto que estes quando se encontram nessa situação, centralizam diversas discussões.

A função social da pena privativa de liberdade é a ressocialização do preso, ou seja, trazer ao meio social uma pessoa melhor do que era quando cometeu o delito que lhe restringiu a liberdade.

Certamente a progressão de regime é um dos meios utilizados para ressocializar o apenado, já que o regime semiaberto traz em si alguns benefícios ao preso e, estando integralmente no regime fechado, não poderia usufruí-los.

Além de restringir estes benefícios, importante frisar que acabaria por deixar o apenado dessocializado, pois estando apenas no regime fechado, não vislumbra possibilidades que possam torná-lo mais produtivo e melhor.

Portanto, um dos objetivos deste trabalho é demonstrar como funciona os regimes utilizados pela Lei de Execuções Penais (LEP) e quais são os benefícios que estão agregados e as consequências no caso de não aplicação.

Além do mais, a legislação não traz nenhuma restrição quanto à concessão para os presos estrangeiros, estejam em processo de expulsão ou não,

Frisa-se que, além da progressão de regimes, foram enfocados outros benefícios, constantes na LEP e que representam instrumentos importantes à ressocialização.

Tem-se, portanto, a relevância social da presente análise e a íntima ligação com a ressocialização do apenado ao meio social, sendo função social da pena privativa de liberdade. Ainda que o preso estrangeiro esteja em processo de expulsão, necessário se faz entender as restrições que acontecem nos casos concretos.

Assim sendo, a fim de averiguar, no primeiro capítulo será abordada a diferenciação entre brasileiros e estrangeiros diante da Constituição Federal e, ainda, os meios que possibilitam a retirada de indivíduos do Brasil, ou seja, por processo de extradição e pelo processo de expulsão.

Em seguida, no segundo capítulo, serão analisados as espécies de pena privativa de liberdade e seus regimes e, além disso, os benefícios da execução de

pena existentes no atual sistema penal, tais como: remição de pena, livramento condicional, suspensão condicional da pena, permissão de saída, saída temporária e a progressão de regime.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á os entendimentos favoráveis e contrários do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, nos anos de 2010 a 2013, referentes à concessão de benefícios da execução de pena aos presos estrangeiros em processo de expulsão.

O método de pesquisa a ser utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica, qualitativa e jurisprudencial com emprego de material bibliográfico e documental legal, além dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entre o período acima descrito. Para a coleta dos acórdãos tem-se o acesso ao banco de dados dos Tribunais, através da internet, inserindo as palavras chaves: estrangeiro; processo de expulsão; progressão de regime; livramento condicional; remição de pena; suspensão condicional do processo e permissão de saída e saída temporária.

## 2 DO PROCESSO DE EXPULSÃO E DA EXTRADIÇÃO

Neste capítulo abordar-se-á, primeiramente, as nacionalidades brasileiras e a pessoa do estrangeiro para, com isso, adentrar na temática do processo de expulsão e da extradição, estabelecendo-se seus elementos diferenciadores para melhor compreensão.

### 2.1 DO BRASILEIRO NATO

O texto constitucional em seu art. 12, I, a, b, e c, traz o conceito de brasileiro nato, mencionando algumas situações em que se adquire a nacionalidade.

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; (BRASIL, 2013a)

A nacionalidade originária subdivide-se em dois sistemas distintos, o *jus soli* e o *jus sanguinis*.

O primeiro refere-se à alínea a, do art. 12, inciso I, supracitado, pois a nacionalidade é adquirida por conta do nascimento no território do Estado Brasileiro, não importando a nacionalidade dos pais. Porém, com uma restrição, desde que os pais não estejam a serviço de seu país.

Já o *jus sanguinis*, explícito na alínea b, não interessa qual a nação em que a criança irá nascer. Faz-se necessário que um dos pais seja brasileiro e, ainda, que qualquer um deles esteja a serviço do Brasil. A nacionalidade aqui é adquirida pelo chamado laço familiar de ascendência (SILVA, 2005, p. 190).

Sobre esse critério de aquisição de nacionalidade, elucida a doutrina:

A expressão a serviço do Brasil há de ser entendida não só como atividade diplomática afeta ao Poder Executivo, mas também como qualquer função associada às atividades da União, dos Estados ou dos Municípios ou de suas autarquias. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 716).

Em relação à alínea c, do art. 12 da Constituição Federal, o registro em uma Repartição Consular competente, do filho nascido no exterior, é “[...] um modelo procedimental indispensável para dar consistência ao sistema jus sanguinis consagrado na teoria do Direito Constitucional brasileiro.” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p.718)

Ainda, o §1º do artigo 12 da Constituição Federal expõe que os portugueses podem obter os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, desde que possuam residência permanente no país.

Art. 12. São brasileiros:

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.(BRASIL, 2013a)

Por fim, para Roberto Luiz Silva (2005, p. 192), os direitos explícitos no §1º do artigo 12 da Constituição Federal são de suma importância, pois “[...] se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado.”

## 2.2 DO BRASILEIRO NATURALIZADO

Em relação aos brasileiros naturalizados, há que se falar em nacionalidade adquirida, visto que só haverá naturalização quando cumpridos alguns requisitos estipulados por lei, como a Constituição Federal e o Estatuto do Estrangeiro.

Segundo Alexandre de Moraes (2011, p. 227): “O brasileiro naturalizado é aquele que adquire a nacionalidade brasileira de forma secundária, ou seja, não pela ocorrência de um fato natural, mas por um ato voluntário.”

Neste aspecto, o ato voluntário poderá ser requerido tanto pelos estrangeiros, como pelos apátridas, ou seja, aqueles que não possuem nacionalidade alguma. (LENZA, p. 1098, 2011)

Consideram-se brasileiros naturalizados segundo o artigo 12, II, a e b da Constituição Federal:

Art. 12. São brasileiros:

[...]

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (BRASIL, 2013a)

Estando de acordo com as exigências implícitas nas alíneas *a* e *b*, previstas no artigo 12, II da Constituição Federal, faz-se necessário que a pessoa que busca a nacionalidade brasileira faça o requerimento para o Estado, perfectibilizando a nacionalização, visto que não se aperfeiçoa sem o requerimento da parte.

Portanto, para o estrangeiro se naturalizar, é necessário formular petição dirigida ao Ministro da Justiça, a ser apresentada no órgão local do Departamento de Polícia Federal, declarando os dados pessoais e instruindo-a com documentos exigidos por lei. (SILVA, 2005, p. 198)

Além disso, terá que aceitar algumas condições estipuladas pelo artigo 112 da Lei 6.815/80, que também são exigências para os demais estrangeiros que não estão nas alíneas *a* e *b*, e querem obter a naturalização brasileira.

Senão vejamos:

Art. 112. São condições para a concessão da naturalização:

I - capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II - ser registrado como permanente no Brasil;

III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;

IV - ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;

V - exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família;

VI - bom procedimento;

VII - inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 (um) ano; e

VIII - boa saúde. (BRASIL, 2013b)

Frisa-se que, mesmo que tais condições sejam preenchidas, o pedido de naturalização poderá ser denegado. No caso de deferimento, a naturalização se perfectibilizará por meio de portaria de naturalização, a ser publicada no Diário Oficial da União, emitindo-se certificado que será entregue em audiência pública na cidade de domicílio do naturalizado. (SILVA, 2005, p. 199)

O certificado será entregue ao juiz federal do domicílio do interessado e, com a falta deste, será encaminhado ao juiz da comarca que efetuará a entrega ao naturalizado. (LENZA, 2011, p. 1101)

Portanto, conforme Alexandre de Moraes (2008, p. 228):

O processo de naturalização deve respeitar os requisitos legais, bem como apresenta características administrativas, uma vez que todo o procedimento até a decisão final do Presidente da República ocorre perante o Ministério da Justiça, porém com uma formalidade final de caráter jurisdicional [...].

Contudo, mesmo que haja a efetivação da naturalização, esta poderá ser declarada nula caso esteja eivada de falsidade ideológica ou material, visto que é tema referente à soberania nacional. (SILVA, 2005, p. 199)

### 2.3 DA PESSOA DO ESTRANGEIRO

Primeiramente, faz-se necessário falar acerca dos brasileiros natos ou naturalizados que perdem a nacionalidade brasileira e, por conta disso, são comparados a estrangeiros.

Segundo o artigo 12, §4º da Constituição Federal, será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

Art. 12. São brasileiros:

[...]

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; (BRASIL, 2013a)

Convém lembrar que a perda da nacionalidade na hipótese de aquisição de outra nacionalidade atingirá tanto brasileiro nato como o naturalizado, em face da naturalização voluntária.

Neste sentido:

Devemos aclarar que o processo de cancelamento da naturalização atingirá somente o brasileiro naturalizado, e não o nato, que, como veremos, só poderá perder a nacionalidade na hipótese de aquisição de outra

nacionalidade (salvo os permissivos constitucionais). (LENZA, 2011, p. 1114)

Nessa conjuntura, quem declara a perda da nacionalidade é o Presidente da República, por ato meramente declaratório, e em relação à alínea *b*, a perda se deu com a própria naturalização do indivíduo. (MENDES, 2008, p. 720)

Já a perda da nacionalidade cancelada por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, só se aplica ao brasileiro naturalizado que “[...] somente poderá ocorrer mediante decisão judicial com trânsito em julgado”. (MENDES, 2008, p. 721)

Segundo André de Carvalho Ramos (2010, p. 721), “[...] estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra”.

Portanto, é todo aquele que não é brasileiro nato ou naturalizado que esteja em um Estado diferente do seu.

Destaca-se que a mera classificação de estrangeiro não retira deste os direitos e garantias que os brasileiros possuem, pois o que encontra-se estabelecido no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, também se aplica aos estrangeiros residentes ou não no país, já que “[...] a restrição à “residentes” já foi amplamente superada pela doutrina e jurisprudência.” (RAMOS, 2011, p. 734)

Remarca-se:

Art. 5º 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: (BRASIL, 2013a)

Para Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 722):

Independentemente do seu status ou do propósito de viagem, reconhece-se ao estrangeiro o direito as garantias básicas da pessoa humana: vida, integridade física, direito de petição, direito de proteção judicial efetiva, dentre outros.

Assim, nesse contexto, o estrangeiro pode vir para o Brasil por diversos motivos, mas as razões mais comuns são: ficar no Brasil permanentemente, apenas em caráter transitório e os que buscam asilo político.



A busca pela permanência no Brasil pode se dar legalmente ou ilegalmente, dependendo da situação em que se encontra, pois existem aqueles que possuem a documentação exigida pelo Estado brasileiro para residir no país. No entanto, tem-se o contrário, aqueles que entram ilegalmente, sem nenhuma documentação.

Em relação ao caráter transitório, geralmente “esse estrangeiro pode ser um empresário, executivo de multinacional, turista, missionário, estudante, entre outros, mas sempre estará aqui por um período apenas.” (RAMOS, 2011, p. 721)

Já os que buscam asilo político são aqueles que estão sendo cassados em seu país de origem, em detrimento de opiniões políticas diversas daquela regida em seu Estado e, por conta disso, buscam proteção do Estado brasileiro, visto que a Constituição Federal prevê em seu artigo 4º, X, a concessão de asilo político.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

X - concessão de asilo político. (BRASIL, 2013a)

Pode-se aferir, ao mesmo tempo, que alguns direitos são assegurados apenas aos brasileiros natos e naturalizados, pois a Constituição Federal elenca algumas restrições ao estrangeiro.

Tem-se, por exemplo, que não pode ser o estrangeiro proprietário de empresa de radiodifusão sonora de sons e imagens, conforme artigo 222 da Constituição Federal.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (BRASIL, 2013a)

Ou ainda, o direito de pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamentos dos potenciais de energia hidráulica, que somente são concedidos a brasileiros, ou a empresas constituídas sobre a lei brasileira, conforme artigo 176, §1º da Constituição Federal.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL, 2013a)

Identifica-se, também, que os estrangeiros não dispõem de direitos políticos, nem podem exercer cargo público, bem como, há algumas condições em relação à aquisição de imóveis no Brasil, entre outras ressalvas.

## 2.4 DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

A extradição é o processo adotado pelos Estados na qual ocorre a entrega de uma pessoa que se encontra em seu território às autoridades de outro Estado, para que seja julgada pelos delitos que nele tenha cometido ou para que cumpra pena por delito do qual já foi julgado. (SILVA, 2005, p.229)

Portanto, o processo de extradição é ferramenta de cooperação entre os Estados na busca pela justiça, procurando impedir que os delituosos não respondam pelos crimes cometidos ao ultrapassarem para outros Estados. (COLOMBO, MOTA, 2011, p. 03)

Para Roberto Luiz Silva (2005, p. 229), quando a pessoa irá ser extraditada para cumprir pena por um delito que já foi julgado, “[...] é imprescindível haver sentença condenatória irrecorrível contra o réu ou mandado de prisão.”

A Constituição Federal prevê tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizado e aos estrangeiros, conforme artigo 5º, LI e LII, do texto constitucional.

5º 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:

[...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; (BRASIL, 2013a)

Segundo este dispositivo, portanto, podemos retirar algumas informações importantes como: a) o brasileiro nato nunca será extraditado; b) o brasileiro naturalizado só será extraditado se tiver praticado crime comum antes da naturalização, ou ainda, comprovado o envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não importando se foi antes ou depois da naturalização; e c) o estrangeiro em regra será extraditado, porém não será extraditado por crime político ou de opinião.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes leciona em sua obra (2008, p.724):

O Supremo Tribunal Federal não admite, ainda, a extradição, se houver a possibilidade de aplicação das penas de morte e de prisão perpétua, proibidas pela ordem constitucional brasileira (CF, art. 5º XLVII, a e b).

A extradição ocorrerá quando houver entre os Estados um tratado internacional que garanta reciprocidade, ou seja, se um dos Estados requerer a extradição o outro liberará por conta desse acordo.

Normalmente, crimes graves são objetos do processo de extradição, enquanto as contravenções penais não fazem parte desse instituto e, ainda, na maioria das vezes, tratados especificam que só haverá extradição caso o crime tenha pena maior que um ou dois anos de prisão. (ACCIOLY, 2011, p. 540)

Assim, o objetivo principal da extradição é fazer com que o indivíduo pague pelas consequências de seus atos. (ACCIOLY, 2011, p. 539)

O Brasil possui tratados de extradição com diversos países, tais como: com quase todos da América do Sul, salvo com as Guianas e Suriname, com a Austrália, Bélgica, EUA, Espanha, Itália, México, Portugal, Reino Unido e Suíça. (SILVA, 2005, p.230)

Contudo, caso não haja tratado entre os Estados, poderá ocorrer a extradição pela promessa de reciprocidade entre os mesmos.

Segundo Moraes (2011, p. 102), “a promessa de reciprocidade deve ser integral, ou seja, não poderá encontrar óbice na Constituição ou legislação do país estrangeiro, que acabará impedindo seu cumprimento.”

Evidencia-se que esta promessa de reciprocidade, porém, pode ser aceita ou não pelos Estados. No entanto, isso não ocasionará nenhum tipo de responsabilização internacional, caso um Estado rejeite a proposta. (SILVA, 2005, p. 230)

De outra parte, a competência para a análise de reciprocidade é exclusiva do Poder Executivo, pois não há ratificação pelo Poder Legislativo. Com efeito, se torna bem mais simples do que os tratados propriamente ditos. (SILVA, 2005. p. 231)

Nos dizeres de Diana Colombo e Tânia Mota (2011, p. 08):

Portanto, vê-se que a extradição é um instrumento jurídico que permite ao direito internacional assegurar a eficácia da solidariedade dos Estados na luta contra a criminalidade, e fundamenta-se no dever moral que os Estados têm de prestarem, de forma efetiva, uma assistência mútua no combate aos delitos e na punição dos delinquentes.

Ademais, para que ocorra a extradição, o governo do Estado estrangeiro encaminhará um pedido ao Ministério das Relações Exteriores, por via diplomática, e endereçado ao Presidente da República. Por sua vez, o Ministério fará o requerimento ao Ministro da Justiça o qual fica responsável pelo encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal, visando o controle de constitucionalidade. (TIBURCIO, 2010, p. 759)

Sobre esse prisma, o pedido será decidido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com artigo 102, I, alínea g da Constituição Federal. Além disso, a decisão torna-se irrecorrível. (TIBURCIO, 2010, p. 759)

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:  
[...]  
g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; (BRASIL, 2013a)

Frisa-se que, mesmo que a decisão seja irrecorrível, caso o Supremo Tribunal Federal determine a extradição do indivíduo, o Presidente da República decide, discricionariamente, se determina ou não a extradição, “[...] pois não pode ser obrigado a concordar com o pedido de extradição, mesmo que, legalmente, correto e deferido pelo STF, uma vez que o deferimento ou recusa do pedido de extradição é direito inerente à soberania.” (MORAES, 2011, p. 105)

Importante destacar que no artigo 81 da Lei 6.815/80 há uma hipótese de prisão administrativa que seria decretada pelo Ministro da Justiça. Ressalta-se, no entanto, que este dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, leciona Alexandre de Moraes (2011, p. 104):

Note-se que a prisão administrativa decretada pelo Ministro da Justiça, prevista no procedimento de extradição, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. A hipótese da prisão do extraditando permanece no ordenamento jurídico, com a denominação de prisão preventiva para extradição, porém a competência para sua decretação será do Ministro-relator sorteado, que ficara prevento para a condução do processo extradicional.

Avulta-se, também, que a prisão no processo de extradição deve ser meio excepcional, devendo ser analisada caso a caso, sendo aplicada dentro da razoabilidade do direito, verificando os requisitos cautelares, como o perigo da demora e os riscos que poderiam ocorrer estando o indivíduo em liberdade. (BARROS, 2011)

Dentre estes riscos está o perigo de o indivíduo “[...] esquivar-se da perseguição internacional encetada pelo Estado requerente, evadindo-se do procedimento instaurado pelo Estado requerido.” (BARROS, p. 100, 2011)

Muito embora esta prisão deva ser tomada como medida excepcional, vem sendo determinante para que ocorra o processo de extradição, visto que o Supremo Tribunal Federal adota como medida a fim de dar andamento ao processo extradicional, utilizando-se do seu Regimento Interno para isso. (SOUZA, 2013, p. 336)

É o conteúdo dos artigos 208 e 213 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal. (BRASIL, 2013c)

Art. 213. O extraditando permanecerá na prisão, à disposição do Tribunal, até o julgamento final. (BRASIL, 2013c)

Assinala-se que, esta prisão não poderá ser mantida pelo prazo superior de 90 dias, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do artigo 82 da Lei 6.815/80.

Art. 82. Em caso de urgência, poderá ser ordenada a prisão preventiva do extraditando desde que pedida, em termos hábeis, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

§ 2º Efetivada a prisão, o Estado requerente deverá formalizar o pedido em noventa dias, na conformidade do artigo 80.

§ 3º A prisão com base neste artigo não será mantida além do prazo referido no parágrafo anterior, nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato sem que a extradição haja sido formalmente requerida. (BRASIL, 2013b)

O procedimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal [...] viola frontalmente a presunção de não culpabilidade dos réus em processo criminal [...], visto que todos são considerados presumidamente inocentes até que haja uma condenação criminal transitada em julgado. (SOUZA, 2013, p. 345)

Destaca-se que não se concederá a extradição, segundo o artigo 77 da Lei 6.815/80, quando:

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
- IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
- V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político; e
- VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção. (BRASIL, 2013b)

Além do mais, o Estado é garantidor de direitos e garantias individuais do extraditando, sendo assim, qualquer suspeita de que estes direitos possam ser violados ao entregá-lo ao Estado requerente, a extradição deve ser negada. (COLOMBO, MOTA, 2011, p. 09)

Ainda, nos dizeres de Carmem Tiburcio (2010, p. 759): “[...] a existência de laços familiares no país não interfere em matéria de extradição.”

Neste sentido, é o conteúdo da súmula 421 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 421

Não impede à extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro. (BRASIL, 2013d)

O procedimento adotado pela legislação brasileira referente ao processo de extradição é denominado contenciosidade limitada, visto que não se discute o

mérito da acusação, mas apenas busca-se respeitar os pressupostos formais previstos na legislação. (MENDES, 2008, p. 725)

Por isso, o papel do judiciário no processo de extradição é apenas de analisar os pressupostos formais para que ocorra a transferência do indivíduo para o outro Estado. Assim, se é justa ou injusta a condenação fica por conta do Estado requerente decidir. (COLOMBO, 2005, p. 269)

Portanto, a defesa do estrangeiro no processo de extradição somente poderá versar sobre assuntos referentes à identidade da pessoa reclamada, como vícios formais nos documentos apresentados ou a ilegalidade da própria extradição. (COLOMBO, MOTA, 2011, p.08)

## 2.5 DO PROCESSO DE EXPULSÃO

A expulsão é o meio pelo qual o Estado retira de seu território, forçadamente, um estrangeiro que nele tenha entrado ou permanecido irregularmente ou, ainda, que tenha ferido a ordem jurídica do país em que se encontra. (MORAES, 2008, p. 101)

Nada mais é do que um “[...] modo coactivo de retirar o estrangeiro do território nacional por delito ou atos que o tornem inconveniente” (CAPEZ, 2005, p. 205).

Cabe ao Ministério Público, segundo o artigo 68 da Lei 6.815/80, remeter ao Ministério da Justiça, de ofício até trinta dias após trânsito em julgado, cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, ordem política ou social, economia popular, moralidade ou saúde pública, assim como da folha de antecedentes penais constantes dos autos. (MENDES, 2008, p.723)

O Ministério da Justiça, ao receber os documentos mencionados acima, deverá instaurar inquérito para a expulsão do estrangeiro, no qual se assegurará o direito de defesa. No entanto, a expulsão do estrangeiro só se efetivará com o decreto do Presidente da República. (MENDES, 2008, p. 723)

De acordo com o artigo 69 da Lei 8.615/80, a qualquer tempo pode ser determinada a prisão do estrangeiro submetido ao processo de expulsão, por 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, visando a conclusão do inquérito ou para assegurar a execução da medida.

Nos dizeres de Pedro Lenza (2011, p. 1006):

Cabe exclusivamente ao Presidente da República, por decreto, resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação, ficando, contudo, o ato expulsório sujeito ao controle de constitucionalidade e legalidade pelo Judiciário, por meio de habeas corpus.

De qualquer forma, por mais que o ato decisório seja exclusivamente do Presidente da República, em analisar sobre a conveniência e oportunidade da expulsão, este fica sujeito ao controle do judiciário, pois “[...] apesar de a expulsão ser ato discricionário do Poder Executivo, não se admite ofensa à lei e a falta de fundamentação.” (MORAES, 2008, p. 102)

Segundo o artigo 65 da Lei nº 6.815/80, é passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Além disso, o parágrafo único deste mesmo artigo, diz que também é passível de expulsão o estrangeiro que:

Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.  
Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:  
a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;  
b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;  
c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou  
d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.  
(BRASIL, 2013b)

Vale ainda lembrar que, segundo a súmula nº 1 do Supremo Tribunal Federal, é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

Por outro lado, não constituirá impedimento de expulsão, segundo o parágrafo 1º do artigo 75 da lei Lei 6.815/80, a adoção ou reconhecimento de filho brasileiro quando supervenientes ao fato que os motivar.

Ainda, o parágrafo segundo deste mesmo artigo, dispõe que:

Art. 75. Não se procederá à expulsão:  
[...]



§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.  
(BRASIL, 2013b)

Portanto, não basta comprovar o vínculo, mas sim demonstrar que a família está fortalecida e unida pelos laços familiares.

Ainda, este mesmo artigo traz algumas hipóteses em que não ocorrerá a expulsão.

Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;

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 há mais de 5 (cinco) anos; ou

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

(BRASIL, 2013b)

Além disso, não ocorrerá expulsão de brasileiro, visto que caracterizaria a pena de banimento, a qual é inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no artigo 5º, XLVII, “d”, da Constituição Federal. (LENZA, 2011, p.1006)

## 2.6 DA DEPORTAÇÃO

Assim como o processo de expulsão e o de extradição a deportação é um dos modos utilizados para retirada do estrangeiro do país. Contudo, para ser deportado, o indivíduo não deve ter praticado um delito, mas sim ter entrado ou ter permanecido de forma irregular, e não ter se retirado voluntariamente do território nacional no prazo estipulado. (LENZA, 2011, p. 1006)

Nos dizeres de Pedro Lenza:

“Não se procederá à deportação se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira, mas, não sendo ela exequível ou quando existirem indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, proceder-se-á à sua expulsão”. (2011, p. 1006)

A deportação, portanto, é uma importante ferramenta utilizada em situações em que o estrangeiro não demonstre ser uma pessoa perigosa, pois caso

o seja, restará ao país utilizar do processo de expulsão ou de extradição dependendo do caso.

## 2.7 DAS DIFERENÇAS ENTRE OS PROCESSOS DE EXPULSÃO E DE EXTRADIÇÃO

O processo de extradição é o ato pelo qual um Estado entrega a outro, com o pedido deste, uma pessoa que está respondendo processo penal ou deva cumprir pena no território requerente. (REZEK, 2011, p. 230)

Já o processo de expulsão é o meio pelo qual o Estado expulsa do país aquele indivíduo que cometeu um delito ou infração contra a segurança nacional ou contra a tranquilidade pública. (ACCIOLY, 2011, p. 542)

Segundo Accioly, Nascimento e Silva e Casella (2011, p. 539), “A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido.”

Diferentemente, o processo de expulsão tem como finalidade garantir a segurança e a ordem pública, visando à proteção daqueles que habitam o Estado no qual esteja o indivíduo infrator. (MAZZUOLI, 2007, p. 599)

Neste sentido, elucida Silva (2004, p. 341) que o processo de expulsão “fundamenta-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado”.

É preciso considerar que o processo de extradição engloba delitos tanto fora do território nacional quanto dentro. Por outro lado, o processo de expulsão visa expulsar do Estado aquele indivíduo que cometeu a infração dentro do território nacional, contra a segurança nacional ou a tranquilidade pública. (LENZA, 2011, p. 1006)

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro, conforme o artigo 102º, I, alínea “g” da Constituição Federal.

Em relação ao processo de expulsão, cabe exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e oportunidade da expulsão ou sua revogação, que será feito por decreto. Frisa-se que, este ato fica sujeito ao controle de constitucionalidade e legalidade pelo Poder Judiciário. (SILVA, 2004, p. 341)

Assevera-se que no processo de extradição brasileiros natos nunca serão extraditados. No entanto, os naturalizados podem ser extraditados se tiverem praticado crime comum antes da naturalização ou, ainda, comprovado o envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, não importando se foi antes ou depois da naturalização, assim como estrangeiros.

No que se refere ao processo de expulsão, apenas os estrangeiros são objeto de expulsões do país, já que os brasileiros natos ou naturalizados nunca serão partes deste procedimento, visto que caracterizaria a pena de banimento, inadmitido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVII, “d”. (LENZA, 2011, p. 1006)

Vale lembrar:

Art. 5º 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:

[...]

XLVII - não haverá penas:

[...]

d) de banimento; (BRASIL, 2013a)

Diante da súmula 421 do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o fato de o indivíduo estar casado com brasileira ou ter filho brasileiro não impede sua extradição, visto que a existência de laços familiares não interfere nesse processo.

No entanto, nos dizeres de Bulos (2008, p. 526), não será expulso do país o indivíduo que “[...] possuir cônjuge brasileiro, cujo matrimônio tenha sido celebrado há mais de cinco anos, sem que tenha havido divórcio [...]”, e, além disso, “[...] não se procederá à expulsão se o estrangeiro tiver filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido extradicional, fica impedido de analisar o mérito, cabendo ao Tribunal apenas averiguar a legalidade do pedido, visto que esta análise compete ao Estado requerente. (MAZZUOLI, p. 208, 2007)

É o entendimento do Rezek (2011, p. 235): “O exame judiciário da extradição é o apurar da presença de seus pressupostos, arrolados na lei interna e no tratado acaso aplicável.”

Por fim, no processo de expulsão, além de ser analisada a legalidade, se verifica o mérito, pois cabe ao Brasil averiguar se houve ou não o delito ou a infração contra a segurança nacional ou contra a tranquilidade pública.

### **3 EXECUÇÃO DA PENA - BENEFÍCIOS**

Não restam dúvidas, para a maioria dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, de que o principal papel da pena no ordenamento jurídico brasileiro é ressocializar, porquanto há diversos mecanismos com intuito de efetivar tal preceito, entre eles a progressão de regime, a remição da pena por meio de trabalho, o livramento condicional e outros benefícios importantes.

Por conta disso, será analisado cada um, a fim de demonstrar quais benefícios se aplicam aos estrangeiros em processo de expulsão.

#### **3.1 ESPÉCIES DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E SEUS REGIMES**

O Código Penal brasileiro traz três espécies de penas privativas de liberdade, a reclusão, a detenção e a prisão simples.

Aplica-se a pena de prisão simples quando o indivíduo comete uma contravenção penal, ou seja, aquelas infrações de menor potencial ofensivo. Além disso, esta espécie comporta apenas os regimes semiaberto e aberto, conforme explícito nos arts. 5º e 6º do Decreto Lei 3.688/41 (lei de contravenções penais).

Art. 5º As penas principais são:  
I – prisão simples.  
II – multa. (BRASIL, 2013e)

Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. (BRASIL, 2013e)

Referente às penas de reclusão e detenção a diferença se dá em relação ao regime a ser aplicado, conforme leciona Luiz Regis Prado (2010, p. 530) em sua obra:

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa – detenção – admi-se a execução somente em

regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o art. 33, caput, do Código Penal.

Além disso, a reclusão é utilizada para punir os crimes com maior gravidade, enquanto que na detenção são punidos os delitos menos graves. (BITENCOURT, 2011, p. 516)

Sendo assim, há três diferentes regimes de cumprimento de pena, o regime fechado, o semiaberto e o aberto, que são escolhidos inicialmente pelo juiz que proferirá a sentença condenatória, na qual são levados em consideração diversos fatores como a espécie de pena, a reincidência e a quantidade de pena a ser aplicada conforme o delito. (ESTEFAM, 2010, p. 306)

Nessa linha, o juiz analisará cada caso, uma vez que “[...] os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo.” (BITENCOURT, 2011, p. 518)

Verifica-se que, sendo a pena superior a oito anos, em crime apenado com reclusão, o regime será inicialmente fechado. Além disso, outra possibilidade prevista no ordenamento jurídico é a do condenado reincidente em crime apenado com reclusão, neste caso, independente da quantidade da pena imposta, este cumprirá, também, inicialmente em regime fechado.

Há uma exceção a regra da reincidência, já que o “Supremo Tribunal Federal permitiu que, embora reincidente, o sentenciado anteriormente condenado a pena de multa pudesse iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, desde que sua pena fosse inferior ou igual a 4 anos”. (CAPEZ, 2010, p. 387)

Ainda, tratando-se de crimes hediondos e equiparados, o condenado a estes crimes deve cumprir pena obrigatoriamente em regime inicial fechado. (ESTEFAM, 2010, p. 306)

Há previsão legal que o condenado ao regime fechado cumprirá sua pena em estabelecimento penitenciário de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, a), onde deveria ser “[...] alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP) e ficará sujeito a isolamento celular noturno”. (LEAL, 2004, p. 399)

Cabe destacar, além do mais, que é assegurado em lei, diversos direitos pela Administração Penitenciária como alimentação, vestuário adequados e lazer (esportes, TV, rádio, leitura, etc.), bem como, educação, assistência religiosa, celas

adequadas para o convívio social, entre inúmeras outras situações e oportunidades que no futuro influenciariam na vida do apenado. (LEAL, 2004, p. 403)

Ao mesmo tempo, estando no regime fechado, torna-se obrigatório o trabalho no período diurno, com a jornada não inferior a seis horas nem superior a oito horas diárias, sendo suspensa nos domingos e feriados, com remuneração não inferior a três quartos do salário mínimo. (COSTA JR, 2010, p. 210)

Nos dizeres de Nucci (2009, p. 412):

O trabalho, segundo a Lei de Execução Penal (art. 31), é obrigatório, mas não forçado. Deve trabalhar o condenado que almejar conseguir benefícios durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a sua recusa pode configurar falta grave (art. 51, III, c/c art. 39, V, da Lei de Execução Penal – 7.210/84) e, conseqüentemente, o impedimento à progressão de regime e ao livramento condicional.

Constata-se, ainda, a possibilidade de trabalho externo neste regime em serviços ou obras públicas, depois de cumprida um sexto da pena (mesma regra para a progressão de regime), com autorização expressa do diretor do estabelecimento penitenciário, respeitando o limite máximo de presos, não podendo estes serem superiores a 10% do total de trabalhadores. (ESTEFAM, 2010, p. 311)

Sobre o assunto leciona Bitencourt (2011, p. 518):

No entanto, considerando as condições dos apenados que cumprem pena em regime fechado, normalmente delinquentes de altíssima periculosidade, e a necessidade da eficiência do controle social, pensamos que, mesmo que não esteja expresso no Código Penal, só se poderá conceder o serviço externo, em casos de regime fechado, acautelando-se contra a fuga e tomando-se todas as medidas necessárias em favor da disciplina.

Um ponto extremamente negativo é que os presos não possuem o direito de frequentar cursos, seja profissionalizante, superior ou qualquer outro método de ensino. Lamentável, já que “estudar, especialmente encontrando-se recluso em uma prisão é tão ou mais nobre, que o próprio trabalho, pois o estudo engrandece e dignifica a natureza humana, além de cumprir um dos fins da pena.” (BITENCOURT, 2011, p. 542)

Além de, obrigatoriamente, os apenados trabalharem, possuem inúmeros deveres e obrigações a serem cumpridas sob rígido controle fiscalizatório, com intuito de averiguar o comportamento destes e, posteriormente, progredir para

regime mais brando ou, ainda, confirmar se estão aptos para conviverem novamente em liberdade.

Observa-se que no regime semiaberto as regras mudam, pois não são tão rigorosas, possibilitando maior liberdade, visando preparar cada vez mais o condenado para o convívio social.

O apenado poderá usufruir inicialmente deste regime caso sua pena imposta for superior a quatro anos, mas não exceder a oito anos, ou, ainda pela progressão de regime, ou seja, cumprindo a quantidade de pena estabelecida para progredir do regime fechado para o semiaberto. (CAPEZ, 2010, p. 386)

Ao mesmo tempo, nos casos em que o apenado for condenado a detenção, sendo primário ou reincidente, e a pena imposta for superior a quatro anos, deverá cumprir inicialmente no regime semiaberto. (LEAL, 2004, p. 404)

Com isso, a pena deste regime deve ser cumprida em colônia agrícola ou industrial, ou estabelecimento similar, ficando sujeito ao trabalho diurno durante o dia, havendo possibilidade de labor externo. (NUCCI, 2009, p. 406)

Ao contrário do regime fechado, o serviço externo poderá ser efetivado também na iniciativa privada, havendo duas possibilidades de concessão deste benefício: o juiz da condenação poderá decretar na própria sentença a concessão do labor, sendo desnecessário qualquer requisito, ou seja, desde o início do cumprimento da pena o apenado usufruirá desta modalidade, ou, ainda, no decorrer do cumprimento da pena, desde que tenha bom comportamento e, conseqüentemente, merecimento (BITENCOURT, 2010, p. 519).

Frisa-se que neste regime, ao contrário do regime fechado, é possível que o indivíduo consiga frequentar cursos profissionalizantes, superiores ou de ensino médio. Destaca-se que deveria ser estendido a todos os regimes, pois a carência da maioria dos criminosos é a falta de estudo que futuramente ou no dia-a-dia causa impacto muito grande em suas vidas.

Por conta disso, Leal leciona em sua obra (2004, p. 405):

Se o condenado necessitar e seu mérito o recomendar, poderá ser autorizado a ausentar-se do estabelecimento a fim de freqüentar cursos de formação educacional e profissional (1º e 2º graus e curso superior), com o objetivo de prepará-lo adequadamente para o retorno à vida em liberdade (art. 35, §2º).

Em outro vértice encontramos o regime aberto, considerado mais brando, mas que também possui suas regras. Será inicialmente imposto ao condenado que obter uma pena igual ou inferior a quatro anos (art. 33, §2º, c) ou, ainda, será usufruído pelo apenado que progredir do semiaberto para o aberto.

Todavia, o apenado deverá demonstrar conduta compatível com tal regime, ou seja, não possuir maus antecedentes, não ser perigoso, demonstrar que era uma boa pessoa antes de cometer o delito, para que seja possível iniciar no regime aberto. (LEAL, 2004, p. 407)

São requisitos subjetivos que deverão ser analisados por ocasião da fixação de qualquer regime penitenciário.

Para que o juiz defira de início este regime, ainda faz-se necessário que o condenado cumpra os requisitos estipulados no art. 115 da Lei de Execuções Penais. Ao mesmo tempo caso ache necessário, poderá ser determinado outras condições, sem prejuízo destas já impostas, para que haja a concessão. (COSTA JR., 2010, p. 213)

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

- I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
- II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;
- III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
- IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. (BRASIL, 2013f)

Ressalta-se que o indivíduo que estiver cumprindo pena neste regime “[...] trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga” (CAPEZ, 2010, p. 386), sendo necessário, para isso, trabalhar ou comprovar que há a possibilidade de cumprir tais condições.

O que se percebe nos casos concretos é a impossibilidade de efetivar-se, na íntegra, o regime aberto por falta de casas de albergado em determinados estados brasileiros.

Nos dizeres de Leal (2004, p. 408):

A grande maioria dos condenados em regime aberto cumpre o albergamento em presídios e cadeias, junto com presos em regime fechado e isto é prova inequívoca da precariedade de nosso sistema penal. Diante



desta triste e inadmissível situação contrária a norma penal, no caso de inexistência de Casa de Albergado, os tribunais têm admitido o albergamento no domicílio do condenado nas horas e dias de folga.

Nessa linha de pensamento, é necessário utilizar-se das ferramentas cabíveis para tentar trazer à sociedade um indivíduo diferente daquele que ingressou no sistema carcerário, ou seja, uma pessoa melhor, capaz de conviver em perfeita harmonia, mesmo que para isso tenhamos que adaptar a letra da norma com a realidade.

### 3.2 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

Dentro dessa perspectiva de reinserção do indivíduo ao convívio social, temos um dos mais importantes benefícios da execução da pena que é a progressão de regime. A contribuição na ressocialização do apenado é o principal objetivo, e se alcança na confiança e autodeterminação, ou seja, o Estado possibilita maior liberdade, já que o condenado cumpriu alguns requisitos impostos pela lei.

Nos dizeres de Capez (2010, p. 391):

O processo de execução é dinâmico e, como tal, está sujeito a modificações. Todavia, o legislado previu a possibilidade de alguém, que inicia o cumprimento de sua pena em um regime mais gravoso (fechado ou semiaberto), obter o direito de passar a uma forma mais branda e menos expiativa de execução. A isso denomina-se progressão de regime.

A progressão de regime é feita após cumprir alguns requisitos estipulados pelo *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal. O detento terá que cumprir 1/6 da pena no regime anterior (fechado ou semiaberto) e, também, demonstrar bom comportamento prisional para que o juiz possa deferir o benefício. Esta decisão do magistrado será sempre motivada e precedida pela manifestação do Ministério Público e do defensor, conforme o §1º do mesmo artigo. (NUCCI, 2009, p.391)

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.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (BRASIL, 2013f)

O critério subjetivo, que nada mais é que o bom comportamento carcerário, representa importante aliado ao indivíduo que deseja progredir de regime, pois ele precisa demonstrar que é merecedor deste benefício e que não irá prejudicar o restante da pena, já que sua liberdade aumentará em decorrência de um regime mais brando. (BITENCOURT, 2011, p. 526)

Os condenados aos crimes hediondos e equiparados devem cumprir a pena inicialmente em regime fechado, e não integralmente como a Lei 8.072/1990 previa, visto que a lei foi revogada com o advento da Lei 11.464/2007. (CAPEZ, 2010, p. 399)

Assim, com a chegada da nova lei, admiti-se a progressão de regime também aos crimes hediondos e equiparados, como a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Contudo, ao invés do cumprimento de 1/6 de pena, o apenado deverá cumprir 2/5 se for primário e 3/5 caso seja reincidente. (PRADO, 2010, p. 537)

Nucci (2009, p. 397) em sua obra, demonstrou seu posicionamento referente ao assunto:

Pensamos, entretanto, que a Lei dos Crimes Hediondos, ao vedar a progressão, impondo regime fechado integral era inconstitucional, não porque ofendia o princípio da humanidade, mas porque lesava a individualização executória da pena. Não deve haver pena-padrão em hipótese alguma.

Desta forma, tanto nos crimes considerados comuns, como também os hediondos e equiparados, também precisam demonstrar bom comportamento juntamente com o cumprimento de determinado tempo. Nada mais justo, já que um dos requisitos para a progressão é o merecimento do indivíduo.

Destaca-se que é admitida a progressão de regime antes do trânsito em julgado, conforme as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal e, além disso, o mesmo tribunal entende que “[...] não havendo vaga em local adequado para cumprimento da pena, é vedado obrigar o sentenciado a aguardar em regime mais rigoroso do que o de direito.” (ESTEFAM, 2010, p. 309)

Súmula 716

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL, 2013d)

## Súmula 717

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (BRASIL, 2013d)

Ocorrendo falta grave no decorrer da execução da pena, o condenado perderá o tempo de pena cumprido para fins de benefícios de execução de pena, ou seja, a contagem da fração de pena recomeçará a contar a partir do cometimento da infração. (ESTEFAM, 2010, p. 309)

É proibida a chamada “progressão por salto”, ou seja, progredir diretamente do regime fechado ao regime aberto, porquanto o apenado precisa cumprir uma fração da pena no regime anterior caso queira progredir de regime. Conseqüentemente, precisa passar pelo regime intermediário (semiaberto) para que o procedimento se concretize. (CAPEZ, 2010, p. 404)

Contudo, há uma possibilidade do indivíduo ir direto do regime fechado para o aberto. Isso ocorrerá quando não há vaga disponível em colônia penal, já que o apenado não pode responder pela carência do Estado. Por conta disso, cumprido os requisitos da progressão, aguardará no regime aberto até que se tenha uma vaga para o apenado e o mesmo seja transferido para o semiaberto. (ESTEFAM, 2010, p. 308)

Além do sistema progressivo, há também o regressivo, [...] no qual ocorre o inverso, ou seja, o condenado é transferido de um regime para outro, agora mais severo. (PRADO, 2010, p. 538)

Ocorre que, o indivíduo poderá partir do regime semiaberto para o fechado ou, ainda, do aberto diretamente para o fechado, caso ele demonstre incompatibilidade com o regime em que se encontra, pois o Estado não poderia permitir que o mesmo permanecesse no regime em que está depois de ter descumprido as normas determinadas, sob pena de acarretar prejuízos não só sobre sua própria pena, mas também no convívio social. (BITENCOURT, 2011, p. 532)

Neste sentido, encontra-se a denominada regressão por falta, estabelecida no inciso I do art. 118 Lei de Execução Penal, regredindo para um regime mais rigoroso o apenado que cometer fato definido como crime doloso ou falta grave. (NUCCI, 2009, p. 398)

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111). (BRASIL, 2013f)

Existe, ainda, outra maneira de o condenado ir de um regime brando para outro mais rigoroso, é o que se vê no art. 111 da Lei de Execução Penal, o qual diz que “quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada quando for o caso, a detração ou a remição”. (BRASIL, 2013f)

Por fim, caberá ao preso decidir o caminho que quer seguir no decorrer da execução penal, pois há tanto a progressão de regime para beneficiá-lo, como a regressão para punição.

### 3.3 REMIÇÃO DE PENA

A remição é a forma de se abater a pena pelo labor, ou seja, com a força de trabalho do condenado ele poderá diminuir o montante de pena a ser cumprido. (NUCCI, 2009, p. 412)

Bitencourt (2011, p. 540) leciona sobre o tema:

Remir significa resgatar, abater, descontar, pelo trabalho realizado dentro do sistema prisional, parte do tempo de pena a cumprir. O preso provisório, que não está obrigado ao trabalho, se trabalhar também poderá remir parte de sua futura condenação.

A remição é direito que o apenado possui de a cada três dias de trabalho, descontar do total de sua pena, um dia. Para obter este benefício é essencial o trabalho propriamente dito, caso não haja a possibilidade de trabalhar, não ocorrerá a remição, salvo o impossibilitado por acidente de trabalho, que mesmo parado, terá o direito de remir a pena. (CAPEZ, 2010, p. 414)

O benefício se aplica a todos os indivíduos, estejam eles no regime fechado ou semiaberto, não importando o montante da pena a ser cumprido, nem a primariedade ou reincidência do crime, pois todos possuem o direito de remir suas

penas por meio do labor, desde que efetivamente demonstrem bom comportamento e realmente trabalhem. (LEAL, 2004, p. 415)

Para que ocorra a remição, os beneficiários precisam cumprir jornada de trabalho de seis a oito horas diárias, com descanso nos domingos e feriados. As horas excedentes só serão computadas como extras quando o preso for obrigado a trabalhar além da carga horária estipulada, caso contrário não o será. (ESTEFAM, 2010, p. 311)

Como todo benefício, o bom comportamento carcerário é indispensável para que o indivíduo possa usufruí-lo, visto que não basta meramente ter vontade de exercer um direito sem merecê-lo efetivamente. Além disso, aquele que for punido por falta grave, poderá perder até 1/3 (um terço) do tempo remido, conforme estipulado no artigo 127 da Lei de Execução Penal.

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (BRASIL, 2013f)

Com o advento da lei 12.433/2011, o condenado ao regime fechado ou semiaberto passou a ter direito de remir a pena também pelos estudos, pois a cada doze horas de frequência escolar, um dia da pena é remido. O apenado poderá participar de atividades do ensino fundamental a superior, inclusive profissionalizante, de acordo com o artigo 126, §1º, I da mesma lei.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (BRASIL, 2013g)

Ademais, o impossibilitado de prosseguir nos estudos, por acidente, também continuará a beneficiar-se com a remição, haja visto que a regra também se aplica ao apenados estudantes.

Senão vejamos:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

[...]

4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (BRASIL, 2013g)

É importante destacar que o tempo a remir será acrescido de 1/3 (um terço) em função das horas de estudo, caso ocorra a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior no decorrer do cumprimento da pena, desde que o certificado seja ratificado pelo órgão competente do sistema de educação.

Nos dizeres de Costa Jr. (2010, p. 219):

É notório o papel fundamental que a alfabetização e, sobretudo, a cultura desempenham na ressocialização do recluso. Propiciando consciência da ilicitude e reforçando os freios inibitórios, a cultura que venha o presidiário a adquirir irá contribuir substancialmente no combate ao crime e na recuperação do criminoso. O fato independe de demonstração estatística, por ser evidente.

Com a remição, além de diminuir o tempo de pena a ser cumprido, o tempo remido abrirá caminho para outros benefícios, já que “não se trata aqui de mero abatimento dos dias de trabalho no total da pena imposta, posto que o tempo remido deve ser computado como sanção penal efetivamente cumprida pelo sentenciado.” (PRADO, 2010, p. 544)

Deve o apenado, portanto, utilizar deste benefício para que cumpra sua pena em um período mais curto e, além disso, quando remido por meio dos estudos, poderá adquirir conhecimento e cultura para sua vida.

### 3.4 LIVRAMENTO CONDICIONAL

Aponta-se, também, o livramento condicional, como benefício que garante ao indivíduo uma antecipação de sua liberdade, mediante o cumprimento de pena em determinadas condições, visando a readaptação ao convívio social. (ESTEFAM, 2010, p. 393)

Para Leal (2004, p.416), livramento condicional:

É o direito que a lei concede ao condenado, que cumpriu parte da pena privativa de liberdade com bom comportamento prisional e revelou ter mérito para ser reintegrado na vida social, de cumprir o restante da pena em liberdade, sob determinadas condições.

O benefício é direito do condenado e não faculdade judicial, visto que preenchidos os pressupostos necessários para sua concessão e cumpridas todas as condições impostas, será medida obrigatória e não facultativa. (PRADO, 2010, p. 621)

O requerimento do benefício poderá ser feito pelo condenado, por seu cônjuge, ascendente ou descendente, por proposta do diretor do estabelecimento penal ou, ainda, por iniciativa do Conselho Penitenciário. (LEAL, 2004, p. 422)

Além disso, referente à união estável, só poderá requerer o benefício se a união for documentada, ou seja, com contrato e distrato de convivência devidamente registrados judicialmente. Sendo assim, não será todo companheiro capaz de requerer o benefício, haja vista necessário a comprovação de que a relação foi efetuada judicialmente. (PRADO, 2010, p. 624)

Para a concessão do livramento condicional o apenado precisará cumprir alguns requisitos objetivos e subjetivos que indiquem estar apto ou não para ser posto em liberdade.

Representam os requisitos objetivos a fixação de pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, o cumprimento de um terço, se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; metade, se reincidente em crime doloso; mais de dois terços, se autor de crime hediondo, desde que não seja reincidente específico e, por fim, ter reparado o dano causado pela infração cometida, a não ser que comprovadamente demonstre que não possui condições, conforme art. 83 e incisos do Código Penal.

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:  
I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;  
II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;  
III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;  
IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;  
V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (BRASIL, 2013h)

Segundo Bitencourt (2011, p. 749):

A soma de penas é permitida para atingir esse limite mínimo, mesmo que tenham sido aplicadas em processos distintos. A soma de penas para fins de livramento condicional, que era uma faculdade concedida pelo art. 60, parágrafo único, do Código Penal de 1940, com a redação da Lei n. 6416, foi transformada em dever.

O autor de crime hediondo para obter o benefício não poderá ser reincidente específico que, nada mais é do que cometer o mesmo tipo previsto da mesma lei duas vezes, no caso em questão, a lei dos crimes hediondos. (CAPEZ, 2010, p. 523)

O indivíduo primário que possui maus antecedentes e que não foi condenado por crime hediondo deverá cumprir metade da sua pena, “[...], pois, o art. 83, I, exige “duplo requisito” e é expreso acerca da impossibilidade de concessão do livramento com 1/3 da pena a quem possua maus antecedentes.” (NUCCI, 2011, p. 555)

Existem, ainda, os requisitos subjetivos, tais como: bons antecedentes, comportamento carcerário satisfatório, aptidão para prover o próprio sustento mediante trabalho honesto, bom aproveitamento no trabalho que lhe foi atribuído e, para os condenados por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, deverá ser comprovado, por meio de suas atitudes durante a execução da pena, que não voltará a delinquir quando posto em liberdade. (ESTEFAM, 2010, p. 397)

O condenado que pretende adquirir o livramento condicional a partir do cumprimento de 1/3 da pena - desde que não reincidente em crime doloso - precisará, obrigatoriamente, possuir bons antecedentes. Por conta disso, aquele que praticou outras infrações penais anteriormente ou, ainda, que possua observações consideradas como maus antecedentes em sua ficha criminal, não usufruirá do benefício, pelo menos não após o cumprimento de 1/3 da pena e sim nas outras hipóteses acima mencionadas. (BITENCOURT, 2011, p. 752)

O bom comportamento carcerário depende apenas do apenado em si, visto que, “o que se exige hoje do condenado é que demonstre boa capacidade de adaptação social para com funcionários e companheiros de prisão, para com familiares, denotando disciplina e cordialidade.” (COSTA JR., 2010, p. 299)

Para Leal (2004, p. 420):



Como a lei utiliza o termo comportamento satisfatório, deve-se entender que o condenado que tiver cometido faltas disciplinares leves, não perderá o direito ao livramento. Já se decidiu que uma simples fuga, sem violência e no início da execução, não deve impedir a concessão da liberdade condicional, desde que tenha havido excelente comportamento na vida carcerária.

Portanto, mesmo cometendo alguns deslizes, desde que leves, terá o direito de adquirir o livramento condicional, pois o objetivo primordial da pena é a ressocialização. Sendo assim, um bom comportamento perante o estabelecimento prisional é ponto positivo para concessão do possível benefício que trará o apenado de volta à sociedade.

O trabalho prisional, desde que possível, uma vez que a omissão pelo poder público não poderia impedir a efetivação do benefício, é ferramenta primordial para a concessão do livramento condicional. Por isso, o bom desempenho no trabalho é indispensável, pois é no labor diário que o apenado será avaliado perante o estabelecimento penal, averiguando-se seu comportamento. (NUCCI, 2011, p. 557)

O apenado, também, precisa demonstrar que possui aptidão física para prover sua própria subsistência quando posto em liberdade.

Ora, aquele que demonstrou bom desempenho no labor durante a execução penal e comportamento adequado, conseqüentemente estará em condições de trabalhar regularmente quando em liberdade condicional. Contudo, caso não comprove que honestamente proverá sua própria subsistência, não será concedido o benefício, já que a sociedade não pode correr o risco de o preso buscar seu sustento ilicitamente. (LEAL, 2004, p. 421)

Nos dizeres de Leal (2004, p.421):

Não exige a lei a prova de que o liberando vai exercer efetivamente determinado trabalho, através de apresentação do contrato de trabalho ou promessa formal de emprego, pois aptidão significa possibilidade ou capacidade efetiva para desenvolver uma atividade profissional lícita.

Ainda, aquele que tenha sido condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, deverá demonstrar que, por suas condições pessoais, não voltará a delinquir. Um dos mais difíceis, se não o mais, este requisito subjetivo requer uma certa confiança por parte do poder público, pois aquele que cometeu um crime deste porte poderia ficar suscetível aos menos graves.

Vale lembrar que os critérios deverão ser averiguados pelo juiz da execução, que formará “[...] sua convicção com as informações e documentos constantes do processo” (PRADO, 2010, p. 623) e, se achar conveniente, concederá o benefício ao indivíduo.

Além dos requisitos objetivos e subjetivos existem ainda condições classificadas em obrigatórias e facultativas, que serão impostas ao condenado quando concedido o benefício ou, ainda, podendo ser modificadas durante a execução do livramento. Esse terá o direito de recusá-las, entretanto, não usufruirá do livramento condicional caso não as cumpra. (COSTA JR., 2010, p. 300)

São condições obrigatórias: obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação e, não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste<sup>1</sup>.

Importante destacar que o artigo não estipulou o prazo para obtenção do labor, visto que, infelizmente, ainda é muito grande o preconceito da sociedade diante de ex-detentos, impossibilitando muitas vezes o retorno ao trabalho. (NUCCI, 2011, p. 560)

Por conta disso, para que o juiz da execução tenha maior controle perante o apenado, foi condicionado ao beneficiário a comunicação periodicamente de sua ocupação. O magistrado fixará “[...] o prazo máximo possível de intervalo para essas comunicações periódicas, de forma a não prejudicar a relação empregatícia do egresso [...]”<sup>2</sup>.” (BITENCOURT, 2011, p. 759)

Caso o beneficiário queira mudar da comarca, precisará de autorização judicial, estipulada pelo juiz da execução. Se autorizado pelo magistrado, será remetida cópia da sentença do livramento ao Juízo no qual foi transferido o indivíduo e, também, a autoridade que possui o papel de fiscalizar o cumprimento do benefício. (PRADO, 2010, p. 624)

O juiz poderá, também, impor outras obrigações consideradas facultativas, tais como: não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada e, não frequentar determinados lugares<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver art. 132, §1º, LEP. (BRASIL, 2013f)

<sup>2</sup> Ver art. 26, II, da LEP. (BRASIL, 2013f)

<sup>3</sup> Ver art. 132, §2º, LEP. (BRASIL, 2013f)

Diferentemente da condição obrigatória imposta, na qual estipula uma autorização judicial para alteração de comarca, a mudança de residência dentro da própria comarca é absolutamente possível, basta que o apenado informe sua localização atual. (BITENCOURT, 2011, p. 760)

Já a fixação de hora para o detento recolher-se a sua moradia, “[...] visa a afastá-lo de ambientes ou companhias impróprios, incentivando seu pronto regresso à moradia.” (PRADO, 2010, p. 624)

Ainda, com intuito de afastar o apenado de lugares impróprios, poderá o juiz determinar que ele não frequente certos lugares, na maioria das vezes, ambientes que possibilitam maior facilidade em adquirir bebidas e drogas. Entretanto, o magistrado não poderá proibir ao beneficiário de se divertir, buscando lugares como teatros, shows e espetáculos, para enriquecer o conhecimento e trazer alegria ao condenado. (BITENCOURT, 2011, p. 761)

Com o descumprimento das condições impostas o benefício pode ser revogado, pois esta é uma oportunidade que o apenado possui de demonstrar que realmente está pronto para conviver em sociedade, e se não cumprí-las nada mais justo do que voltar ao estabelecimento penal ou puni-los pelo descumprimento das obrigações.

O livramento condicional poderá ser revogado obrigatoriamente ou, ainda, facultativamente. Dependerá dos motivos que ensejaram a revogação do benefício.

O livramento será obrigatoriamente revogado quando por sentença condenatória irrecorrível de crime cometido durante a vigência do livramento condicional ou, por sentença irrecorrível de crime cometido anteriormente à vigência do benefício, observado o disposto no art. 84 do CP<sup>4</sup>.

Se ocorrer o revogamento por crime cometido durante a vigência do livramento condicional, todo o período em que o apenado cumpriu o benefício em liberdade não será computado como efetivo cumprimento de pena e precisará cumprir todo esse tempo na prisão. Além disso, perderá o direito de requerer uma segunda tentativa do livramento. (LEAL, 2004, p. 425)

Segundo Capez (2010, p. 528):

Na hipótese de crime cometido durante a vigência do benefício (art. 86, I): praticado pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua

---

<sup>4</sup> Ver art. 86, incisos I e II do CP. (BRASIL, 2013h)

prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final (LEP, ART. 145).

Entretanto, se o revogamento se der pela condenação de crime cometido anteriormente a vigência do livramento, o período em que o apenado cumpriu o livramento condicional é computado como efetivamente cumprido, possuindo o direito de somar o que resta de sua pena já cumprida com a nova condenação e, por conta disso, poderia pleitear por benefícios como o livramento condicional, visto que neste caso o indivíduo não perde o direito de requisitá-lo novamente. (CAPEZ, 2010, p. 528)

O livramento condicional pode, ainda, ser facultativamente revogado quando: deixar o liberado de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou, ser condenado irrecorrivelmente, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade<sup>5</sup>.

O condenado que descumprir quaisquer das obrigações constantes da sentença, sejam aquelas obrigatórias ou facultativas<sup>6</sup>, poderá ter o benefício revogado. No entanto, não é um poder dever do juiz, porquanto cabe a ele analisar cada situação e decidir pelo que achar mais conveniente, como talvez optar por advertir ou exacerbar as condições. (ESTEFAM, 2010, p. 398)

Nos crimes de menor potencial ofensivo e nas contravenções punidas com penas não privativas de liberdade, quando cometidos pelo apenado, podem ocasionar a revogação facultativa do livramento condicional. Ocorre aqui a chamada perda de confiança, já que por menor consequência que o delito possa ocasionar é um crime e, por conta disso, o magistrado poderá revogar o benefício ou, também, advertir ou exacerbar as condições. (BITENCOURT, 2011, p.764)

É importante destacar que “[...] é inadmissível a revogação do livramento condicional sem a prévia oitiva do condenado e a oportunidade de se defender”, já que o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados ao condenado. (CAPEZ, 2010, p. 531)

Por fim, se durante a execução do livramento condicional não ocorrer nenhum tipo de quebra de condições, a pena privativa de liberdade será declarada extinta e as condições impostas não terão efeitos. Além disso, “se, findo o período

---

<sup>5</sup> Ver art. 87 do CP. (BRASIL, 2013h)

<sup>6</sup> Ver art. 132, §§ 1º e 2º, da LEP. (BRASIL, 2013f)

de prova, houver ainda processo pendente de decisão em razão de crime cometido antes da obtenção do livramento, o juiz deverá decretar a extinção da punibilidade, sem prorrogação do período de prova.” (COSTA JR., 2010, p. 302)

Resta claro que apesar das determinações impostas na execução da pena, o livramento condicional possibilita ao condenado o cumprimento do restante da pena em liberdade, representando um benefício importante na ressocialização do indivíduo.

### 3.5 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Suspensão condicional da pena é o “direito público subjetivo do réu de, preenchidos todos os requisitos legais ter suspensa a execução da pena imposta, durante certo prazo e mediante determinadas condições.” (CAPEZ, 2010, p. 506)

O benefício tem como intuito evitar que o condenado não reincidente, cuja pena não seja superior a dois anos e, em alguns casos, até quatro anos, não seja encaminhado ao cárcere, mediante o cumprimento de algumas condições, fixadas pelo juiz e, ainda, dentro de um período de prova pré-definido. (NUCCI, 2011, p. 541)

Além disso, busca-se retirar o condenado primário dos efeitos produzidos pelo sistema penitenciário, haja vista a carência dos estabelecimentos penais brasileiros. Não seria justo, portanto, com aqueles que praticaram crime de menor potencial ofensivo e que demonstrem capacidade de cumprir as condições exigidas para beneficiar-se da suspensão, cumprir pena em cárcere privado, mesmo que em curto período de tempo. (ESTEFAM, 2010, p. 379)

Contudo, o juiz deverá verificar, antes de aplicar a suspensão condicional da pena, a possibilidade de aplicar ou não as penas restritivas de direito ou a multa em substituição à pena privativa de liberdade, isso porque, somente depois de verificado a impossibilidade de aplicação destas penas, é que ele poderá permitir a aplicação do benefício. (CAPEZ, 2010, p.506)

Existem duas espécies de suspensão condicional da pena previstas legalmente: a suspensão condicional comum (também chamada de simples) e, a suspensão condicional especial, referente à idade do condenado (fator etário) e em razão das condições de saúde do condenado (fator humanitário). (ESTEFAM, 2010, p. 383)

Segundo a suspensão condicional comum, o indivíduo fica sujeito às condições impostas pelo §1º do art. 78 do Código penal, ou seja, no prazo de um ano ficará o beneficiado submetido à prestação de serviços à comunidade e a limitações nos fins de semana, dentro de um período probatório de dois a quatro anos. (CAPEZ, 2010, p. 511)

Na suspensão condicional especial, o apenado é submetido às condições impostas pelo §2º do art. 78 do Código penal, como a proibição de frequentar determinados lugares, de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, ou, ainda, comparecimento pessoal e obrigatório a juiz, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, em um período probatório de dois a quatro anos. (NUCCI, 2011, p. 542)

O indivíduo que possuir 70 anos na data da sentença, se condenado à pena não superior a quatro anos e preenchido os requisitos do art. 77 do Código Penal poderá ter a sua pena suspensa, cujo período probatório será de quatro a seis anos. Assinala-se que, neste caso, a doutrina identifica como sendo o *sursis etário*. (ESTEFAM, 2010, p. 387)

Por fim, poderá ocorrer, ainda, a suspensão condicional em razão de sérios problemas de saúde do condenado. O período de prova, assim como na suspensão em razão da idade, é de quatro a seis anos. Aqui, recebe o nome de *sursis humanitário*. (COSTA JR., 2010, p. 292)

Segundo Capez (2010, p. 513), “período de prova: é o prazo em que a execução da pena privativa de liberdade imposta fica suspensa, mediante o cumprimento das condições estabelecidas.”

Para a concessão do benefício é necessário que o condenado cumpra certos requisitos, divididos em objetivos, subjetivos e objetivo-subjetivo, todos previstos no artigo 77 do Código Penal. (NUCCI, 2011, p. 542)

Com relação aos requisitos objetivos tem-se que a aplicação da pena privativa de liberdade não poderá ser superior a dois anos e o condenado não ser reincidente em crime doloso, a não ser que no crime doloso tenha sido aplicada pena de multa. Neste caso, pode-se aplicar a suspensão condicional da pena, mesmo que reincidente. (NUCCI, 2011, p. 542)

Ao mesmo tempo, serão aferidos os requisitos subjetivos. São eles a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias que autorizem a concessão do benefício (art.

77, II do Código Penal), todos analisados pelo juiz no momento da aplicação do benefício. (COSTA JR., 2010, p. 293)

Neste sentido, leciona Dotti (2010, p. 677):

A circunstância do condenado estar respondendo a outro processo (inquérito policial ou ação penal) não o impede de ter suspensa a execução da pena. Trata-se de aplicar o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado.

Enfim, o requisito objetivo-subjetivo é aquele que estabelece não caber a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pois, caso contrário, não caberá a suspensão condicional da pena. (NUCCI, 2011, p. 542)

Para Capez (2010, p. 509):

Tal requisito justifica-se porque no sursis, operada a revogação do benefício, o condenado terá de cumprir toda a pena privativa de liberdade imposta, uma vez que, durante o período de prova, esta não foi executada, ao contrário, a sua execução ficou suspensa condicionalmente. Isto significa que não se desconta o período em que o sentenciado esteve solto. [...] Na pena alternativa, ao contrário, o juízo da condenação promove uma verdadeira substituição: troca a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Com isso, cada dia de execução é um dia a menos de pena, de modo que, ocorrendo à revogação, somente serão cumpridos os dias faltantes, respeitado apenas o limite de 30 dias (CP, art. 44, §4º).

Portanto, caso haja descumprimento das condições impostas o benefício será revogado e, por conta disso, o condenado terá que cumprir toda pena, já que essa fica apenas suspensa e não substituída, como ocorre nas penas alternativas.

Sendo assim, quais seriam essas condições? Existem as condições judiciais e as legais. As condições judiciais são todas aquelas aplicadas pelo magistrado referentes ao caso concreto, e que se definiram de acordo com a situação pessoal de cada agente, em que “[...] consideram-se válidas a imposição de submissão a processo de desintoxicação, o comparecimento periódico a clínica de recuperação de traumatizados e a frequência a aulas teóricas em “estabelecimento oficial de trânsito para reeducar-se quanto às regras indispensáveis ao tráfego de automóveis.” (ESTEFAM, 2010, p. 384)

A condição legal, por outro lado, se subdivide em direta e indireta. A condição legal direta (obrigações que devem ser cumpridas) é aquela prevista no art. 78, §1º do Código Penal, ou seja, a prestação de serviços a comunidade. Já as

indiretas, são aquelas que dão causa a revogação do benefício, implícitas no artigo 81, *caput* e §1º do Código Penal. (ESTEFAM, 2010, p. 384)

O descumprimento de quaisquer dessas condições, seja legais ou judiciais, poderá ocasionar a revogação obrigatória do benefício, diante das situações previstas nos incisos, e facultativamente, no caso do §1º, do art. 81 do Código Penal. (DOTTI, 2010, p. 678)

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:  
 I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;  
 II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;  
 III - descumpra a condição do § 1º do art. 78 deste Código.  
 § 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpra qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. (BRASIL, 2013h)

Segundo Nucci (2011, p. 543), “cumprida as condições e decorrido o período de prova, sem ter havido revogação, considera-se extinta a punibilidade<sup>7</sup>.”

Como em todos os outros benefícios, a perfeita execução depende do beneficiário, tendo em vista que as condições impostas pelo Poder Judiciário só depende da atuação do indivíduo e, por conta disso, aquele que cumprir corretamente o que lhe for imposto, usufruirá do benefício por completo.

### 3.6 PERMISSÃO DE SAÍDA E SAÍDA TEMPORÁRIA

A permissão de saída é uma autorização, mediante escolta, aos presos que se encontrem em quaisquer dos regimes de execução da pena. Portanto, mesmo que o apenado esteja no regime fechado ou semiaberto poderá usufruir deste benefício. (ESTEFAM, 2010, p. 312)

Entretanto, para que haja a permissão de saída ao preso é necessário a ocorrência de uma situação emergencial, como o tratamento médico ou a ocorrência de luto, pois, só assim, caberia a concessão do benefício, que neste caso é concedido pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o apenado. (GOMES, 2007, p. 866)

Já na saída temporária, a autorização da saída dependerá do bom comportamento carcerário do sentenciado, que só poderá usufruir do benefício no

<sup>7</sup> Ver art. 82, do Código Penal. (BRASIL, 2013h)



regime semiaberto, e mediante o cumprimento de um sexto da pena, em caso de réu primário, e um quarto da pena, se for reincidente e, ainda, ter compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. (NUCCI, 2009, p. 407)

Ao contrário da permissão de saída, os beneficiários da saída temporária não possuem vigilância direta e não dependem de situações emergenciais para a concessão do benefício, porém, além de possuir limites para ser concedida, a saída temporária depende, obrigatoriamente, de decisão judicial para ser concedida. (ESTEFAM, 2010, p. 312)

Importante destacar que, segundo o parágrafo único do artigo 122 da Lei de Execuções Penais, o juiz da execução poderá utilizar de equipamento de monitoração eletrônica para que haja maior segurança diante da ausência de vigilância direta do apenado.

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (BRASIL, 2013f)

O apenado poderá obter, ainda, autorização para a saída temporária nos casos de visita à família, freqüência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução e, por fim, para participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Estas autorizações são importantes para o condenado que está cumprindo pena, mormente considerando carente sistema carcerário atual, de modo que estes benefícios demonstram a importância com a qualidade de vida, com a integridade e até, com os sentimentos do preso, já que com estas permissões será possível voltar ao convívio com familiares e com a sociedade.

#### **4 DA (IM)POSSIBILIDADE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO DA PENA AO PRESO ESTRANGEIRO EM PROCESSO DE EXPULSÃO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Neste capítulo serão abordados os entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos anos de 2010 a 2013, acerca da concessão de benefícios aos presos estrangeiros em processo de expulsão, buscando demonstrar quais são os argumentos favoráveis, e quais os contrários.

##### **4.1 ENTEDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS**

Analisando os entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, não houve entendimentos contrários em relação à concessão da

progressão de regime aos presos estrangeiros em processo de expulsão. Em relação a outros benefícios, delimitando-se o lapso temporal entre os anos de 2010 a 2013, houve apenas um julgado referente à concessão do livramento condicional.

Por conta disso, neste tópico, em relação a concessão de progressão de regime, serão apenas analisados os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, porquanto possui o maior número de julgados contrários em relação à concessão dos benefícios aos presos estrangeiros em processo de expulsão.

Além disso, para que não haja repetição de argumentos, a argumentação acompanhará a decisão adotada. Sendo assim, segue a análise dos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais, a fim de verificarmos o posicionamento no decorrer dos anos.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

- O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal.

- Contudo, essas benesses devem ocorrer somente quando não houver decreto de expulsão ou processo de expulsão em andamento, conforme vem decidindo os Tribunais Superiores. É o caso dos autos.

- Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para cassar o acórdão do Tribunal a quo e restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu a progressão de regime ao paciente.

(BRASIL, 2014i)

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em muitos dos julgados, é de apenas conceder benefícios aos presos estrangeiros que não possuem processo de expulsão, pois se há este empecilho não os concedem, como demonstra o voto da Ministra Mariza Maynard:

O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal, tendo em vista a igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros, devendo-se atentar para a sua condição de pessoa humana, com proteção constitucional e no âmbito dos Direitos Humanos, aplicáveis não só às relações internacionais, mas a todo o ordenamento jurídico interno, principalmente às normas de direito penal e processual penal, por incorporarem princípios que definem os direitos e garantias fundamentais. Contudo, essas benesses devem ocorrer somente quando não houver decreto de expulsão ou processo de expulsão em

andamento, conforme vem decidindo os Tribunais Superiores. (BRASIL, 2014i)

Neste mesmo sentido, são os *habeas corpus* nº 159.070/SP, nº 248.292/SP e nº 272.080/SP, que tiveram como Relatores o Ministro Gilson Dipp, Campos Marques e Laurita Vaz, respectivamente, conforme acórdãos a seguir<sup>8</sup>:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. PACIENTE ESTRANGEIRA. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.

Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado. Precedentes do STJ. Ordem denegada. (BRASIL, 2014j)

E:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL.

PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO.

SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. EXPULSÃO JÁ DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME.

IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A Colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento ou que já teve sua expulsão decretada. Precedentes.

2. Ordem de Habeas corpus denegada.  
(BRASIL, 2014k)

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal assegura, explicitamente, os direitos aos estrangeiros residentes no país. Contudo, isso não significa que tais direitos não se aplicam aos estrangeiros que estejam de passagem ou, ainda, qualquer outro estrangeiro, independentemente de qual seja sua condição.

Pedro Lenza (2012, p. 963) leciona sobre este tema em sua doutrina:

O *caput* do art. 5.º faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e estrangeiros residentes no País. Contudo, a estes destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, turismo), os apátridas e as pessoas jurídicas.

<sup>8</sup> Ainda, no mesmo sentido, ver *habeas corpus* 143.413/MS e 228.730/SP, ambos de relatoria da Ministra Laurita Vaz, e *habeas corpus* 224.581/SP e agravo regimental no *habeas corpus* 266.037/MG, ambos de relatoria da Ministra Marilza Maynard, todos em anexo.

Nada impediria, portanto, que um estrangeiro, de passagem pelo território nacional, ilegalmente preso, impetrasse habeas corpus (art. 5.º, LXVIII) para proteger o seu direito de ir e vir. Deve-se observar, é claro, se o direito garantido não possui alguma especificidade, como ação popular, que só pode ser proposta pelo cidadão.

Portanto, os mesmos direitos que são assegurados para os brasileiros e estrangeiros residentes no país devem ser aplicados também a qualquer estrangeiro. Isso significa dizer, que a vida, a liberdade, a segurança, a igualdade e a propriedade de qualquer pessoa devem ser respeitadas.

Identifica-se nos entendimentos que a dignidade da pessoa humana, valor intrínseco em todo ser humano, é base para todos os outros direitos fundamentais. Assim sendo, nessa linha, a privação da liberdade quando não respeitados os direitos do apenado, estaria por si só, violando a dignidade, visto que a permanência integral no regime fechado afronta inúmeros direitos fundamentais na averiguação jurisprudencial.

Assevera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tamanha importância e dimensão que a pessoa humana possui. Por conseguinte, deve ser, acima de tudo, respeitado diante das aplicações de medidas nas execuções de pena, refletindo nos cenários das decisões.

Nota-se que o entendimento da Ministra Mariza Maynard é no sentido de igualar nacionais e estrangeiros, devendo ser respeitados a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais decorrentes deste princípio, como também, os tratados de Direitos Humanos recepcionados pelo Brasil que possuem aplicação interna e em suas relações internacionais e, ainda, respeitar as normas de direito penal e processual penal. Entretanto, se houver decreto de expulsão ou processo de expulsão em andamento, esta igualdade não deve mais prosperar, visto que, segundo a Ministra, é o que vem decidindo os Tribunais Superiores.

Adiante, analisam-se acórdãos que indeferiram a concessão de livramento condicional a presos estrangeiros que estavam em processo de expulsão ou, ainda, que possuíam inquérito de expulsão em seu favor.

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no País, constitui empecilho ao livramento condicional do estrangeiro

condenado. 2. A análise dos requisitos para concessão do benefício de livramento condicional ultrapassa os limites estreitos do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2014l)

Neste mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO.

PROCESSO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

1. Há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2014m)

Ainda, completando:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA.

NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO COMO WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE.

ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS COM DECRETO DE EXPULSÃO.

LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de livramento condicional ao sentenciado estrangeiro que possui decreto de expulsão deferido.

5. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

6. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2014n)

Como se vê, o principal argumento para a não concessão do benefício é a impossibilidade do estrangeiro, em processo de expulsão, obter uma ocupação lícita ou residência fixa, conforme voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no *Habeas Corpus* nº 173.955/SP.

Constata-se, a princípio, a impossibilidade de conciliação entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. (BRASIL, 2014m)

Segundo Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2014m), o fato da estrangeira possuir inquérito de expulsão em andamento inviabiliza o atendimento das condições a que o livramento condicional estabelece.

Averigua-se no entendimento que as condições legais necessárias para a concessão do benefício é a obtenção de ocupação lícita e a manutenção da residência fixa. No entanto, tendo o estrangeiro inquérito ou decreto de expulsão, é impossível a permanência do mesmo no país em função de sua situação irregular, de modo que será incapaz de cumprir tais requisitos.

Frisa-se que, mesmo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ter entendimento de que se deve conceder livramento condicional ao preso estrangeiro em qualquer situação, esse não é o posicionamento da Quinta Turma.

Diante dos motivos aqui expostos, o Ministro Marco Aurélio denegou o *Habeas Corpus*.

Em outro julgado, o Ministro Campos Marques adotou posicionamento interessante, que será analisado a seguir:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.  
DESCABIMENTO.  
RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.  
ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXECUÇÃO PENAL.  
PROGRESSÃO DE REGIME.  
REQUISITO SUBJETIVO. ESTRANGEIRO QUE RESPONDE A  
PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXPULSÃO.

[...]

4. O STJ entende que a progressão de regime ao preso estrangeiro, que tenha em seu desfavor processo administrativo decorrente de sua situação irregular no país, deve estar amparada em elementos concretos que assegurem a futura aplicação do decreto executivo de expulsão 5. Habeas corpus não conhecido.

(BRASIL, 2014o)

Foi o voto do Relator:

Apesar de o Código Penal, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/80) e a Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84) não fazerem qualquer restrição aos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no país e de esta Corte entender que a situação irregular de estrangeiro no país não

é circunstância capaz de, por si só, obstaculizar o acesso a benefícios executórios, se houver instauração de processo de expulsão, tal como ocorre neste caso, entende o Superior Tribunal de Justiça que resta inviabilizada a concessão do benefício da progressão de regime. Isto porque a progressão, nesta situação particular, reveste-se de maior cautela, uma vez que, além de permanecer em situação irregular, o paciente tem contra si um processo decorrente do fato de a sua permanência em território nacional ser tida como inconveniente, conforme o art. 65 da Lei nº 6.815/80, ao passo que a progressão tem por escopo a recondução paulatina do condenado ao meio social de que proveio, de modo que a implementação desta condição opõe-se frontalmente aos propósitos daquela. (BRASIL, 2014o)

Ressalta-se que a Lei não traz nenhuma restrição a aplicação de direitos aos presos estrangeiros que cumpram pena no Brasil, estejam eles com processo de expulsão ou não. Todavia, para o STJ, a simples situação irregular do estrangeiro no país não impediria a concessão do benefício, mas havendo processo de expulsão restaria impossível tal benesse.

Frisa-se que a medida expulsória implica na situação irregular do estrangeiro no país. Deste modo, mesmo que a progressão de regime tenha o objetivo de trazer o apenado novamente ao convívio social, não seria adequado, já que esta sendo expulso pelo fato de sua permanência em território nacional ser tida como inconveniente.

Anota-se, ainda, a argumentação em alguns julgados no sentido de poder a concessão de benefícios frustrar o processo de expulsão se o estrangeiro for posto em liberdade, em virtude da fuga, a fim de evitar a expulsão.

#### 4.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

O Supremo Tribunal Federal, apesar de poucos julgados, vem entendendo que é possível conceder aos estrangeiros em processo de expulsão, a progressão de regime, visto que o contrário afetaria diversos princípios constitucionais.

Nesse contexto tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal que concedeu ao estrangeiro em processo de expulsão a progressão de regime.

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC



concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.

(BRASIL, 2014p)

A Ministra Ellen Gracie denegou o *habeas corpus* julgando incompatível a concessão da progressão do regime, pois poderia afetar a própria medida expulsória. Ao mesmo tempo, defendeu a incompatibilidade por haver um processo de expulsão e o regime semiaberto permitir saídas temporárias e trabalho externo, dependendo, portanto, de situação regular no país para usufruir da progressão, conforme artigo 98 da Lei 6.815/80. (BRASIL, 2014p)

Após o voto da Ministra Ellen Gracie, que foi acompanhada pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, o Ministro Cezar Peluso requereu vista do processo a fim de analisá-lo. (BRASIL, 2014p)

Diante disso, o Ministro Cezar Peluso entendeu que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal se aplica a todos os estrangeiros, e não só aos residentes no país como se entende pela leitura do *caput* do artigo. (BRASIL, 2014p)

Neste sentido, é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 272):

A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.

[...]

É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado.

Portanto, conclui-se que o *caput* do artigo 5º aplica-se a todos os estrangeiros, e não somente aos residentes no país. A dignidade do ser humano deve ser respeitada perante todos os homens, independentemente de nacionalidade, cor, sexo ou religião.

Nessa perspectiva, o Ministro Cezar Peluso passou a verificar os fatores que vedariam a progressão de regime, tais como: impossibilidade de residência fixa, de obter ocupação lícita e pendência de procedimento de expulsão. (BRASIL, 2014p)

Referente à impossibilidade de residência fixa, o Ministro entendeu que nada impediria a estrangeira de providenciar residência para ficar até o final do cumprimento da pena. Ao mesmo tempo, argumentou no sentido de que diante do artigo 95 da Lei de Execuções Penais<sup>9</sup>, deve haver em cada região casa de albergado, superando, portanto, esse empecilho. (BRASIL, 2014p)

A falta de estrutura do Estado em nada pode afetar o cumprimento de pena do detento, sendo assim, se não há na região casa de albergado para o estrangeiro, não poderia deixar de progredir por este motivo.

Diante da análise da impossibilidade de obter ocupação lícita, além de a estrangeira comprovar estar apta para o trabalho, Cezar Peluso entendeu na leitura do artigo 98 do Estatuto do Estrangeiro, não existir proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro, pois o apenado não estaria em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo. Além do mais, o estrangeiro só estaria em território nacional por força da sentença que o condenou e é por esse mesmo título que lhe advém a obrigação de trabalhar e, por isso, não poderia ser este impedido de laborar (BRASIL, 2014p).

Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira. (BRASIL, 2013b)

Sendo, portanto, o trabalho uma das condições do cumprimento de pena, não há, para o Ministro, nenhuma proibição referente ao trabalho ao condenado estrangeiro. (BRASIL, 2014p)

Nesse sentido, foi o voto de Peluso:

Sobre o tema, colho a lição de GUEIROS SOUZA, que demonstra a compatibilidade entre a LEP e o Estatuto, sobretudo se observada a finalidade do trabalho para o caso:

... cabe acrescentar que a atividade laborativa, na Execução Penal, tem trajetória e pressupostos diversos da discussão geral daquele Estatuto. Segundo Anabela Miranda Rodrigues, o trabalho prisional foi assumindo três grandes papéis na execução da pena privativa de liberdade. O primeiro foi a visão de que o trabalho era fundamental para a “regeneração moral” do delinqüente. Era a concepção, de fundo religioso, de que a atividade laborativa incessante afastaria o infrator da vida ociosa, do pecado e do crime, idéia presente nas workhouses, houses of correction, rasphius e

<sup>9</sup> Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. (BRASIL, 2013f)

outros estabelecimentos citados no Capítulo 3. O segundo momento foi o de conceber o trabalho como um elemento da própria punição, um castigo agravante a privação da liberdade. Foi essa ideologia que justificou o aparecimento da figura da “prisão com trabalho”, espécie punitiva diversa da “prisão simples”, conforme dispunha, inclusive, o nosso Código Criminal do Império. A última concepção sobre o trabalho prisional é a da identificação da atividade laborativa como um elemento do processo de ressocialização do apenado. Segundo Anabela Rodrigues, essa identificação “é perfeitamente coerente com o modo como se encara a principal finalidade da execução da pena de prisão. Se a socialização do recluso é essencialmente prevenção da reincidência, há fundadas esperanças de que aquela capacidade contribua decisivamente para que o recluso consiga praticar a sua vida futura sem praticar crimes”.

Dentro desse enquadramento teórico, vê-se como reducionismo o argumento de que, pelo Estatuto do Estrangeiro vedar o exercício de trabalho por parte do estrangeiro irregular, dever-se-ia, por conseguinte – como a Lei de Execução Penal impõe o dever de trabalho – ser indeferida qualquer pretensão prisional por incompatibilidade normativa.

Acresce-se, por fim, o fato de que a maioria dos presos estrangeiros exerce atividade laborativa dentro do estabelecimento prisional, conforme comprovado por intermédio do estudo de caso constante do Capítulo 2.

Em suma, se é permitido o trabalho interno, como se poderia vedar o desempenho da mesma atividade no ambiente externo?

De todo o exposto, é de se concluir que, diante da corrente jurisprudencial dominante em nossos Tribunais, o preso estrangeiro, mormente em razão da tramitação de procedimento de expulsão ou mesmo desta já decretada, sofre tratamento discriminação no exercício de direitos relacionados com a execução de sua pena privativa de liberdade, isto é, ao gozo do livramento condicional, da progressão de regime prisional, da suspensão condicional da pena, dentre outros instrumentos jurídicos pertinentes. (BRASIL, 2014p)

Dentro desse prisma, o fato de o regime aberto só permitir o ingresso de presos que comprovem estarem trabalhando efetivamente ou que há possibilidade de fazê-lo imediatamente, não impede, para Cezar Peluso, impedir a progressão do estrangeiro, diante da precariedade do sistema. (BRASIL, 2014p)

Sobre a pendência de procedimento de expulsão, o Ministro Peluso entendeu que em não havendo decisão do Poder Executivo, o qual é competente para decidir sobre a expulsão, subentende-se que se julgou adequado que a pena devesse ser cumprida integralmente em território nacional. (BRASIL, 2014p)

Vale lembrar que as decisões não podem infringir qualquer direito constitucional, abrangendo, também, o princípio da individualização da pena, visto que a condição de estrangeiro não retira da pessoa o direito de se reinserir na sociedade.

Sobre o tema leciona René Ariel Dotti (2010, p. 138):

A palavra individualização refere-se apenas a indivíduo, no sentido natural de solitário, vale dizer, cada ser humano em relação a sua espécie. Não se aplica as coisas, mas somente ao homem que ocupa um lugar na natureza.

Ao declarar a existência de direitos e garantias fundamentais, a CF os especifica em direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I).

Feita estas análises, o Ministro Cezar Peluso concedeu o *habeas corpus* concedendo a progressão de regime. Após, os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, voltaram atrás e acompanharam Peluso. A Ministra Ellen Gracie foi voto vencido. (BRASIL, 2014p)

Adotou-se o mesmo entendimento no *Habeas Corpus* nº 117.878, impetrado no Supremo Tribunal Federal, que teve como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. I - A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. Precedente. II – Ordem concedida para afastar a vedação de progressão de regime à paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução para que verifique a presença dos requisitos do art. 112 da LEP. (BRASIL, 2014q)

Remarca-se, da mesma forma, *Habeas Corpus* nº 262.597/SP, impetrado no Superior Tribunal de Justiça, que também teve como Relatora a Ministra ASSUSETE MAGALHÃES<sup>10</sup>:

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

[...]

V. Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que o benefício da progressão ao regime semiaberto, deferido em 1º Grau, foi cassado, pelo acórdão impugnado, sem fundamentação plausível, tão

<sup>10</sup> Ainda, nesse sentido, ver *habeas corpus* 248.441/SP de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, em anexo.

somente em virtude de se tratar de paciente estrangeiro, em situação irregular no país, com Inquérito de expulsão em andamento.

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

VII. Consoante entendimento do STF, "o fato do condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (STF, HC 97.147/MT, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2010), porquanto "é do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que, por conveniência do interesse nacional, a expulsão deva efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade" (STF, HC 97.147/MT, Rel.

Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2010). Em igual sentido: STJ, AgRg no HC 229.244/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 22/11/2012; STJ, HC 186.490/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 13/02/2012.

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

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Ordem concedida, de ofício, para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, concessiva do benefício, ao paciente, da progressão ao regime semiaberto, por preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo para tal (BRASIL, 2014r).

Por sua vez, em julgado distinto, o Superior Tribunal de Justiça julgou da seguinte forma:

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. EXPULSÃO DECRETADA. IRRELEVÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

2. O fato de a paciente ser estrangeira, estar presa, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.

3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes: STJ e STF.

4. Ordem concedida, em menor extensão, para, afastado o óbice à concessão da benesse, determinar que ao Juízo das Execuções que prossiga no exame dos demais requisitos para a concessão da progressão de regime prisional.  
(BRASIL, 2014s)

A relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, neste julgado, adotou a ideia de que a República Federativa do Brasil tem como fundamento primordial o respeito à dignidade da pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação, seja pela cor, sexo, idade, raça ou origem, e diante das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos. (BRASIL, 2014s)

Enfatiza o total desrespeito perante os direitos fundamentais e humanos em razão da vedação da concessão de qualquer tipo de benefício ao estrangeiro, esteja ele em processo de expulsão ou não, pois sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, não poderia o país desrespeitar tais direitos.

Além disso, em relação ao *caput* do artigo 5º da Constituição Federal<sup>11</sup>, a Ministra entendeu que a dimensão jurídica desta norma refere-se mais aos direitos humanos do que os próprios direitos fundamentais elencados no dispositivo, já que a norma não faz referência ao estrangeiro não domiciliado no Brasil. (BRASIL, 2014s)

Portanto, por mais que o estrangeiro esteja submetido às regras impostas pelo *caput* do artigo 5º, que lhe traz algumas restrições, na visão da Ministra Maria Thereza, não poderia ser negada a aplicação dos direitos humanos, já que o Brasil adotou o Pacto de São José da Costa Rica. (BRASIL, 2014s)

Foi o posicionamento da Relatora Maria Thereza:

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 do 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. (BRASIL, 2014s)

Constata-se, pelo entendimento acima, que o *caput* do artigo 5º foi mal redigido pelo legislador e, por causa disso, há interpretações errôneas acerca da

---

<sup>11</sup> Art. 5º 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: (BRASIL, 2013a)

norma. Contudo, diante da enorme variedade de princípios e normas que protegem a pessoa humana, não seria adequado interpretar a norma de forma restrita, mas sim na sua forma mais ampla.

Perfilha-se que, nem o Código Penal, nem o Estatuto do Estrangeiro e muito menos a Lei de Execuções Penais fazem qualquer tipo de restrição acerca dos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no Brasil, ou seja, podem ser a eles aplicados os benefícios de execução de pena que se aplicam aos brasileiros, pois na norma não há proibições. (BRASIL, 2014s)

Neste sentido, a Relatora entendeu que deve ser observado o princípio da igualdade com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena, com todos os direitos e garantias inerentes a qualquer pessoa, pois, como visto, sua condição não o desqualifica como sujeito de direitos. (BRASIL, 2014s)

Em relação ao processo de expulsão, para a Ministra, não seria adequado a permanência integral do estrangeiro em regime fechado, visto que a progressão de regime e o livramento condicional são formas de cumprimento de pena e, portanto, a não aplicação desses violaria o princípio da individualização da pena. (BRASIL, 2014s)

Deste modo, a Ministra Maria Thereza posicionou-se no sentido de que o simples fato de ser estrangeiro não domiciliado no Brasil ter um decreto de expulsão em seu desfavor, não inviabilizaria eventual concessão de progressão de regime, sendo inviável frustrar o benefício adotado. (BRASIL, 2014s)

Já sobre a proibição do trabalho formal do estrangeiro, é o entendimento da Ministra Maria Thereza:

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 a 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 n.º 7.210/84, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar. (BRASIL, 2014s)

Evidencia-se que o labor reeduca o ser humano traz dignidade, respeito e confiança, além de ser uma das melhores formas de ressocializá-lo. Sendo assim, não poderia qualquer pessoa deixar de efetivá-lo só pela simples condição de situação irregular no país.

Agrega-se, neste sentido, o posicionamento da Ministra Alderita Ramos de Oliveira:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO.  
 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRA. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CRIMES HEDIONDOS.  
 DELITOS COMETIDOS ANTES DA LEI Nº 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 122 DA LEP. SÚMULA VINCULANTE 26. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A proibição de progressão de regime para estrangeiro expulso constitui generalidade que vai de encontro ao princípio da individualização da pena, ademais, deve ser resguardado o princípio da igualdade, garantido pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País. Precedentes.

5. O fato de a paciente ser estrangeira e estar em processo de expulsão do país não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento de pena.

a6. Segundo a Súmula Vinculante 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (...)". Assim, o requisito objetivo temporal necessário para a progressão de regime no cumprimento de penas relativo a crimes hediondos praticados antes do advento da Lei n.º 11.464/07, deve ser o previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo da Execução que aprecie o pedido de progressão de regime, nos termos do artigo 112 da LEP .

(BRASIL, 2014t)

Bem se vê que algumas turmas começaram a perceber que não concedendo os benefícios de execução da pena estariam por desrespeitar os princípios basilares da Constituição Federal, além dos Tratados de Direitos Humanos, dos quais o Brasil faz parte.

Analisa-se, adiante, outro julgado do Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, decretou a progressão de regime ao estrangeiro em processo de expulsão, pelo fato de o mesmo constituir família no Brasil.



HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO, NA HIPÓTESE. FAMÍLIA CONSTITUÍDA NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DE EXPULSÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros. Precedentes.

2. Todavia, se contra o condenado estrangeiro houver processo de expulsão em andamento, este Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir o benefício da progressão de regime prisional. Precedentes.

3. No caso, porém, o condenado contraiu matrimônio com uma brasileira no ano de 2005, com quem tem dois filhos também nascidos no Brasil, situação que, a princípio, impossibilitaria a decretação de sua expulsão, nos termos do art. 75, inciso II, do Estatuto do Estrangeiro e da Súmula n.º 01 do Pretório Excelso.

4. Outrossim, a possibilidade de fuga e, conseqüentemente, de frustração do decreto de expulsão também não justifica o indeferimento da progressão ao regime semiaberto, no qual a execução da pena ocorre intramuros, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

5. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o "fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (HC 97.147/MT, Segunda Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Relator para o acórdão Min. CEZAR PELUSO, DJe de 12/02/2010).

6. Ordem concedida para permitir ao Paciente a progressão ao regime semiaberto, restabelecendo-se a decisão do Juízo da Execução Penal. (BRASIL, 2014u)

A Ministra Laurita Vaz salientou que em diversos precedentes o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de não conceder a progressão do regime aos presos estrangeiros que respondem a um processo de expulsão. (BRASIL, 2014u)

Assevera-se que, infelizmente, houve diversos julgados em que não foram concedidos a progressão de regime pelo fato de o apenado estar respondendo processo de expulsão.

Entretanto, no caso em tela, o estrangeiro estava casado há mais de cinco anos com sua mulher e, ainda, possuía dois filhos, fato que por si só, impossibilitaria a expulsão do indivíduo, conforme artigo 75º, II do Estatuto do Estrangeiro<sup>12</sup> e, ainda, súmula nº 1 do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2014u)

<sup>12</sup> Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I - 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 há mais de 5 (cinco) anos; ou

A Ministra alegou ainda, que o processo de expulsão é procedimento meramente administrativo, do qual não se sabe o resultado final e que, portanto, não poderia interferir na execução da pena enquanto não decidido definitivamente. (BRASIL, 2014u)

Nessa linha de pensamento analisa que o estrangeiro poderá cumprir totalmente a pena no Brasil para depois ser expulso do país. Deste modo, se não houvesse a progressão ou aplicação dos benefícios de execução da pena, este responderia toda sua pena em regime integralmente fechado, infringindo diversos direitos, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

Além disso, acerca da possibilidade de fuga do apenado, restou entendido que a progressão de regime para o semiaberto ocorre intramuros, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Além do mais, no caso em prática, o indivíduo cumpriu sete meses da pena em regime semiaberto, inclusive usufruiu de saídas temporárias e não houve nenhum tipo de tentativa de fuga, comprovando que esta justificativa não poderia afastar a progressão de regime. (BRASIL, 2014u)

Assim como o estrangeiro, qualquer pessoa que esteja cumprindo pena pode fugir do estabelecimento prisional. Em verdade, este argumento não pode ser base para a não concessão de benefícios ao indivíduo, sendo que sempre haverá essa hipótese, independentemente da nacionalidade.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze adotou o mesmo posicionamento em julgado distinto:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. CONDENADO ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO ARQUIVADO. ART. 75, II, B, DA LEI N. 6.815/1980. FILHO BRASILEIRO SOB SUA GUARDA E DEPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ÓBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

---

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. (BRASIL, 2013f)

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECER A DECISÃO DO JUÍZO DA VEC.

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que só é possível obstar a progressão de regime ao condenado estrangeiro, que preenche os requisitos legais, nos casos em que houver contra si expedido decreto de expulsão. Tendo o decreto sido arquivado, em razão de o paciente possuir filho brasileiro que está sob sua guarda e dependência econômica, não se verifica empecilho ao restabelecimento do benefício concedido pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a decisão que concedeu ao paciente a progressão ao regime intermediário.

(BRASIL, 2014v)

Denota-se, assim, que a concessão de benefícios da execução da pena são necessários para o seu adequado cumprimento. Ademais, quando não concedidos, ocorrem diversas violações de direitos, como demonstrado nos acórdãos estudados.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo primordial da pena é a ressocialização do apenado para o futuro convívio em sociedade. Diante dessa premissa, não é justo o mantimento de qualquer pessoa em regime integralmente fechado, ainda que esta esteja respondendo a um processo de expulsão, já que os regimes semiaberto e aberto foram criados para que o condenado passe por um processo de recuperação e desenvolvimento, visando que o indivíduo possa sair do estabelecimento prisional melhor do que entrou.

Diante disso, o Estado deve aplicar medidas sócioeducativas, planos de ressocialização e quaisquer outras formas que possam auxiliar os regimes existentes no sistema penitenciário, pois se nada for feito, com certeza sairão piores do que entraram.

Infelizmente, essa não é a realidade em nosso País, já que o governo brasileiro, que possui uma das maiores cargas tributárias do mundo, está entre os mais corruptos, desviando recursos que deveriam ser destinados à educação, saúde, segurança, moradia, lazer, sistemas prisionais que condizem com os ditames legais e para outros “lugares” que não esses.

Portanto, o estrangeiro, que responde processo de expulsão, diante da falta de infraestrutura carcerária, dos sistemas carcerários precários - que no papel são muito bem estruturados, mas na realidade possuem deficiência em estabelecimentos como casas de albergado e colônias industriais ou agrícolas - não poderia ser impedido de progredir de regime ou de usufruir qualquer outro tipo de benefício da execução da pena, pelo motivo de poder fugir, tendo em vista que se houvesse estrutura adequada isso não seria um problema. Além do mais, qualquer apenado pode evadir-se da prisão, sendo ele estrangeiro ou não. Desta forma, seria injusto qualquer argumento neste sentido.

Assinala-se, também, que a qualquer momento, aquele que responde processo de expulsão pode voltar ao seu país de origem, seja no cumprimento da pena ou, ainda, depois de concluída. Nessa análise, aquele que cumprir pena em nosso país merece a possibilidade de usufruir de todos os benefícios de execução

concedidos pela lei nacional, pois a condição de estrangeiro não o submete a tratamento desigual.

Além disso, existem outras medidas que poderiam ser adotadas para conceder, aos presos estrangeiros em processo de expulsão, os benefícios da execução da pena, como a utilização de equipamento de monitoração eletrônica, assim utilizado nos casos de saída temporária (um dos benefícios de execução da pena), previsto no parágrafo único do artigo 122 da Lei 7210/84.

Outro argumento amplamente utilizado por alguns ministros é a impossibilidade de adquirir trabalho de forma lícita e residência fixa no país. Contudo, o labor, por ser uma das condições do cumprimento de pena, não pode deixar de ser utilizado pelos presos estrangeiros, estejam eles em processo de expulsão ou não, já que é uma das melhores formas de ressocialização do apenado, sendo o principal objetivo da pena. Além do mais, poderia ser disponibilizado ao estrangeiro em processo de expulsão, o trabalho no estabelecimento prisional, assim como já o fazem nos regimes fechado e semiaberto.

Além disso, a ausência de residência fixa não representa argumento sustentável, pois o estrangeiro poderá obter local para ficar durante o cumprimento da pena. Além disso, o regime semiaberto é cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, enquanto, no regime aberto se cumpre em casa de albergado (arts. 91 e 92 da Lei 7210/84).

Portanto, novamente, a carência do sistema carcerário afeta, e muito, no cumprimento de pena dos presos estrangeiros em processo de expulsão, pois houvesse casas de albergado e colônias industriais ou agrícolas em todos os estados brasileiros, haveria a possibilidade de os mesmos trabalharem nestes estabelecimentos e, por isso, não deveriam ser proibidos de progredirem pela inoperância do governo.

Ademais, o regime integralmente fechado, além de ferir direitos fundamentais, afeta o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, afrontando a moral, a integridade, o intelecto e outros aspectos do ser humano.

O Código Penal, o Estatuto do Estrangeiro, como também a Lei de Execuções Penais não vedam ou estipulam medidas diferenciadas acerca da aplicação de benefícios da execução de pena para os presos estrangeiros em processo de expulsão.

Sendo assim, qualquer entendimento contrário à concessão destes benefícios estaria infringindo o princípio da legalidade, haja vista que nenhuma norma prevê qualquer medida alternativa ou diferenciada de concessão de benefícios.

Por fim, todo e qualquer ser humano tem o direito de pena digna e que cumpra sua função primordial, que é a ressocialização. Deste modo, se algum destes direitos são violados, faz-se necessário o combate a estas medidas ameaçadoras, para que se possa, ao final, efetivamente, respeitar o indivíduo na sua completa dignidade.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROS, Luís Fernando Bravo de. A prisão no processo extradicional passivo brasileiro: uma abordagem garantista. In: MARTINELLI, João Paulo Osini; SILVA, Camila Garcia da; FERNANDES, Luiz Gustavo; PESTANA, Yasmin Oliveira Mercadante (Coords.) **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Nov. 2013a.
- \_\_\_\_\_. Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6815 de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Nov. 2013b.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em Nov. 2013c.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 421. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em Nov. 2013d.
- \_\_\_\_\_. Lei de Contravenções Penais. Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Nov. 2013e.
- \_\_\_\_\_. Lei de Execuções Penais. Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Nov. 2013f.
- \_\_\_\_\_. Lei 12.433, de 29 de Junho de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Mar. 2013g.
- \_\_\_\_\_. Código Penal. Decreto Lei n 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em Mar. 2013h.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...] Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para cassar o acórdão do Tribunal a quo e restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu a progressão de regime ao paciente.** Habeas Corpus nº 235222. Christian Jesus Alday Balcazar e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. MARILZA MAYNARD. Acórdão: 08 maio 2013. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=235222&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=235222&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014i.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. PACIENTE ESTRANGEIRA. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.** Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado. **Precedentes do STJ. Ordem denegada.** Habeas Corpus nº 159070. Juline Colleen Van Wyk e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. GILSON DIPP. Acórdão: 25 out. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=159070&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=159070&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014j.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. EXPULSÃO JÁ DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1.** A Colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento ou que já teve sua expulsão decretada. **Precedentes. 2. Ordem de Habeas corpus denegada.** Habeas Corpus nº 272807. Stefan Adrian Timpu e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. LAURITA VAZ. Acórdão: 26 set. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201302040686&dt\\_publicacao=26/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201302040686&dt_publicacao=26/09/2013)> Acesso em: 20 abril 2014k.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1.** É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o decreto de expulsão, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no País, constitui empecilho ao livramento condicional do estrangeiro condenado. **2. A análise dos requisitos para concessão do benefício de livramento condicional ultrapassa os limites estreitos do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada.** Habeas Corpus nº 99400. Wilson Anibal Ramos ou Juan Carlos Castro Gil. Relator (a): Min. CÂRMEN LÚCIA. Acórdão: 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899400%2EENUME%2E+OU+99400%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aqmfbad>> Acesso em: 20 abril 2014l.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça **PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1.** Há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter



ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. **Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 2. Habeas corpus denegado.** Habeas Corpus nº 173955. Olivia Sanches Tavares Silva e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Acórdão: 14 maio 2012. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899400%2EENUME%2E+OU+99400%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aqmfbad>> Acesso em: 20 abril 2014m.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO COMO WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS COM DECRETO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.** [...] 4. Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de livramento condicional ao sentenciado estrangeiro que possui decreto de expulsão deferido. 5. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício. 6. Habeas corpus não conhecido. Habeas Corpus nº 252627. Daniel Youssef Zaquer e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator (a): Min. LAURITA VAZ. Acórdão: 11 dez. 2012. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899400%2EENUME%2E+OU+99400%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aqmfbad>> Acesso em: 20 abril 2014n.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. ESTRANGEIRO QUE RESPONDE A PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXPULSÃO.** [...] 4. O STJ entende que a progressão de regime ao preso estrangeiro, que tenha em seu desfavor processo administrativo decorrente de sua situação irregular no país, deve estar amparada em elementos concretos que assegurem a futura aplicação do decreto executivo de expulsão 5. Habeas corpus não conhecido. Habeas Corpus nº 248292. Musafiri Muzigo Newfeld e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR). Acórdão: 24 jun. 2013. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=248292&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=248292&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014o.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.** Habeas Corpus nº 97147. Janeth Vaca Sanches e Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE e Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO. Acórdão: 12 fev. 2010. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28estrangeiro%2C+processo+de+expuls%2C+progress%2C+de+regime%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o6nyrdu>> Acesso em: 20 abril 2014p.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. I - A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. Precedente. II – Ordem concedida para afastar a vedação de progressão de regime à paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução para que verifique a presença dos requisitos do art. 112 da LEP.** Habeas Corpus nº 117878. Tessa Beetege e Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Acórdão: 02 fev. 2013. Disponível em:  
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28117878%2E%2E+OU+117878%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p6f5l8g>> Acesso em: 20 abril 2014q.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. RÉU ESTRANGEIRO, EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO CONCEDIDA, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. CASSAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO. PACIENTE ESTRANGEIRO, EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS, COM INQUÉRITO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. [...] X. Ordem concedida, de ofício, para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, concessiva do benefício, ao paciente, da progressão ao regime semiaberto, por preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo para tal.** Habeas Corpus nº 262597. Athos Amasha e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. ASSUETE MAGALHÃES.. Acórdão: 19 dez. 2013. Disponível em:  
 <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=262597&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=262597&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014r.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. EXPULSÃO DECRETADA. IRRELEVÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO. 1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 2. O fato de a paciente ser estrangeira, estar presa, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. 3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes: STJ e STF. 4. Ordem concedida, em menor extensão, para, afastado o óbice à concessão da benesse, determinar que ao Juízo das Execuções que prossiga no exame dos demais requisitos para a concessão da progressão de regime prisional.** Habeas Corpus nº 186906. Rosa Leug Garcia e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Acórdão: 01 ago. 2012. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=186906&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=186906&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014s.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRA. DECRETO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CRIMES HEDIONDOS. DELITOS COMETIDOS ANTES DA LEI Nº 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 122 DA LEP. SÚMULA VINCULANTE 26. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo da Execução que aprecie o pedido de progressão de regime, nos termos do artigo 112 da LEP.** Habeas Corpus nº 163871. Martha Ligia Urrego Mejia e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBRARGORA CONVOCADA DO TJ/PE). Acórdão: 27 maio 2013. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=163871&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=163871&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014t.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO, NA HIPÓTESE. FAMÍLIA CONSTITUÍDA NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DE EXPULSÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA. [...] 6. Ordem concedida para permitir ao Paciente a progressão ao regime semiaberto, restabelecendo-se a decisão do Juízo da Execução Penal.** Habeas Corpus nº 219017. Chidebere Ike e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. LAURITA VAZ. Acórdão: 27 março 2012. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=219017&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=219017&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014u.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. CONDENADO ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO ARQUIVADO. ART. 75, II, B, DA LEI N. 6.815/1980. FILHO BRASILEIRO SOB SUA GUARDA E DEPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ÓBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECE A DECISÃO DO JUÍZO DA VEC. [...]** 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que só é possível obstar a progressão de regime ao condenado estrangeiro, que preenche os requisitos legais, nos casos em que houver contra si expedido decreto de expulsão. Tendo o decreto sido arquivado, em razão de o paciente possuir filho brasileiro que está sob sua guarda e dependência econômica, não se verifica empecilho ao restabelecimento do benefício concedido pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a decisão que concedeu ao paciente a progressão ao regime intermediário. Habeas Corpus nº 264957. Edwin Anokwute Uzodinma. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Acórdão: 23 maio 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=264957&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=264957&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 20 abril 2014v.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Direito constitucional**. 14. ed. atual São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed São Paulo: Saraiva, 2010.

COLOMBO, Diana; MOTA, Tânia. Análise do direito de defesa do estrangeiro no processo de extradição do território nacional. **Revista Amicus Curiae**. Criciúmas, SC: UNESC, (2010), 2011.

\_\_\_\_\_. Análise do direito de defesa do estrangeiro no processo de extradição do território nacional. **Amicus Curiae: Revista do Curso de Direito da UNESC**. Criciúma, SC, v.2, n.2, p. 265-288, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**/ Paulo José da Costa Jr., Fernando José da Costa. 12. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, João José. **Direito penal geral**: propedêutica penal, teoria da norma penal, teoria do crime, teoria da pena, questões jurídicopenais complementares. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. 2 ed.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. atual. até a EC n.67/10 e Súmula V São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Revista Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2004.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas. In: GARCIA, Maria (Coords.). **Revista de direito constitucional e internacional- RDCI**. São Paulo, 2013.

TIBURCIO, Carmem. A Condição Jurídica do Estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Revista Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

**ANEXOS**

ANEXO A



**HABEAS CORPUS Nº 224.581 - SP (2011/0269496-5)**

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

IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATTEO LUIGI GRECO (PRESO)

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROCESSO DE EXPULSÃO EMANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– A jurisprudência desta Corte Superior sedimentou o entendimento de que, em regra, o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal.

– Todavia, esta Quinta Turma tem se posicionado no sentido de que, havendo, como no caso dos autos, processo de expulsão pendente em desfavor do sentenciado estrangeiro em situação irregular no país, é inadmissível a concessão da progressão de regime, tendo em vista a incompatibilidade dos institutos. Precedentes.

*Habeas corpus* não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 20 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)

Relatora

ANEXO B

**HABEAS CORPUS Nº 224.581 - SP (2011/0269496-5)**

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

IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATTEO LUIGI GRECO (PRESO)

**RELATÓRIO**

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MATTEO LUIGI GRECO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, tendo o Juiz da execução deferido o pedido de progressão ao regime semiaberto (fls. 32/35).

Irresignado, o Ministério Público local interpôs agravo em execução, que foi provido pelo Tribunal de origem, para cassar a decisão de primeiro grau, sob o fundamento de que o apenado é estrangeiro em situação irregular no país e com processo de expulsão instaurado (fls. 103/110).

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

A liminar foi indeferida às fls. 129.

Prestadas as informações às fls. 137/151, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 155/157).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 224.581 - SP (2011/0269496-5)**

**VOTO**

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da

*substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'*

3. *Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.*

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).*

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

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

Busca-se na presente impetração o reconhecimento da possibilidade de se deferir a progressão de regime ao condenado estrangeiro, em situação irregular no país, que tenha contra si processo de expulsão em andamento.

O Tribunal de origem, ao cassar a decisão de primeiro grau, consignou que:

*Consta dos autos que o agravado, nacional da África do Sul, foi condenado à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).*

*No entanto, apesar de ter cumprido mais de 2/5 de sua pena e possuir bom comportamento carcerário (fls. 44 verso), é temerário, por ora, conceder-lhe a progressão de regime prisional.*

*Isso porque a progressão de regime é instituto que visa a ressocialização e o gradual retorno do presidiário ao convívio coletivo.*

*Contudo, no caso de estrangeiro em situação irregular no País, como é o do agravado, a pretensão é inviável, já que a moderada vigilância nos estabelecimentos*

*prisoinais adequados ao regime intermediário não permitidescartar a possibilidade de fuga, o que, por seu turno, poderia tornar inócua eventual ordem de expulsão.*

*Não obstante a defesa do agravado alegue que a Constituição Federal garante os mesmos direitos dos nacionais aos estrangeiros, nenhum princípio constitucional é absoluto e o da isonomia esbarra, aqui, no direito do Estado expulsar estrangeiro que tenha cometido atividades nocivas ao interesse nacional, que é calcado no princípio fundamental Soberania (art. 1º, inc. I, da Constituição Federal) e não é aplicável aos cidadãos nacionais.*

*É certo ainda que, a par do que determina o art. 68 da Lei nº 6.815/80, o processo de expulsão do agravado já foi instaurado, de forma que somente lhe resta aguardar o cumprimento da pena no regime em que se encontra para o retorno compulsório a seu país de origem (fls. 146/147).*

No ponto, esta Corte Superior sedimentou o entendimento de que, em regra, o simples fato de o estrangeiro encontrar-se em situação irregular no país não é motivo idôneo para inviabilizar os benefícios da execução penal.

Entretanto, esta Quinta Turma tem se posicionado no sentido de que, havendo, como no caso dos autos, processo de expulsão pendente em desfavor do sentenciado estrangeiro em situação irregular no país, é inadmissível a concessão da progressão de regime, tendo em vista a incompatibilidade dos institutos.

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes julgados:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO. REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROCESSO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.*

**1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento. Precedentes.**

2. *Habeas corpus denegado* (HC 228.730/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2.4.2013).

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

**1. Há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.**

2. Habeas corpus denegado. (HC 173.955/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 14/5/2012).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. PACIENTE ESTRANGEIRA. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA. **Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado.**

*Precedentes do STJ.*

*Ordem denegada.* (HC 159.070/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 25/10/2010).

Assim, tendo o Tribunal de origem noticiado a existência de processo de expulsão em desfavor da paciente, inviável a pretendida progressão de regime.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

**QUINTA TURMA**



Número Registro: 20110269496-5

**HC 224.581 / SP**

Números Origem: 200861190033400 4707346220108260000 819493  
9901047073400

MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 2006/2013

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CRISTINA SON - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MATTEO LUIGI GRECO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Usolndevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

**CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Documento: 1245009

Inteiro Teor do Acórdão

- DJe: 25/06/2013

ANEXO C

**HABEAS CORPUS      Nº 143.413 - MS (2009/0146936-7)****RELATORA            :    MINISTRA LAURITA VAZ**IMPETRANTE        : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO  
DO SUL

ADVOGADO         : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO        : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO  
DO SUL

PACIENTE         : LENIN COMETIVOS ROJAS (PRESO)

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1.O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir ao condenado estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional enquanto contra ele houver processo de expulsão em andamento.

2.*Habeas corpus* denegado.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

**HABEAS CORPUS Nº 143.413 - MS (2009/0146936-7)**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LENIN COMETIVOS ROJAS (PRESO)

**RELATÓRIO****A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LENIN COMETIVOS ROJAS, cidadão peruano, condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, em face de acórdão proferido, em sede de agravo em execução, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que a Defesa do Paciente, afirmando que o apenado já havia cumprido mais de 1/6 da pena e possuía atestado de bom comportamento carcerário, requereu a progressão de regime prisional. O Juízo da 3.<sup>a</sup> Vara Criminal de Dourados/MS, diante da notícia de instauração de inquérito de expulsão no Ministério da Justiça, exarou decisão nos seguintes termos:

*"Aguarde-se o cumprimento da pena, bem como o desfecho do inquérito instaurado para fins de expulsão do sentenciado."* (fl. 55)

Interposto agravo em execução pela Defesa, a Corte *a quo* negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

**"AGRAVO CRIMINAL – PRETENDIDA PROGRESSÃO DE REGIME PARA SEMIABERTO – PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – INVIABILIDADE –PACIENTE**

*ESTRANGEIRO – INQUÉRITO DE EXPULSÃO EM SEU DESFAVOR – ESPERA DO RESULTADO DO JULGAMENTO PARA APRECIÇÃO DO BENEFÍCIO.*

*A pendência de processo administrativo para fins de expulsão obsta a análise de eventuais pedidos de progressão de regime.*

*Se o sentenciado é de nacionalidade estrangeira e possui em seu desfavor um inquérito de expulsão no Ministério da Justiça, necessário se faz, para a apreciação do pedido de progressão do regime prisional do fechado para o semiaberto, o resultado do julgamento desse inquérito." (fl. 19)*

Segundo informações acostadas pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (fl. 66), obtidas em junho último, o processo de expulsão foi relatado em 15 de abril 2009 e encaminhado ao Departamento de Expulsão Compulsória para análise, portanto, o procedimento não se encontra concluído.

Alega o Impetrante, em suma, que a existência do processo administrativo de expulsão não pode obstar a concessão dos benefícios da execução da pena, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Pede, liminarmente e no mérito, seja concedida a progressão para o regime semiaberto ao Paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 80/81.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 86/89, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 143.413 - MS (2009/0146936-7)**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.*

1.O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir ao condenado estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional enquanto contra ele houver processo de expulsão em andamento.

2.*Habeas corpus* denegado.

## VOTO

### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

A ordem não comporta concessão.

O entendimento sufragado pela Corte *a quo* está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir ao condenado estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional enquanto contra ele houver processo de expulsão em andamento.

Confirmam-se:

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE EXTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. REGIME MAISRIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.*

1. *Este Superior Tribunal já pacificou o entendimento no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional quando, contra ele, já houver processo de expulsão em andamento.*
2. *Ordem denegada.*" (HC 90.662MT, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20/10/2008.)

*"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. EXTRANJEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.*

1. *A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão.*
2. *A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela.*
3. *Parecer ministerial pela denegação da ordem.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 92.736/AC, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18/08/2008.)

*"RHC. EXPULSÃO. PROGRESSÃO. DECRETO DE EXPULSÃO. ART. 111 DA LEP.*

*1 - O entendimento pretoriano é de que não se defere ao estrangeiro a progressão de regime, caso haja contra ele decreto de expulsão, a ser implementado quando do cumprimento da pena restritiva de liberdade por crime praticado no território brasileiro.*

[...]

*3 - RHC provido.*" (RHC 7.732/SP, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 13/10/1998.)

No mesmo diapasão, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

*"HABEAS CORPUS. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semi-aberto. A progressão ao regime semi-aberto e 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 desnaturar a sua finalidade. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido."* (HC 68.135/DF, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 13/09/1991.)

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **QUINTA TURMA**

Número Registro: 20090146936-7

**HC 143413/MS**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090142714 2080097628

EM MESA

JULGADO: 03/12/2009



**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : NANCY GOMES DE CARVALHO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LENIN COMETIVOS ROJAS (PRESO)

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

**CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS

Secretário

Documento: 933743

Inteiro Teor do Acórdão

- DJe: 08/02/2010

ANEXO D

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

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

**EMENTA**

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

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

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

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ,

sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **d**, da Carta Magna.

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

V. Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que o benefício da progressão de regime foi cassado, pelo acórdão impugnado, sem fundamentação plausível, tão somente em virtude de se tratar de paciente estrangeira, sem residência no país, não existindo, sequer, processo de expulsão em seu desfavor.

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

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

VIII. **Habeas corpus** não conhecido.

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

## ACÓRDÃO

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

Relatora

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

### RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

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

#### **VOTO**

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

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

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

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

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

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

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

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

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

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



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

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

*I – processar e julgar, originariamente:*

...

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

...

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

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

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o

respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

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

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

Cumprir implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

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

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

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

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

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

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, "*o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*" (HC nº 108.715/RJ).

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

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

Ante o exposto, entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38

da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **nego seguimento** ao presente habeas corpus".

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

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

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

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

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

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

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

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

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

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

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

de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

Em tal sentido:

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

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

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

**"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.**

2. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. **Precedentes.**

3. O decreto de expulsão existente não impede o deferimento da benesse, pois as autoridades administrativas podem efetivá-lo após o cumprimento integral da reprimenda, ou mesmo antes (artigo 67 da Lei n.º 6.815/80).

4. Orientando-se em entendimento contrário, estar-se-ia a conceber que a esfera penal se pautasse unicamente no decretado em âmbito administrativo.

5. **Ordem concedida, ratificada a liminar, para afastar o óbice consistente na condição de estrangeiro para o fim de se obter o livramento condicional"** (STJ, HC 186.490/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 13/02/2012).

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

1. **Negar a progressão para o regime semiaberto ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício, pela própria condição pessoal do apenado.**

2. **A lei penal não exige que o condenado estrangeiro tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira registrada, mas sim que tenha condição de exercer qualquer trabalho honesto e lícito para prover sua subsistência e de sua família, ainda que na informalidade da qual sobrevive expressiva parte da população brasileira.**

3. **O Paciente não possui decreto de expulsão em seu desfavor. Ademais, o art. 114 da Lei das Execuções Penais exige a comprovação de estar trabalhando ou de possibilidade imediata de fazê-lo apenas para a progressão para o regime aberto, logo, não existe qualquer impedimento à progressão para regime prisional intermediário, que não equivale à liberdade.**

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

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

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

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

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o "fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena" (STF, HC 97.147/MT, Rel. originária Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ acórdão Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/02/2010).

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

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

**À uma, porque é do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que, por conveniência do interess nacional, a expulsão deva efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa**

autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade.

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

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

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

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

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

**SEXTA TURMA**

Número Registro: 20120144308-1

**HC 248.441 / SP**

**PROCESSO  
ELETRÔNICO**

Números Origem: 2389459220118260000 894832

MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : PATRICIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NOMBALI DORIS XUNDU

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

**CERTIDÃO**

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

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Documento: 1251275      Inteiro Teor do Acórdão      - DJe: 13/09/2013

#### **HABEAS CORPUS Nº 228.730 - SP (2011/0304625-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA (PRESO)

#### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO. REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROCESSO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento. Precedentes.

2. *Habeas corpus* denegado.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJSE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de março de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

**HABEAS CORPUS Nº 228.730 - SP (2011/0304625-4)**

IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA (PRESO)

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor próprio por CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do agravo de execução penal n.º 0140102-92.2011.8.26.0000-4.

No presente *writ*, a impetração sustenta a ilegalidade do acórdão que, dando provimento à agravo em execução ministerial, cassou decisão do Juízo das Execuções que havia deferido a progressão ao regime semiaberto. Requer a Defesa, inclusive liminarmente, ao restabelecimento da decisão de 1.º grau.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 49/72.



O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 7779, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

## **HABEAS CORPUS Nº 228.730 - SP (2011/0304625-4)**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO. REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROCESSO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento. Precedentes.

2. *Habeas corpus* denegado.

### **VOTO**

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):**

Consta dos autos que o Paciente, estrangeiro, cumpre pena de 6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 289, § 1.º, do Código Penal, cujo término está previsto para 18/10/2014.

No dia 15 de março de 2011, o Juízo da Execução Penal da Comarca de Avaré/SP deferiu a progressão para o regime semiaberto ao apenado.

O Tribunal de Justiça paulista, entretanto, cassou a benesse ao dar provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, determinando a regressão do Paciente ao regime fechado, com a seguinte fundamentação:

*"Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Avaré, Dr. ALEXANDRE MUÑOZ, a qual deferiu ao agravado progressão para o regime prisional semiaberto.*

*Pleiteia o agravante a reforma da r. decisão impugnada, sustentando que, sendo o agravado estrangeiro, sem comprovar que está em situação regular no país, poderá sofrer processo de expulsão, apresentando-se temerária a sua progressão para o regime intermediário, dado o risco de, se mantida a benesse, tornar-se inexecutível a sentença condenatória que lhe foi imposta. O agravado pugna pelo não provimento do recurso.*

*A r. decisão hostilizada foi mantida pelo Juízo a quo por seus próprios fundamentos, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do agravo.*

*É o relatório.*

*2. É caso de provimento do agravo.*

*O sentenciado pleiteou a progressão ao regime prisional semiaberto, sendo esta deferida pelo MM. Juiz de Direito a quo, sob o argumento de que ele preencheu os requisitos subjetivo e objetivo para obtenção da benesse.*

*Todavia, a progressão do sentenciado, visando a sua reinserção social, desprezou a ilegalidade de sua permanência no país.*

*É óbvio que tal situação configura um contrassenso.*

*Neste sentido, o ensinamento do saudoso Júlio Mirabete: [...]*

*Tal ensinamento vale também para a progressão, que constitui uma etapa do processo de reinserção social do condenado.*

*Outro não é o entendimento do Colendo STJ: [...]*

*No mesmo sentido já decidiu esta Colenda 14.<sup>a</sup> Câmara Criminal, em V. Acórdão relatado pelo eminente Desembargador FERNANDO TORRES GARCIA: [...]*

***No presente caso, de acordo com diligência realizada por este Gabinete, obteve-se informação, junto ao Ministério da Justiça, de que há processo naquele órgão visando a expulsão do sentenciado.***

*Assim, tem-se que o sentenciado, irregularmente no país, não poderia ser beneficiado com a progressão de regime.*

*3. Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento ao agravo para cassar a r. decisão que deferiu a progressão ao sentenciado, determinando a sua inserção em regime fechado." (fls. 34/39)*

De fato, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros.

Todavia, se contra o condenado estrangeiro houver sido instaurado processo de expulsão, este Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir o benefício da progressão de regime prisional. A propósito:

*"PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.*

*1. Há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. [...] (HC 173955/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 14/05/2012.)*

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE ESTRANGEIRA. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.*

*1. "Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da inviabilidade de concessão do benefício da progressão de regime prisional ao estrangeiro com processo de expulsão decretado. Precedentes do STJ" (HC 159.070/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 25/10/2010). [...] (HC 201197/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 14/10/2011.)*

*"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA: 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.*

*1. A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão.*

2. *A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela. [...]*" (HC 92.736/AC, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/08/2008.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *Este Superior Tribunal já pacificou o entendimento no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional quando, contra ele, já houver processo de expulsão em andamento.*

2. *Ordem denegada.*" (HC 90.662/MT, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 20/10/2008.)

Ante o exposto, DENEGO o *habeas corpus*.

É como voto.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **QUINTA TURMA**

Número Registro: 20110304625-4

**HC 228.730 / SP**

**PROCESSO  
ELETRÔNICO**

Números Origem: 1401029220118260000 348249 873883

**MATÉRIA CRIMINAL**

**EM MESA**

**JULGADO: 21/03/2013**

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ORTIGOZA (PRESO)

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

### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJSE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento: 1218809

Inteiro Teor do Acórdão

- DJe: 02/04/2013

ANEXO E

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.037 - MG (2013/0063932-6)**

**RELATORA** : **MINISTRA MARILZA MAYNARD**  
**(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)**  
**AGRAVANTE** : AIWAN MOHAMED GAVAR GULZAR (PRESO)  
**ADVOGADO** : WENDERSON APARECIDO DA SILVA  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. INDEFERIDO LIMINARMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE ESTRANGEIRO. DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

– A restrição de hipóteses de conhecimento dos *habeas corpus* substitutivos de recurso próprio está amparada no entendimento jurisprudencial tanto desta Corte quanto do Supremo Tribunal Federal.

– Segundo o entendimento desta Turma, a existência de processo de expulsão impede a concessão da progressão de regime prisional, de modo que se mostra justificada a cautela do magistrado das execuções ao oficial a Delegacia de Imigração antes de conceder o benefício.

Agravo regimental desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD  
 (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)  
 Relatora

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.037 - MG (2013/0063932-6)**

**RELATORA** : **MINISTRA MARILZA MAYNARD**  
**(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)**  
**AGRAVANTE** : AIWAN MOHAMED GAVAR GULZAR (PRESO)  
**ADVOGADO** : WENDERSON APARECIDO DA SILVA  
**AGRAVADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**RELATÓRIO**

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

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida em que indeferi liminarmente o *writ* impetrado.

O agravante requer a reconsideração do *decisum*, para que se determine ao Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das Neves que analise o pedido de progressão de regime desconsiderando a sua nacionalidade, ou o julgamento do feito pelo órgão colegiado.

É o relatório.

**AgRg no HABEAS CORPUS Nº 266.037 - MG (2013/0063932-6)**

**VOTO**

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

Nada obstante o empenho do agravante, mantenho o *decisum* por seus próprios fundamentos.

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da



*substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'*

3. *Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.*

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).*

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

De qualquer modo, tem-se analisado, de ofício, o apontado constrangimento ilegal, em respeito à princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa.

Reitero que, no caso concreto, não restou configurada nenhuma flagrante ilegalidade .

Verifica-se que o magistrado singular determinou a apuração da existência de processo ou decreto de expulsão em desfavor do paciente antes da concessão do benefício, tecendo as seguintes considerações:

*Em que pese o pedido de progressão de regime formulado às f. 344/348, considerando tratar-se de reeducando estrangeiro, imprescindível a verificação acerca da existência ou não de processo ou decreto de expulsão em seu desfavor, razão pela qual resta prejudicada, no momento, a apreciação do referido benefício.*

*Assim, antes da análise do pedido, imperioso cumprimento das diligências que determino a seguir.*

1 - *Remetam-se à Delegacia de Imigração cópia da Folha de antecedentes Criminais do reeducando, bem como da certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória (f. 374 e 376). Por oportuno, informe-se que o reeducando atingiu estágio para progressão ao regime aberto, carecendo este juízo de informações acerca da existência de processo ou de decreto de expulsão em seu desfavor, para fins de subsidiar a decisão de progressão de regime, que desde logo requer.*

O Tribunal a quo manteve a decisão nos seguintes termos:

*De início, das informações prestadas pelo Magistrado apontado autoridade coatora, pude ver que o paciente fora condenado pela prática do delito previsto no art. 12 c/c art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76, estando cumprindo pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, sendo que já fora instaurado incidente de progressão de regime, com a decisão pendente apenas da juntada aos autos das informações requeridas junto a Delegacia de Imigração, vez tratar-se de sentenciado estrangeiro.*

*(...)*

*Lado outro, ao contrário do exposto pela combativa defesa, entendo que o decreto de expulsão configura óbice à progressão de regime. Nesse sentido a jurisprudência:*

(...) (fls. 79-80).

Não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal. Segundo o entendimento desta Turma, a existência de processo de expulsão impede a concessão da progressão de regime prisional, de modo que se mostra justificada a cautela do magistrado das execuções ao oficiar a Delegacia de Imigração antes de conceder o benefício. Confirmam-se os seguintes precedentes, além dos já citados:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO. REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO. SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROCESSO DE EXPULSÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO.*

1. *Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que se mostra inviável a concessão do benefício de progressão de regime ao sentenciado estrangeiro que possui processo de expulsão em andamento. Precedentes.*
2. *Habeas corpus denegado (HC 228.730/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2.4.2013).*

*PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.*

1. *Há incompatibilidade entre as condições legais necessárias à concessão do livramento condicional - obter ocupação lícita e manutenção de residência fixa - com a existência de inquérito ou decreto de expulsão de estrangeiro, dada a impossibilidade de sua permanência no país, com ou sem trabalho lícito, em função da prática de conduta que tornou a sua continuidade no Brasil nociva à conveniência e aos interesses nacionais. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.*
2. *Habeas corpus denegado (HC 173.955/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 14.5.2012).*

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.  
É como voto.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **QUINTA TURMA**

#### **AgRg no**

Número Registro: 2013/0063932-6

**HC 266.037 / MG**

Números Origem: 0231120331526 10000130011646 10000130011646000  
231120331526

MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE)**

Presidente da Sessão  
Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República  
Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário  
Bel. LAURO ROCHA REIS

### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : AIWAN MOHAMED GAVAAR GULZAR  
ADVOGADO : WENDERSON APARECIDO DA SILVA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : AIWAN MOHAMED GAVAAR GULZAR (PRESO)

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

### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : AIWAN MOHAMED GAVAAR GULZAR (PRESO)  
ADVOGADO : WENDERSON APARECIDO DA SILVA  
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."  
Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento: 1226994      Inteiro Teor do Acórdão      - DJe: 25/04/2013