



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.490 - RJ (2010/0180075-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SHAWN ANTHONY PANDOZZI (PRESO)

EMENTA

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 corresponsivo 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 15 de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.490 - RJ (2010/0180075-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SHAWN ANTHONY PANDOZZI (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SHAWN ANTHONY PANDOZZI, apontando como autoridade coatora a 7.^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n.º 0035536-24.2010.8.19.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente, estrangeiro, cumpre pena de 7 (sete) anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 12, c.c. o art. 18, I, da Lei n.º 6.368/76.

Cumpridos 2/3 (dois terços) da pena e com os exames específicos favoráveis, foi formulado, em favor do apenado, pedido de livramento condicional, indeferido pelo Juízo da execução em decisão assim fundamentada (fls. 19/22):

"O apenado, tendo praticado crime assemelhado a hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes, já cumpriu o tempo necessário da pena privativa de liberdade para a obtenção do livramento condicional.

Entretanto, deve ser analisada sua condição de estrangeiro para o deferimento de tal direito.

A matéria está longe de ser pacífica.

(...)

De acordo com o art. 132 da Lei de Execuções Penais, o livramento condicional está sujeito ao cumprimento das condições ali impostas, sendo que as estabelecidas no parágrafo 1.º são condições obrigatórias.

Por ter ingressado irregularmente em solo nacional, não terá condições de cumprir as obrigações impostas no dispositivo mencionado, pois o art. 97 do Estatuto do Estrangeiro veda ao alienígena irregular ou temporário o exercício de atividade lícita, honesta e remunerada em território brasileiro.

Nem se poderia imaginar que sendo o apenado nocivo ao país, pudesse nele circular livremente cumprindo o livramento condicional.

Tal entendimento se encontra em consonância com os julgamentos de nosso Tribunal de Justiça, consoante se depreende dos recentes acórdãos:

(...)

O enunciado número 26, da uniformização de decisões dos Juízes desta Vara de Execuções Penais igualmente dispõe neste sentido: 'a existência de decreto de expulsão do apenado estrangeiro, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no país, torna inadmissível a concessão do livramento condicional, dada a impossibilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento das condições legais próprias ao exercício do benefício'.

É de se mencionar, ainda, que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corrobora tal entendimento, conforme se verifica nos seguintes arestos:

(...)

Diante do exposto, indefiro o pedido de livramento condicional formulado em favor do apenado."

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento sob o seguinte fundamento (fls. 26/28):

"Alega o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão do indeferimento do livramento condicional.

Insta observar que esta não se apresenta a via adequada para apreciação da questão, a qual melhor se analisará em recurso próprio, sendo certo que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso cabível ao exame da contenda.

De outro giro, verifica-se que cuida a questão de concessão de livramento condicional a estrangeiro. E neste passo, depreende-se das informações prestadas pelo d. Juízo apontado como coator, que o paciente se encontrava em situação irregular no país.

Registre-se que houve impetração anterior de *habeas corpus* n. 0057844-88.2009.8.19.0000 (2009.059.01645), julgado por este Relator, contra decisão que indeferiu a progressão do regime fechado para o aberto, no qual foi denegada a ordem, por unanimidade.

Tal julgado asseverou a existência de ofício do Departamento de Estrangeiros comunicando a publicação do decreto de expulsão, acrescentando que o paciente estava em situação irregular no país, não podendo exercer atividade laborativa.

De igual forma, inexistente apontado constrangimento ilegal, eis que a situação pessoal do paciente constitui empecilho à concessão do benefício. Trata-se de impossibilidade de requisito subjetivo.

Incabível, portanto, qualquer alegação de ofensa ao princípio da isonomia, em razão da ausência do requisito obrigatório para concessão do aludido benefício.

Neste sentido, encontram-se precedentes do STF, sustentando que é firme a jurisprudência daquele 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, asseverando ainda que a análise dos requisitos para concessão do benefício de livramento condicional ultrapassa os limites estreitos do procedimento sumário e documental do *habeas-corpus*. (HC 99400, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010).

Na mesma linha segue o entendimento da Quinta turma do STJ, analisando que o artigo 83, inciso III, do Código Penal exige, como requisito para a obtenção do livramento condicional, a 'aptidão para prover à própria subsistência, mediante trabalho honesto'. Assim, o estrangeiro com decreto de expulsão formalizado não supre o requisito subjetivo, dada a impossibilidade do exercício profissional. (HC 134.997/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 19/11/2009).

Nosso Tribunal também se declina em tal posicionamento. É o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podemos verificar dos acórdãos proferidos: HC 0056657-45.2009.8.19.0000 (2009.059.06743), DES. SUELY LOPES MAGALHAES, Julg. 30/09/2009, Oitava Câmara Criminal; HC 0045943-26.2009.8.19.0000 (2009.059.08154), DES. GIZELDA LEITAO TEIXEIRA Julg. 24/11/2009, Quarta Câmara Criminal; HC 0034754-22.2007.8.19.0000 (2007.059.07207), DES. NILDSON ARAUJO DA CRUZ – Julg. 11/12/2007 – Primeira Câmara Criminal.

Diante do exposto, VOTO NO SENTIDO DE DENEGAR A ORDEM."

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que a discriminação de estrangeiro residente no país consiste em afronta ao art. 5.º, *caput*, da CF, sendo os não-residentes alcançados pelo § 2.º do mesmo artigo.

Colaciona julgados em abono à sua tese.

Assere que "o paciente está sendo tratado desigualmente, com imposições que, na prática, fazem com que nunca lhe seja deferido o livramento condicional, tendo de aguardar até a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena" (fl. 3).

Enfatiza que a situação viola o princípio da isonomia.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão do livramento condicional ao apenado.

O pedido liminar foi deferido apenas para afastar o óbice ao livramento condicional consistente na condição de estrangeiro do paciente, independentemente de sua situação administrativa no Brasil, determinando-se à Vara das Execuções que procedesse à análise dos requisitos legais para a obtenção do benefício (fls. 38/41). Foram, ainda, solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, acostadas às fls. 58/78, e ao Juízo das execuções, trazidas às fls. 48/55.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Durval Tadeu, pela denegação da ordem (fls. 81/82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.490 - RJ (2010/0180075-7)

EMENTA

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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

O objeto desta impetração refere-se à possibilidade de se deferir o livramento condicional a estrangeiro.

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

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

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.
3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal.
4. Ordem concedida."

(HC 103373/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 22/09/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

2. Ordem concedida."

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

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

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

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

3. O Paciente não possui decreto de expulsão em seu desfavor.

Ademais, o art. 114 da Lei das Execuções Penais exige a comprovação de estar trabalhando ou de possibilidade imediata de fazê-lo apenas para a progressão para o regime aberto, logo, não existe qualquer impedimento à progressão para regime prisional intermediário, que não equivale à liberdade.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão que deferiu ao Paciente a progressão de regime, visto que presentes os requisitos objetivo e subjetivo, conforme reconheceu o Juízo das Execuções e o Tribunal a quo, com a comunicação às autoridades competentes a respeito da situação irregular do paciente no País."

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena." (HC 97147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-02 PP-00291)

No caso concreto, da leitura do *decisum* proferido pelo Juízo das execuções, conclui-se que foi indeferido o livramento condicional sob o argumento de que o paciente não atendia ao requisito subjetivo, dado que estrangeiro. Tal particularidade indicaria uma situação de insegurança em relação ao cumprimento das condições da benesse.

Contudo, julgo ser necessária maior reflexão acerca da compatibilidade, ou não, da progressão de regime e do livramento condicional com a situação de estrangeiro.

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

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

Nos termos do que leciona Salo de Carvalho:

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

Há que se ressaltar que, no caso em questão, o princípio da igualdade deve ser observado com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena e assegurando-se-lhe todas as garantias, pois, como visto, sua condição jurídica não o desqualifica como sujeito de direitos.

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

Em verdade, o que se tem assistido é a perpetuação de jurisprudência anterior à Constituição de 1988, a qual não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional.

Segundo ainda Artur de Brito Gueiros Souza, essa jurisprudência se apóia em quatro argumentos:

"O primeiro, consiste na pendência de processo de expulsão ou mesmo de expulsão já decretada operando em desfavor do estrangeiro que cumpre pena. O segundo defende a eficácia da regra do art. 1º, do Decreto nº 4.865/42, que proíbe a concessão de *sursis* aos estrangeiros que se encontrem no País em caráter temporário. A terceira razão para se vedar o deferimento de direitos prisionais ao estrangeiro é a desconfiança com relação àquele que sem maiores vínculos com a nossa sociedade, encontrar-se-ia propenso a empreender fuga, frustrando, assim, o cumprimento das condições judiciais e, mais especificamente, a sua posterior retirada administrativa do território nacional. O último argumento reporta-se à proibição contida na legislação de estrangeiros, com relação à obtenção de emprego formal por parte do forasteiro em situação irregular



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(não podendo, legalmente, trabalhar no Brasil, não poderia cumprir, por exemplo, uma das condições ao livramento condicional ou ao regime prisional aberto)." (*Presos Estrangeiros no Brasil – Aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 206)

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

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

Pensar o contrário violaria o princípio da individualização da pena, que tem como corolário o sistema progressivo de cumprimento da reprimenda. Como visto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 82.959, entendeu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime prevista na Lei n.º 8.072/90, por conflitar com referido cânone. Conclui-se que, se nem mesmo a lei pode mitigar o princípio da individualização da pena, quanto mais o próprio aplicador do direito, que se submete ao princípio da legalidade.

Alberto Silva Franco enaltece que:

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

A fim de inviabilizar os direitos de execução, argumenta-se ainda com o risco de fuga, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito, conquanto consagra uma presunção *juris et de jure*.

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

Finalmente, a meu ver, a proibição de trabalho formal do estrangeiro também não tem o condão de inviabilizar a obtenção dos direitos ora pleiteados.

É certo que dentre os requisitos previstos no artigo 83, inciso III, do Código Penal, o segregado deve ter "aptidão para prover à própria subsistência, mediante trabalho honesto", e que, em princípio, esse requisito não poderia ser implementado por estrangeiros, diante do disposto no artigo 98 da Lei n.º 6.815/80, que expressamente proíbe a estes o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercício de atividade remunerada, *verbis*:

"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."

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

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

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

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

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

Cumpre, dessa forma, fomentar o trabalho do preso estrangeiro, independentemente do regime de cumprimento de pena, bem como durante o livramento condicional. Reitere-se que sua permanência no país decorre da submissão ao *ius punitiois*, o qual é conformato pela sujeição do condenado ao trabalho.

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS ATENDIDOS. ART. 89 DA LEI N.º 6.815/80. VEDAÇÃO LEGAL À PRÁTICA DE ATIVIDADE REMUNERADA QUE NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Na espécie, o Recorrido teve seu processo de expulsão arquivado com fulcro no art. 75, inciso II, alínea 'b', da Lei n.º 6.815/80 e, como reconheceram as instâncias ordinárias, atende aos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício de livramento condicional.

2. Negar o livramento condicional ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício apenas por sua própria condição pessoal.

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

4. Recurso desprovido."

(REsp 662.567/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 441.)

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

"A condição de 'estrangeiro' erigida em critério discriminatório, não encontra amparo em norma legal expressa e a finalidade que se quer atribuir a essa discriminação não tem justificativa razoável." (HC 3.596/SP, DJ 26.02.96)

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

"CRIMINAL. HC. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉUS PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. (...).

I. Hipótese que cuida de réus estrangeiros, em situação irregular no país, condenados por falsidade ideológica, ao cumprimento de pena em regime semi-aberto.

II. (...)

III. A escolha do regime de cumprimento da pena é ato discricionário do Juiz que, após a análise das circunstâncias concretas de cada caso, poderá optar pelo regime mais gravoso, desde que o faça com adequada e suficiente fundamentação (...)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 25298/PR, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2004)

Ressalte-se que, conquanto o Colegiado estadual tenha asseverado na hipótese a "existência de ofício do Departamento de Estrangeiros comunicando a publicação do decreto de expulsão" (fl. 27), dito ato de natureza administrativa não figura como óbice para o deferimento da progressão ou do livramento condicional.

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

Ao que cuido, negar o benefício da execução penal com respaldo em decreto expulsório, ante receio de fuga, consiste em corroborar a ineficiência estatal na fiscalização da execução da pena.

Ademais, em sendo conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação (artigo 67 da Lei n.º 6.815/80), ou seja, não há que se esperar o integral cumprimento da pena.

Sobre o tema, eis a providencial elucidação, *in verbis*:

"Fixado que expulsão tem natureza administrativa e que os benefícios prisionais são de índole jurisdicional-penal, torna-se fácil perceber que o condenado estruturado para voltar gradativamente ao convívio social pode fazê-lo se atendidos os critérios legais. Saber se o indivíduo segregado merece uma atenuação no rigor penitenciário é uma questão estritamente penal e criminológica. Se o decreto de expulsão existe, ou bem as autoridades administrativas aguardam o cumprimento da pena, ainda que em regime aberto, para depois efetivá-lo, ou bem, desde logo, verificado que o condenado não tem mais porque ocupar o cárcere, aliás, via de regra superlotados, expulsam-no independentemente da extinção de punibilidade pelo cumprimento da pena. O mesmo raciocínio, *ipsis literis*, vale para a hipótese do livramento condicional.

Revela-se inadmissível que o estrangeiro, pela só condição da sua origem nacional, seja excluído dos benefícios prisionais em razão de um decreto de expulsão que atina com critérios de conveniência e oportunidade estranhos à avaliação criminológica que é decisiva para se diminuir o rigor carcerário. Se é inconveniente a permanência do estrangeiro condenado nas ruas, que se efetive sua expulsão, mas daí a exigir o cumprimento integral da pena em regime fechado chega a ser cruel, verdadeiramente hediondo." (Toron, Alberto Zacharias. O condenado estrangeiro e a progressão do regime prisional. *In* Boletim do IBCCrim. São Paulo: IBCCrim, setembro de 2009)

Colaciono estes precedentes, em atenção ao exposto:

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

1 - O entendimento pretoriano é de que não se defere ao estrangeiro a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2 - Na hipótese, entretanto, de condenação através de sentença trânsita em julgado, onde foi determinado, em primeiro lugar o cumprimento de pena em regime integralmente fechado e, ao depois, por, por outro delito, em regime aberto, não é lícita a invocação em desfavor do alienígena de eventual equívoco como forma de se adaptar o édito à letra do art. 111 da LEP (soma ou unificação das penas), porque inviável a alteração da *res judicata*, ainda que seja em face de decreto de expulsão.

3 - RHC provido."

(RHC 7732/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 187)

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser cabível a concessão do livramento condicional ao estrangeiro preso e condenado no Brasil, a despeito de haver decreto de expulsão, sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 113080/RJ, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 31/08/2009)

"RHC. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. REGIME PRISIONAL.

1 - O entendimento pretoriano, em princípio, não defere ao estrangeiro, no caso de decreto de expulsão, o desconto de pena resultante de condenação criminal em regime prisional diverso do fechado.

2 - Estabelecido, no entanto, o regime semi-aberto, por decisão passado em julgado, não há possibilidade jurídica, apenas em função da condição de estrangeiro, submetido à expulsão do território nacional, de se alterar a forma de cumprimento.

3 - Recurso de *habeas corpus* provido."

(RHC 12612/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2002, DJ 04/11/2002, p. 265)

Cito, inclusive, julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, de ofício, concedeu *habeas corpus* nos autos do RHC n.º 93.469/RS, de relatoria da Eminente Ministra Carmen Lúcia, conforme noticiado no Informativo n.º 526 daquela Egrégia Corte Suprema, nos seguintes termos:

"A Turma negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* no qual nacional norte-americano, condenado, com terceiros, pelo crime de tráfico de substâncias entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12, *caput*), a cumprimento da reprimenda em regime integralmente fechado, sustentava: a) inobservância do princípio constitucional da individualização da pena, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal; b) indevida incidência da majoração decorrente do disposto no art. 18, III, da Lei 6.368/76, em face da sua absolvição relativamente ao delito de associação para o tráfico (Lei 6.368/76, art. 14); c) desnecessidade de prequestionamento em *habeas corpus* e d) possibilidade de progressão de regime prisional para o crime de tráfico de drogas. No caso, o STJ, para evitar supressão de instância, não conheceu a impetração porquanto a alegação referente à fixação da pena não fora apreciada pelo tribunal de origem. De início, ressaltou-se que a situação dos autos apresentaria peculiaridade, consistente no fato de que o recorrente tivera decretada a sua expulsão do Brasil em 1981, mas que retornara clandestinamente, vindo a ser preso novamente, em 1999, pela prática do delito que ensejara a condenação em análise. **Salientou-se que a aludida decretação de expulsão estaria suspensa para se aguardar o cumprimento da pena ora questionada (Lei 6.368/76, art. 12), já que ele estaria em débito com a sociedade brasileira por causa desses crimes. Considerou-se que, não obstante a pendência de um decreto de expulsão - o qual não poderia ser executado -, dever-se-ia observar o direito constitucional do recorrente à progressão no regime de cumprimento da pena.**

Preliminarmente, entendeu-se que não houve ilegalidade no mencionado ato do STJ e, em consequência, desproveu-se o recurso. Contudo, de ofício, deferiu-se a ordem. Aplicou-se a orientação assente no Supremo de que o *habeas corpus* não se sujeita ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada, uma vez que basta para o seu conhecimento que a coação seja imputável a órgão de gradação jurisdicional inferior, o que ocorre tanto quando esse haja examinado e repellido a ilegalidade aventada quanto se se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria em relação a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício. No mérito, enfatizou-se que o recorrente teria jus à pleiteada progressão de regime. *Writ* concedido, de ofício, para: a) excluir da condenação do recorrente a majorante do art. 18, III, da Lei 6.368/76, oriunda da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ante sua revogação pela Lei 11.343/2006 que, sendo *novatio legis*, aplica-se, quando mais benéfica, em favor do réu e b) na linha da jurisprudência aqui firmada desde o julgamento do HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), afastar o óbice à progressão de regime quanto ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado por força do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, cabendo ao Juízo das Execuções a análise relativa aos eventuais requisitos da progressão, de acordo com os critérios estabelecidos no CP e na Lei de Execução Penal - LEP. Determinou-se, por fim, a comunicação da presente decisão aos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores - em virtude do processo de expulsão pendente para aguardar o cumprimento desta condenação -, bem como ao Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo - RS e ao Juízo da Execução Criminal competente."

Ante o exposto, **concedo** a ordem para, confirmando a liminar, afastar o óbice consistente na condição de estrangeiro para o fim de se obter o livramento condicional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0180075-7

HC 186.490 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2006101240 355362420108190000

EM MESA

JULGADO: 15/12/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUZA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SHAWN ANTHONY PANDOZZI (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Livramento condicional

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.