



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 287.152 - SP (2014/0013383-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DARLINGTON IKE ONYEDEKE (PRESO)
ADVOGADO : ANGELA DE FATIMA ALMEIDA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

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 correspondente direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes.
3. Na hipótese em apreço, existe manifesta ilegalidade, pois o processo de expulsão existente não impede o deferimento da progressão de regime carcerário, 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. Agravo regimental a que se nega provimento.

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 Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de maio de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 287.152 - SP (2014/0013383-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DARLINGTON IKE ONYEDEKE (PRESO)
ADVOGADO : ANGELA DE FATIMA ALMEIDA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por intermédio da Subprocuradora-Geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, contra decisão monocrática desta Relatora que concedeu a ordem, de ofício, consoante a seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

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

4. Na hipótese em apreço, existe manifesta ilegalidade, pois o decreto de expulsão existente não impede o deferimento da progressão de regime carcerário, 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).

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

6. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

Aduz o agravante que "*data venia* das judiciosas razões expendidas na v. decisão agravada, consoante se expôs no parecer de fls. 99-101, encontra-se jurisprudência recente da colenda 5.^a Turma desse Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferimento da progressão de regime prisional caso haja contra o condenado processo de expulsão em andamento ou já decretado, diante da incompatibilidade entre os dois institutos" (fl. 123).

Assim, "cumpre a este *Parquet* Federal provocar a uniformização da jurisprudência sobre o tema, por meio deste agravo e, eventualmente, mediante a oposição de embargos de divergência" (fl. 124).

Diante disso, requer "a reforma da r. decisão agravada, para que seja denegado o presente *writ*" (fl. 124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 287.152 - SP (2014/0013383-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. DECRETO DE EXPULSÃO. NÃO IMPEDITIVO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

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. Na hipótese em apreço, existe manifesta ilegalidade, pois o processo de expulsão existente não impede o deferimento da progressão de regime carcerário, 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. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trago à análise do Colegiado tema decidido monocraticamente.

Da leitura das razões do agravo interno, conquanto reconheça o esforço do agravante, verifica-se que não verteu argumentos suficientemente válidos para reformar a decisão agravada.

O pleito cinge-se à possibilidade de se deferir a progressão de regime a estrangeiro com decreto de expulsão existente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

In casu, o paciente cumpre pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, cujo término está previsto para 11/2/2016.

Formulado em seu favor pedido de progressão para o regime semiaberto em 5.3.2013, a pretensão restou acolhida pelo Juízo de primeiro grau, aos seguintes fundamentos (fls. 31/34):

Entendo que a análise do benefício pretendido pelo reeducando 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 à 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, inciso III, 3º, inciso IV, 4º, inciso II, da Carta Magna, respectivamente).

Necessário mencionar 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 (...)

Assim, apesar do reeducando, 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, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Coelho Gonet Branco:

(...)

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

Portanto, a condição da existência de eventual decreto de expulsão, não implica sua permanência em regime integralmente fechado. Até porque, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pena. Anote-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959 entendeu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime prevista na Lei nº 8.072/90.

A interpretação do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, assegura garantia constitucional, deve se estender a estrangeiros não residentes no Brasil, uma vez que, ainda que em situação transitória no território nacional, estão sujeitos à jurisdição brasileira. Devem observar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, devem receber a proteção das leis brasileiras, notadamente as garantias constitucionais.

Segundo o Ministério Público, ainda a fim de inviabilizar os direitos concernentes à execução criminal, alega o risco de fuga e possibilidade de se tornar inexecutível a pena imposta, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito, conquanto consagra uma presunção *juris et de jure*.

Não penso que o simples fato do reeducando ser estrangeiro não domiciliado no Brasil, possa gerar uma presunção de que irá evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado.

Finalmente, entendo que, se acolhida a manifestação Ministerial, o reeducando estrangeiro está sendo tratado com desigualdade, com imposições que na prática fazem com que ele cumpra integralmente a pena em regime fechado, contrariando assim, como já mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o pedido é procedente, razão pela qual passo a analisar os requisitos legais.

O reeducando preenche o requisito objetivo, posto que já cumpriu o montante da pena necessário, conforme cálculo de benefícios de fls. 04-verso, enquanto que o documento de fls. 04 informa que possui "ÓTIMO" comportamento carcerário.

Assim, os requisitos legais estão devidamente preenchidos, CONCEDO o benefício do regime semiaberto ao sentenciado AIKE ONYDEKE, RG nº 61.628.757.

Transcrevo, também, o teor do aresto atacado, que deu provimento ao agravo em execução interposto pelo *Parquet* estadual para cassar o *decisum, verbis* (fls. 87/92):

Versa a controvérsia, basicamente, sobre a possibilidade do sentenciado, de nacionalidade nigeriana, obter ou não o benefício de progressão ao regime semiaberto de cumprimento de pena.

E em que pese o respeitável entendimento da culta Magistrada de primeiro grau, exposto de maneira bem fundamentada, merece provimento o recurso.

Com efeito.

O agravado é estrangeiro em situação irregular no Brasil e cumpre pena pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, existindo processo instaurado, em fase preliminar, objetivando a sua expulsão do país,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme informação obtida junto ao Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Estrangeiros — Divisão de Medidas Compulsórias.

Ostentando tal condição, torna-se inviável que seja progredido ao regime intermediário, no qual teria condições de sair diariamente para o trabalho externo ou, em datas específicas, sair temporariamente, ocasiões em que voltaria ao convívio social sem qualquer espécie de acompanhamento ou vigilância, situação absolutamente incompatível com a sua condição, mercê de sua indevida estada no território nacional.

No tocante à eventual ofensa ao princípio da igualdade, nunca é demais rememorar que não se pode igualar os desiguais.

Ora, o delinqüente estrangeiro com posição totalmente irregular no país não pode e não deve ter o mesmo tratamento dedicado ao nacional ou ao estrangeiro em situação regular.

Cumpre destacar, relativamente à impossibilidade de concessão de progressão de regime ao estrangeiro em situação indevida, arestos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo para, reformada a r. decisão de fls. 19/20vº, determinar o retorno do agravado ao regime fechado de cumprimento de pena, no qual deverá aguardar sua expulsão do país.

Da leitura do acórdão guerreado, conclui-se que o Tribunal *a quo* cassou a progressão de regime, apontando que o paciente não atendia aos requisitos, dado que estrangeiro em situação irregular, com processo de expulsão do país instaurado. Tal particularidade indicaria uma situação de insegurança em relação à possibilidade de fuga.

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

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

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

Nos termos do que leciona Salo de Carvalho:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.”

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 (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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

4. Recurso desprovido."

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

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

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

Por fim, colhe-se aresto desta Corte, da relatoria do 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 (...).

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

Ressalte-se que, conquanto tenha-se asseverado, na espécie, a existência de processo de expulsão, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 trânsito 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Mantenho, pois, o meu entendimento inicial.

À vista disso, firme nos fundamentos da decisão combatida, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0013383-5

AgRg no
HC 287.152 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00819602720138260000 209 819602720138260000 941769

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA DE FATIMA ALMEIDA
ADVOGADO : ANGELA DE FATIMA ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARLINGTON IKE ONYEDEKE (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DARLINGTON IKE ONYEDEKE (PRESO)
ADVOGADO : ANGELA DE FATIMA ALMEIDA

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.