

Progressão de regime de pena de estrangeiro com expulsão decretada ou impossibilitado de fixar residência no Brasil

Atualmente vem sendo controvertida no meio jurídico a progressão de regime de estrangeiro com expulsão do território nacional decretada, notadamente daquele que tem contra si inquérito de expulsão em andamento no Ministério da Justiça, aguardando o julgamento da expulsão ao mesmo tempo em que cumpre pena no regime fechado.

Para melhor compreensão da questão, convém inicialmente elencarmos as hipóteses de expulsão de estrangeiro. O art. 65 da Lei 6.814, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), possibilita a expulsão do estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. O parágrafo único do citado artigo acrescenta ser também passível de expulsão o estrangeiro que praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; 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; entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

O art. 68 do referido estatuto acrescenta que sempre que houver sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a **saúde pública (por exemplo, tráfico de entorpecentes)**, cópia dela deverá ser encaminhada ao Ministro da Justiça justamente para instauração de inquérito para fins de expulsão.

Fica evidente, portanto, que há todo um regime jurídico nacional próprio do estrangeiro e isso se dá por força da própria **Constituição Federal**, pois ela traça regras que diferenciam o estrangeiro do nacional. Por exemplo, no § 2º do art. 12 da Carta Política está expresso que **a lei não pode diferenciar o brasileiro nato e o naturalizado**, salvo nos **casos previstos na própria Constituição**. Vale dizer, a Constituição permite, em outras palavras, que a lei diferencie o estrangeiro do nacional, desde que não diferencie o nacional nato do naturalizado, já que entre estes só a própria Constituição pode estabelecer diferenças, como ocorre no § 3º do mesmo artigo, onde consta que **são privativos de brasileiro nato** os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa.

Também a título de exemplo, a Constituição proíbe o alistamento eleitoral de estrangeiros (art. 14, § 2º), bem como traça diversas proibições de ingresso de capital estrangeiro (arts. 17, II, 172, 192, 199, § 3º, 222, § 4º).

Tudo isso se dá a fim de se proteger a Nação, a soberania nacional, o mercado de trabalho nacional, o capital nacional etc.

É por isso que o Estatuto do Estrangeiro, por exemplo, proíbe o exercício de atividade remunerada ao estrangeiro com visto de turista, trânsito ou temporário (art. 98) e, se excepcionalmente autorizado o trabalho quando da concessão do visto (ainda que permanente), a mudança de empregador ou atividade profissional só poderá ocorrer se expressamente autorizada pelo Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho (arts. 100 e 101). A própria condição de turista, ou em trânsito ou temporário, proíbe o estrangeiro de fixar residência, nem mesmo sendo permitido para aqueles estrangeiros de países vizinhos nas cidades limítrofes (art. 21, § 2º). **Só podem fixar residência os estrangeiros com visto permanente.**

Feitos esses esclarecimentos jurídicos sobre a situação dos estrangeiros, bem se vê que todas essas diferenças entre eles e os nacionais se dá por força da própria Constituição Federal.

Assim, quando a Lei Maior disciplina o princípio da igualdade no art. 5º (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros **residentes** no País...), tal princípio deve ser devidamente interpretado frente a todas as diferenças que a própria Constituição faz entre estrangeiros, brasileiros natos e naturalizados e também frente a todas as diferenças que a Constituição permitiu que a lei ordinária fizesse (arts. 12, § 2º, e 22, XV, da CF). Aliás, a redação do *caput* do art. 5º da Constituição, ao estabelecer a isonomia entre os brasileiros e os estrangeiros, exigiu que os estrangeiros fossem residentes no Brasil e, nesta condição, evidentemente que a residência deve ser legal, pois, se for ilegal, esses estrangeiros estão em situação irregular e deverão ser deportados ou expulsos, conforme o caso, fazendo emergir uma diferenciação jurídica (e constitucional) entre o estrangeiro não residente (de forma lícita) e o nacional pela própria Constituição e pelo Estatuto do Estrangeiro, repetimos. Mas é claro que o princípio da igualdade também se aplica aos estrangeiros não residentes (turista, em trânsito ou temporário), **mas observadas as peculiaridades dessa própria situação.**

Pois bem!

Vejamos agora a questão da progressão de regime de estrangeiros condenados e presos no Brasil.

A rigor, a progressão de regime não pode ser negada desde que o estrangeiro preencha os requisitos objetivo e subjetivo previstos na Lei de Execução Penal, até porque, por força do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CF, se o estrangeiro tiver **residência** no Brasil (portanto, com visto permanente), não pode haver qualquer diferenciação.

Até aí tudo bem. O problema surge se o estrangeiro tiver contra si decretada a expulsão do País ou não tiver o visto permanente, já que dessa forma ele não pode estabelecer residência e nem exercer atividade remunerada no território nacional.

Vejamos, primeiro, a situação do estrangeiro com expulsão decretada.

A idéia do decreto de expulsão, ato decorrente da própria soberania nacional, é excluir da sociedade brasileira aquele estrangeiro que praticou ato de alguma forma prejudicial à Nação (art. 65 do Estatuto do Estrangeiro).

Já a idéia de progressão de regime é incluir na sociedade brasileira, de forma gradativa (do regime fechado para o regime semiaberto e, depois, deste para o aberto) a pessoa (brasileira ou estrangeira) condenada por um crime, testando gradativamente seu senso de responsabilidade para, ao término de sua pena, estar ressocializada, incluída no seio da sociedade brasileira.

É fato, até o término da pena a pessoa condenada sofre diversas restrições, seja por efeito principal ou secundário da condenação (restrição da liberdade, multa, suspensão dos direitos políticos, perdas de bens etc.). Ou seja, é evidente que a condenação afeta direitos do condenado, notadamente seus direitos humanos (já que a liberdade, a propriedade, o direito de votar e ser votado, dentre outras garantias, são facetas dos direitos humanos), mais isso por força da conduta anterior do próprio condenado frente ao ordenamento repressor vigente.

Mas voltando ao assunto. Seria possível incluir na sociedade brasileira pela progressão de regime a pessoa condenada que teve contra si decretada a expulsão do território nacional? A resposta deve ser negativa, já que a razão de ser da progressão de regime é incompatível com a razão de ser da expulsão. Uma, como visto, inclui na sociedade gradativamente e, a outra, exclui de imediato.

Nesse sentido, o STJ, também reiterando posição do STF, decidiu:

“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 nº 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” (STJ; HC 134.330; Proc. 2009/0073673-2; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Julg. 01/09/2009; DJE 28/09/2009).

A par desse entendimento, também devemos registrar que o regime semiaberto permite a saída temporária (visita externa à família etc.) e a saída nos dias úteis para o trabalho e estudo. (é condição implícita a residência fixa e trabalho para a progressão); e, apesar de a Lei de Execução Penal falar em colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento desse regime, é de conhecimento notório que essa previsão legal não foi implementada na maioria das Comarcas do País, onde o regime semiaberto é cumprimento em “albergues” (próprios para o regime aberto), onde o reeducando só pernoita e sai durante o dia para trabalho e estudo.

O regime aberto também não foi devidamente implementado, pois, como visto, na prática, o semiaberto é que vem sendo cumprido em “albergues” e o aberto é domiciliar, considerando essa deficiência estrutural do sistema carcerário nacional. Ou seja, **tais regimes são bem mais benéficos na prática do que nos termos da lei, ficando a critério do reeducando cumprir a pena ou não (evasão ou fuga).**

Além disso, mesmo que se cogitasse da existência de colônia agrícola ou similar para o regime semiaberto em todas as Comarcas (situação em que os reeducandos não precisariam sair para o trabalho), igualmente os reeducandos têm direito a cinco saídas temporárias de até sete dias por ano para visita externa à família, além da saída nos dias úteis para estudo.

Logo, conceder a progressão do regime fechado para o semiaberto ao estrangeiro com a expulsão decretada, além de contrariar a finalidade da progressão (incluir na sociedade) e da expulsão (excluir), estaríamos permitindo que um estrangeiro proibido de ficar no território nacional pudesse ter a seu favor o cumprimento da pena como forma de permanecer no Brasil. Vale dizer, ele poderia trabalhar e fixar residência no País justamente por ter sido condenado por um crime que praticou e agora cumprindo essa pena no semiaberto ou ainda no aberto. **Ou seja, a progressão de regime equivaleria à concessão de visto permanente por autoridade incompetente e à suspensão da ordem de expulsão.**

Além dessa situação paradoxal, é inegável que o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto tem facilidades de fugas e evasões infinitamente maiores do que no regime fechado (com vigilância direta). Assim, permitir que o estrangeiro com expulsão decretada seja beneficiado com a progressão de regime equivale a permitir que ele obtenha autorização para não cumprir a pena se assim o quiser. Por exemplo, digamos que um boliviano, em região de fronteira, obtivesse a progressão de regime mesmo tendo sido decretada a sua expulsão. Ao ganhar o semiaberto e sair para o trabalho, estudo ou saída temporária (se não quiser pular o muro do estabelecimento) ele não retorna e foge para a Bolívia. Só depois disso é que ele será regredido, ainda que cautelarmente, para o regime fechado justamente em decorrência da evasão ou fuga. Essa ordem de prisão não tem validade na Bolívia e, assim, basta ele não retornar ao território nacional para não cumprir a pena e, a par disso, como a expulsão não foi efetivada, se ele retornar ao território nacional não cometerá o crime de reingresso. Situação, aliás, que cria um critério diferenciador prejudicial ao brasileiro, pois este terá que cumprir toda a sua pena e, se descumprir o semiaberto ou o aberto, volta para o regime fechado.

Por essa razão, o ilustre Mirabete ensina que *“não se pode conceder a progressão para o regime semiaberto ao estrangeiro quando sua expulsão foi decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, pela fuga...”* (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 286).

Nessa mesma linha é o entendimento do STJ reiterando posicionamento do STF:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO. REGIME SEMI-ABERTO. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSAO DO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. Este

Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de impossibilidade de deferir-se a estrangeiro progressão para o regime semi-aberto, se contra o mesmo já fora expedido decreto de expulsão do país. Habeas corpus denegado” (HC 18747/SP. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª Turma. DJ 11/03/2002. p. 283).

“Habeas corpus. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semi-aberto. A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade” (Habeas corpus conhecido, mas indeferido.” (RHC n. 68.135, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 13.9.1991, RTJ 139/527).

Vencida a situação do estrangeiro com decreto de expulsão, **vejamos agora a progressão de regime do estrangeiro que tem contra si instaurado inquérito para fins de expulsão junto ao Ministério da Justiça, mas ainda não teve decretada a expulsão.**

Num primeiro raciocínio até se poderia cogitar de ser possível a progressão, já que ainda não há a expulsão, devendo o estrangeiro nessa situação, pelo princípio da igualdade, ter o mesmo tratamento que o brasileiro (nato ou naturalizado).

Contudo, a questão vai mais além do que a mera igualdade formal. O princípio da igualdade também deve ser analisado sob o aspecto material e não meramente formal. Não convém aqui academicamente ficar discutindo essa diferença, pois veremos ela na prática.

O que precisamos saber neste caso é se o estrangeiro com o inquérito de expulsão instaurado, mas ainda não expulso, possui visto permanente (com residência no País) ou não.

É que, conforme já vimos no início, a Constituição Federal permite que a lei ordinária crie diferenças entre estrangeiros e brasileiros. No caso, também conforme já vimos, o Estatuto do Estrangeiro diferenciou os estrangeiros com visto de turista, de trânsito ou temporário dos estrangeiros com visto permanente. Estes podem fixar residência e até trabalhar, aqueles, a rigor, não.

Aí é que vem a questão. A progressão de regime exige necessariamente a residência no território nacional, até porque não teria sentido cogitar de progressão para se cumprir pena no exterior (salvo acordo internacional firmado e **implementado pelas vias legais**). Assim, para se cogitar da progressão para o regime semiaberto ou aberto, o reeducando estrangeiro deve residir no território nacional. Residindo **legalmente** (com visto permanente, portanto), terá direito a progressão ainda que pender contra ele inquérito de expulsão, aguardando o julgamento neste no novo regime.

Agora, se o estrangeiro nessa situação tiver o **visto de turista, de trânsito ou temporário, ou pior, tiver ingressado ilegalmente no País**, aí não terá direito a progressão, pois não lhe é lícito fixar residência no território nacional e nem trabalhar, a rigor. Do contrário, repetimos, a progressão de regime equivaleria à concessão de visto permanente durante todo o tempo de cumprimento da pena, autorizando o reeducando a ficar no território nacional e a trabalhar, mesmo que não autorizado pela autoridade competente.

Aliás, é por essa mesma razão que o Decreto-lei 4.865, de 23 de outubro de 1942, proíbe a concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*) ao estrangeiro que se encontre no Brasil em caráter temporário, **já que ele não teria como cumprir as condições da suspensão da pena, pois não poderá ficar no território nacional, ainda que não tenha sido decretada a sua expulsão ou sequer tenha contra si instaurado inquérito para tanto.** Nessa hipótese, o estrangeiro deve cumprir a própria pena (ou aguardar o livramento, como veremos) para, ao término dela, seguir os trâmites legais de sua condição de temporário, independente da expulsão.

Vale dizer, **não é a condição jurídica de estrangeiro propriamente dita que gera óbice à progressão de regime, não é este o fator de *discrimen*, mas a condição de estrangeiro impedido**

de fixar residência e de trabalhar (turista, em trânsito e temporário ou com ingresso ilegal), máxime quando decretada a expulsão (excluído da sociedade brasileira).

Por isso há a possibilidade de, em concreto, ocorrer a situação do estrangeiro apenas estar respondendo a inquérito de expulsão (sem decreto de expulsão ainda) e mesmo assim não ter direito à progressão de regime, até para que a progressão não se transforme em instrumento para autorizar estrangeiros a ficarem no território nacional irregularmente, ainda que não decretada a expulsão, violando a política de disciplina de estrangeiros pela lei e pela autoridade competente. Se isso vier a ocorrer, acabará sendo vantajoso ao estrangeiro praticar crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo para, em regime semiaberto ou aberto, permanecer em território nacional, independentemente da expulsão.

Nesse sentido:

“*Execução penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Progressão de Regime. Réu estrangeiro em situação irregular no País. Tramitação de procedimento administrativo para decretação de expulsão. Impossibilidade de cumprimento das regras do regime pleiteado. Não-provimento do agravo*” (TJSP - Agravo em Execução Penal: AGEPN 990080046489 SP – Relator: Almeida Toledo. Julgamento: 11/11/2008. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 03/12/2008).

“*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. ESTADA IRREGULAR. REGIME ABERTO DE PRISÃO. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 114. REQUISITO. O acusado estrangeiro aqui, no Brasil, não residindo, nem podendo permanecer por ter entrado ilegalmente no País, aqui, também, não podendo trabalhar, não tem direito ao regime aberto de prisão, em face do disposto no inciso I do art. 114 da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal)*” (TRF da 1ª Região. HC nº 2004.01.00.047641-0, Terceira Turma, Relator Tourinho Neto, 09 de Novembro de 2004).

Finalizando esse assunto, basta notar como a maioria dos outros Países tratam os estrangeiros quando praticam crimes. A igualdade material (e não meramente formal) reside aí além das diferenças entre brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros fixadas pelo próprio ordenamento jurídico interno.

Mas outra indagação surge. Quando então os estrangeiros com expulsão decretada ou com visto de turista, em trânsito, temporário ou com ingresso ilegal poderão obter algum benefício da Lei de Execuções Penais, já que, a rigor, teriam que cumprir toda a pena?

Para responder essa questão, devemos averiguar quando o reeducando fica dispensado do cumprimento da pena. Isso se dá por força de lei (CP e LEP). Ou seja, ou com a extinção da punibilidade ou, em termos, com a concessão do livramento condicional. A extinção da punibilidade mais adequada ao caso em comento é o cumprimento integral da pena. Já a concessão do livramento condicional igualmente é pertinente, já que em tal benefício não ocorre propriamente o cumprimento da pena, mas o cumprimento do “período do prova” sem estar vinculado a estabelecimentos penais, ao término do qual, se o reeducando não der causa à revogação, também terá extinta a sua punibilidade; mas, se der causa a revogação, terá que voltar a cumprir a pena, podendo não aproveitar o período em que gozou o benefício (salvo algumas situações).

O livramento condicional difere da suspensão condicional da pena (vedada aos estrangeiros pelo Decreto-lei 4.865/1942), pois ele exige que anteriormente uma fração considerável da pena tenha sido cumprida, donde sua concessão como forma de antecipar a expulsão está de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, cumprindo o lapso de tempo necessário (requisito objetivo) para ser beneficiado com o livramento condicional (1/3 se primário em crime comum, 1/2 se reincidente em crime comum, 2/3 nos crimes hediondos, salvo se reincidente específico), o estrangeiro que também preencha o requisito subjetivo (bom comportamento ou parecer favorável da Comissão Técnica de Classificação etc.) será beneficiado com o livramento condicional (onde não se cumpre pena em si, mas condições), tendo como condição, no caso, retornar ao seu País ou, se já decretada a expulsão, concretizar o decreto de expulsão, bastando que seja entregue à Polícia Federal para a deportação no primeiro caso ou expulsão, no segundo.

Só para ilustrar, vejamos o seguinte julgado:

*"Livramento condicional para apenado estrangeiro - I - O paciente teve seu pedido de livramento condicional indeferido pelo Juízo da Execução, tendo em vista tratar-se de apenado estrangeiro, **não residente no País**, não estando seu requerimento instruído de forma a embasar o objetivo cumprimento das condições previstas nos §§1º e 2º do art. 132 da LEP, em consonância com a Lei 6.815/80. II - O Estatuto dos Estrangeiros **veda ao alienígena com visto de turista ou temporário o exercício de atividades remuneradas, significando que, se trabalhar nestas condições, poderá ser expulso, por estar em situação irregular**. Não especifica, porém, que deverá ele permanecer preso, quando a lei lhe assegura livramento condicional. No entanto, dito livramento se mostra incompatível com a permanência. Já a expulsão obedeceria. Não aproveita à administração a recuperação daquele que aqui não reside. Se se abre mão nesse espaço de tempo, no qual há uma liberdade vigiada, **que tome o rumo estrangeiro de seu país de origem**". (TRF-2ª Reg. - HC 96.0224.336/8 - Rel. Chalu Barbosa)*

Isso se dá por que não pode o Juiz da Execução Penal dispensar o reeducando do cumprimento da pena sem lei que o permita, até como decorrência do princípio da legalidade. Da mesma forma, como já dito, não pode o Juiz permitir que um estrangeiro com expulsão decretada ou que não possa legalmente residir no País venha a fixar residência e a trabalhar por força de uma decisão (de progressão de regime) contrária às normas de disciplina do estrangeiro nessas condições.

Há quem defenda que seria viável, até para diminuição de custos e aumento de vagas nos estabelecimentos penais, que o estrangeiro condenado e com decreto de expulsão já fosse expulso quando atingisse o lapso de tempo para a progressão ao regime semiaberto. Contudo, isso implicaria em dispensar o estrangeiro de cumprir o restante de sua pena (enquanto que os nacionais têm que cumprir toda a pena, ainda que no regime semiaberto ou aberto, com a possibilidade de regressão ao regime fechado, podendo se cogitar de uma desigualdade). Portanto, essa hipótese só poderia ocorrer com o advento de lei que autorizasse decisão nesse sentido.

Nesse ponto, há o Projeto de Lei 7.137/2010, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, cuja

proposta é justamente antecipar a expulsão do estrangeiro para a progressão de regime ou livramento condicional (nesta última hipótese, como visto, o ordenamento jurídico já permite pelo princípio da proporcionalidade e numa interpretação sistemática e teológica, pelo menos a nosso ver).

Em resumo, ressalvada a possibilidade de o Projeto de Lei citado ser aprovado, o estrangeiro com expulsão decretada ou que não tenha legalmente residência no Brasil (só aquele com visto permanente pode obtê-la), não pode obter a progressão de regime, até por não preencher o requisito subjetivo para ser progredido de regime, pois, ainda que tenha bom comportamento carcerário, não lhe é lícito residir e trabalhar no território nacional, condições até implícitas dos regimes semiaberto e aberto de cumprimento de pena.