

EXECUÇÃO PENAL E CIDADANIA GLOBAL

Paulo César Busato

INTRODUÇÃO

Nestes tempos de globalização galopante da modernidade reflexiva, no qual nos toca viver, cada vez mais nos deparamos com os fenômenos de migração, tanto de capitais quanto de pessoas, o que tem provocado inúmeras situações nunca antes enfrentadas pela humanidade.

Estas situações, ademais, ocorrem também em um tempo de medo. Um momento da história em que a exponenciação da circulação das informações, um mercado cada vez mais volátil, afetando as questões como o valor econômico de objetos e investimentos, a fragilidade do emprego, a mundialização da atividade criminosa e a consciência crescente dos problemas ambientais potencializam a insegurança das pessoas.

O resultado desta combinação nem sempre tem sido alvissareiro, visto estar representado em uma postura de refração à alteridade que se expressa sob forma de adoção de um modelo punitivo classificado segundo as condições pessoais dos destinatários, o qual identifica como inimigo preferencial o estrangeiro (BANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 129).

Em geral, nós brasileiros nos vemos inseridos neste contexto, desde um ponto de vista da vítima de um processo discriminatório, ou seja, na posição de alvo preferencial do sistema punitivo. De consequência, em geral, não tardamos em insurgir-nos mediante a inflamada atitude crítica, bradando por igualdade dentro da condição de humanidade básica, que é comum a todos. Figuro, pessoalmente, no meio deste grupo de inconformados. Tenho, seguidamente, proferido discursos antiexclusão, sob qualquer pretexto.

O presente texto, também crítico, pretende, porém, alterar seu foco. De um ponto de vista ontológico somente afirmamos nossa existência por um processo de antonomásia para com o entorno, o que certamente estimula a que tenhamos muito mais facilidade de crítica do externo do que de nós mesmos. Creio que sofreremos uma grave limitação argumentativa quando direcionamos a crítica a um ponto que nós mesmos não cuidamos de evitar. Assim, no afã de preservação da capacidade de crítica e de indignação em favor da prevalência do grito do desfavorecido, as considerações que seguem buscam pôr à mostra a necessidade de iniciarmos o caminho de afirmação democrática antes internamente, para só então, de posse da razão, voltar nossas baterias para a crítica externa.

Assim, do que aqui se cuidará é precisamente de demonstrar que, por uma comodidade prática de repetir antigas posturas autoritárias, o sistema de execução penal brasileiro – tanto em sua vertente forense quanto teórica – padece hoje de graves problemas de discriminação e xenofobia, fazendo perpetuarem-se, por margem amplamente majoritária, decisões totalmente desconectadas com a práxis de um Direito apoiado em um modelo de Estado social e democrático de Direito e, o

que é pior, adequando-se a uma postura discursiva própria do chamado “direito penal do inimigo”, agora, aplicado ao processo de execução da pena.

Com este alerta, quer-se, antes de tudo, devolver a razão e a possibilidade de crítica a modelos externos para o nosso cenário jurídico, pois estou convencido de que somente a voz de um modelo teórico que grita pelas liberdades que estão ao seu alcance pode vibrar um timbre digno de crítica direcionada ao resto do mundo.

Assim, neste escrito, se iniciará pela demonstração de um grave problema com a tratativa dada ao estrangeiro em cumprimento de pena privativa de liberdade pelo sistema penal brasileiro; passando, a seguir, pela desconstrução dos argumentos que estruturam esta postura demonstrando sob que bases teóricas e práticas o sistema persecutório pode e deve garantir os direitos do preso estrangeiro no que tange à execução penal, especialmente no que tange à progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

CIDADANIA, CRIME E GLOBALIZAÇÃO

O mundo da chamada “pós-modernidade ou modernidade reflexiva” é marcado pela dimensão mundo. Com isso, quero dizer que já há muito, a realidade social cotidiana ultrapassou os limites físicos e políticos do Estado Nação. Enquanto isso, o padrão jurídico segue mantendo aquele superado estereótipo. É forçoso reconhecer que estamos vivendo um momento de transição nos padrões da ciência jurídica. Vivemos, enfim, o que Thomas Kuhn qualificaria de ciência nova, ciência extraordinária ou ciência revolucionária.

A pressão sobre a questão jurídica, como sempre, deriva das mudanças sociais que impelem, cada vez mais, rumo a uma ideia de que os problemas humanos e suas regulamentações devem ser globais. Algumas realidades inexoráveis, como as facilidades de trocas de informações, especialmente pela via cibernética, os efeitos globais de decisões relacionadas com elementos fundamentais para a preservação da vida humana, como o clima, a geologia, os alimentos e as facilidades para o trânsito de pessoas por todo o globo compõem uma nova realidade, em que se veem inseridos todos os fenômenos sociais, inclusive, necessariamente, o crime.

As estratégias jurídico-penais necessariamente deveriam responder a este fenômeno também com uma transformação, referencialmente no sentido de um reducionismo uniformizante e globalizado do controle social penal. Porém, o que se vê é uma postura exatamente inversa.

Um exemplo é a resposta ao incremento global de circulação das informações com a criação de uma crescente sociabilidade virtual, levando a um aumento de vigilância e de violações da intimidade das pessoas nunca antes visto, representado pelas legislações que permitem controle sobre as informações armazenadas em servidores de internet, domínio do fluxo de e-mails e até mesmo o controle sobre o uso de internet, todas elas tomadas no âmbito dos Estados nações.

Em face das crescentes catástrofes ecológicas registradas nos últimos anos, com efeitos globais terríveis, em vez de uma política de restrições às decisões potencialmente poluidoras, fulcradas em políticas de ajustes internacionais de

exploração dos recursos naturais terrestres, responde-se com uma inócua criação de uma avalanche de tipificações que, apenas aparentemente, dirigem-se à proteção do ambiente, mas que recortam, de modo verdadeiro e intenso, as garantias fundamentais dos indivíduos incriminados. Ademais, é forçoso reconhecer que não há proteção ao ambiente que possa derivar de uma incriminação penal, justamente porque a intervenção penal só pode dar-se depois do fato, o que implica necessariamente já ter sido causado, previamente à intervenção penal, o risco ou o dano ao ambiente, coisa que parece ser justamente o que o discurso diz querer impedir.

Finalmente, quanto ao fluxo global de pessoas, em vez de responder com uma uniformização das tratativas trabalhistas, procurando gerar igualdade de oportunidades e de participação na sociedade para todos, aplacando as ilegalidades que possam impedir esse fluxo, o que se vê é uma reação brutal, destemperada e xenófoba dos Estados, com frequente uso do seu aparato mais brutal: o sistema penal. Daí derivam, por exemplo: a) O chamado “*USA Patriot Act*”, que legitima a possibilidade de detenção de um cidadão estrangeiro por um prazo máximo de sete dias, sem necessidade de apresentar imputação contra ele, detenção que pode converter-se em indefinida no caso de migrantes irregulares para os quais resulte inviável a expulsão a seus países de origem, seja por desconhecer-se esta procedência, seja por tratar-se de apátridas ou porque seus estados rechacem aceitá-los, e isso sem necessidade de relacionar o sujeito com atos de terrorismo, bem como permite, dentre outras coisas, que os policiais se valham de métodos de tortura para a obtenção de provas (SAAVEDRA, 2009, n. 198, p. 16); b) O *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, no Reino Unido, que permite controle absoluto das comunicações do sujeito investigado; c) assim também as medidas, como as de prisão cautelar por dezoito meses como recepção aos migrantes vindos do terceiro mundo, adotadas recentemente pela União Europeia. Parece que estamos vivendo, sem dúvidas, um processo mundial de passagem da sociedade democrática (*demokratische Gesellschaft*) para a sociedade da segurança (*Sicherheitsgesellschaft*). (Idem, p. 16).

De todas estas reações, igualmente destemperadas e tributárias de um processo de expansão do controle social penal, a que parece ser mais brutal é a que visa impedir o fluxo de pessoas. Isto porque, a par do desastroso exercício de incremento do sistema penal, baseia-se fundamentalmente em dois pilares igualmente execráveis: primeiramente a ideia de que uma determinada parte do globo terrestre pode ser reservada para ser ocupada apenas por um determinado grupamento de pessoas e, depois, a adoção necessária do pressuposto de desigualdade entre as pessoas, o qual não se propõe eliminar, senão preservar ou até incrementar. Sim, porque as medidas visam manter a exclusividade do uso do território onde se encontram as melhores condições de vida para aqueles que já detêm uma melhor condição cultural, econômica e social, marginalizando – em todos os sentidos possíveis da palavra, inclusive penal – aqueles que não gozam de tais privilégios.

Esta crítica há de ser dirigida para todas as instâncias em que se pretenda o emprego do sistema penal como forma de discriminação entre pessoas, como forma de exclusão e de submissão à degradação humana. Os estrangeiros, afinal, merecem igual proteção jurídica que aquela destinada aos nacionais.

O ato de partir do pressuposto discriminatório e de uma presunção de diferença entre seres humanos foi a base de todos os mais odiosos sistemas jurídicos já criados pelo homem, servindo como exemplo a ideia geral de escravidão, especialmente dirigida aos povos africanos ou a eliminação de pessoas que não obedecessem aos protótipos de raça ariana pelo governo nacional-socialista na Alemanha.

Creio que se pode afirmar, com alguma tranquilidade, que a pretensão de evolução humana pretendida por toda a base jurídica que vise amparar um Estado social e democrático de Direito deve promover a eliminação de qualquer resquício de discriminação. É preciso afirmar bases gerais de humanidade como primeiro passo para atingir, em um futuro longínquo, uma organização jurídica global de respeito a todas as pessoas. Para tanto, urge suplantar, ainda que no âmbito da hermenêutica do direito interno de um país, suas tendências xenófobas.

Ao contrário do que se pensa, o Brasil, um país que é reconhecido por ser um mosaico de raças, onde a miscigenação é a marca, ainda padece, em seu sistema jurídico, de graves restrições ao reconhecimento de direitos aos estrangeiros.

Uma das principais marcas desta tendência a um nacionalismo restritivo aparece no sistema de execução penal.

A PROGRESSÃO DE REGIME DO ESTRANGEIRO NO BRASIL: UMA TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL A SER REVERTIDA

Os tribunais brasileiros têm negado progressão de regime de cumprimento de pena para estrangeiros, amparados ora em uma tendência positivista de preservação de uma legislação anacrônica e xenófoba, ora em considerações de ordem prática de duvidosa sustentação.

Boa parte dos julgados dos tribunais superiores tem indeferido a progressão de regime de cumprimento de pena para estrangeiros, enquanto se aguarda o cumprimento do decreto que os expulsa do país. Trata-se de orientação jurisprudencial amplamente prevalente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, tornando inacessível a progressão a condenado cuja expulsão do país fora decretada.

Sustenta-se, de modo geral, que não é possível deferir a progressão de regime do estrangeiro, porquanto, a partir de sua condenação com trânsito em julgado, inicia-se inquérito administrativo visando sua expulsão, sob a base de que não é do interesse do país a permanência em território nacional do estrangeiro autor de delito. Mas não é só. Mesmo depois de concluído o procedimento de expulsão, justamente em função de que esta se encontra afirmada como necessidade reconhecida, não se defere a progressão de regime ou o livramento condicional, com base na ideia de que a manutenção da custódia prisional visa garantir o cumprimento do decreto de expulsão.

Entende-se, pois, que todo autor de crime atenta contra a ordem social.

Entretanto, o procedimento para a expulsão tarda, porque o Ministério Público deve remeter ao Ministério da Justiça cópia da sentença condenatória transitada em

julgado por crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública; a partir do que o ministro da Justiça determinará a instauração de inquérito para a expulsão, que finalmente ocorre por decisão do Presidente da República, manifestada através de decreto, ressaltando-se, de regra, a necessidade de prévio cumprimento da sanção penal a que o estrangeiro se vê submetido. A prisão pode ser decretada no curso de tal inquérito, visando garantir o cumprimento da expulsão.

As Cortes Superiores, quase à unanimidade, têm entendido que o regime progressivo visa à paulatina reintegração social do condenado, ou seja, fazer com que ele, pouco a pouco se vá habituando novamente ao convívio das pessoas em sociedade, coisa que será vedada ao estrangeiro expulso. Fazem presumir daí a incompatibilidade entre uma coisa e outra.

OS ARGUMENTOS DA XENOFOBIA PENITENCIÁRIA BRASILEIRA E SUA DESCONSTRUÇÃO CRÍTICA

Os argumentos expendidos nos julgados que denegam a progressão de regime são tanto de ordem político-criminal quanto dogmática, e o que se pretende aqui é fazer uma análise crítica destes.

INCAPACIDADE DE ALCANÇAR AS FUNÇÕES DA PENA

O Código penal brasileiro, anacronicamente, mantém a posição de que as funções da pena são a realização de retribuição e de prevenção, incluída neste último contexto, a prevenção especial, especialmente vinculada à ideia de ressocialização.

Ignorando a crítica que se faz ao projeto ressocializador como um discurso vazio, sustenta-se que o objetivo da passagem pelo cárcere é realizar a reintegração do sujeito na sociedade, coisa que não seria objetivo para o estrangeiro, já que este estaria sofrendo um processo de expulsão. Haveria, assim, incompatibilidade entre os objetivos da pena e o estrangeiro.

A despeito das óbvias críticas à pretensão ressocializadora, são outros aspectos que mais chocam.

Em primeiro lugar, a ideia de que, se os objetivos da pena não podem ser alcançados quanto a determinados sujeitos, não é a pena que desaparece, mas sim a condição de pessoa daquele contra qual ela se aplica!

É incrível que, esvaziada a função da pena, esta seja a solução.

Na verdade, há duas alternativas lógicas de raciocínio: ou se entende que a ressocialização é o único objetivo da pena na fase de execução, tal como quer Roxin, ou se entende que há outros objetivos para a pena concomitantes ao projeto ressocializador.

Caso haja outros fundamentos para a punição, não é possível que se abandone a isonomia no caso do estrangeiro. Se, por outro lado, o único objetivo da pena, na execução, é a ressocialização, e o Estado brasileiro não se sente obrigado a

promovê-la em face do estrangeiro, uma vez que pretende expulsá-lo, parece insustentável que ainda deva ser aplicada alguma pena contra o estrangeiro, pelo que, deveria ser imediatamente procedida a expulsão, incumbindo seu Estado natal da execução da pena, se com ela pretendesse alcançar algum objetivo.

A solução dada – impedir a progressão e persistir na aplicação da pena – demonstra que o Estado brasileiro desistiu do indivíduo apenado, mas não da pena. Com base nisso, destitui o sujeito de quaisquer direitos que este possua por sua simples condição de pessoa humana, já que a progressão de regime não é mais do que o corolário da ideia de humanidade da pena, e preserva a aplicação desta – instrumento de Estado – contra um sujeito que não participa do mesmo Estado.

A pena aqui se reveste de um caráter de mera ofensa dirigida contra o sujeito, destituído, por seu turno, de qualquer garantia, vez que não se lhe oferece o mesmo desenho que tem contra os cidadãos nacionais. Verifica-se que, ao subtrair do estrangeiro a possibilidade de progressão e de livramento condicional, converte a pena em desumana, eis que rompe com a base objetiva do modelo de contrato social, ao desistir, simplesmente, do sujeito. A subtração das mínimas garantias ao sujeito estrangeiro significa a sua conversão em mera *vida nua*, coisa que deriva do reducionismo da racionalidade setecentista que reduz as fontes dos direitos e garantias ao modelo de Estado-nação.

A “QUESTÃO DE ESTADO”

A aplicação do Estatuto do Estrangeiro como fundamento jurídico da hipótese de denegação da progressão de regime aparece sob o argumento de que o caso merece a tutela do Direito Internacional Público, ultrapassando os limites do Direito Penal. Sendo assim, haveria a supremacia do interesse do Estado em expulsar o sujeito sobre a lei federal que regula as Execuções Penais.

O argumento é obviamente falacioso. O conflito não se dá entre o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Execuções Penais, duas leis federais. O conflito é entre o Estatuto do Estrangeiro, legislação criada durante a ditadura no Brasil, visando preservar o controle ideológico sobre a população, banindo estrangeiros por meio de mecanismos de expulsão dotados de conceitos absolutamente abertos e a Constituição Federal de 1988, repositório de garantias democráticas, colmo da renovação política impelida pela população brasileira, que rompeu com um regime totalitário.

O argumento jurídico é de que o tema chega a erigir-se à condição de “questão de Estado” e merecer a tutela do Direito Internacional Público, ultrapassando os limites do Direito Penal, daí a supremacia do Estatuto do Estrangeiro sobre a lei federal de execuções penais.

Em realidade, o entendimento pretoriano prevalente é o de que, presente o decreto de expulsão, a pena resultado de condenação criminal do estrangeiro deve ser cumprida totalmente em regime fechado, sendo incabível a concessão tanto do livramento condicional quanto da progressão ao regime semiaberto ou aberto para os estrangeiros em situação administrativamente irregular, ainda que se tenha admitido a impossibilidade de alteração de regime, em respeito à coisa julgada, em situações em que a sentença fixou regime diverso.

Ademais, a ideia de que o Estatuto do Estrangeiro deve prevalecer sobre a Lei de Execuções Penais porque o *interesse do Estado* deve prevalecer sobre o *interesse do indivíduo*, parte de duas premissas falsas: a de que o interesse do Estado é o de impedir a progressão de regime do indivíduo e de que o interesse nesta progressão é exclusivamente do indivíduo.

Ora, partindo do pensamento xenófobo de que a primeira pretensão do Estado é a de expulsar o indivíduo, parece um completo despropósito mantê-lo segregado por mais tempo. Se o interesse é de expulsá-lo, porque não se lhe deporta imediatamente, para que cumpra pena em seu país, com todas as garantias que lhe são inerentes? Que razão sádica pode inspirar a pretensão de ver cumprida a pena segundo fórmula injustificadamente recrudescente em face dos demais antes da expulsão?

Aqui, o ponto de partida deve ser novamente a Constituição, especialmente, a partir da ideia, já firmada, de que os casos em que o juiz singular aplica pena ao estrangeiro, a ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, em transitando em julgado a sentença condenatória, não se lhe pode obrigar ao estrangeiro passar a cumprir pena em regime mais gravoso. De outro lado, ainda que o castigo se dê em regime fechado, não é possível – sobre isso o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou – executar um regime integralmente fechado. Assim, quando o juiz estabelece o regime fechado, trata-se de regime fechado *progressivo*. Portanto, surgem dois argumentos constitucionais pelos quais não se pode vedar a progressão para o estrangeiro: em primeiro lugar, a coisa julgada. Vedar a progressão do estrangeiro é violar a coisa julgada, pois desobedece a sentença fixada.

Não deixa de ser curioso o respeito ao limite da coisa julgada e concomitante violação de outras garantias fundamentais mais básicas, como o direito à igualdade expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Parece que a “questão de Estado” deve ceder passo ao tema constitucional da coisa julgada. Se é assim, caberia perguntar por que outros temas de teoria política, como os princípios da formação do Estado, nos quais se ampara a ideia de progressão de regime não recebem idêntico tratamento.

Em segundo lugar, é a própria concepção de Estado, que determina a necessidade de progressão de regime. Não deixa de existir interesse social na pessoa de qualquer preso. Nenhum Estado está autorizado a desprezar as considerações e proteções à sua população carcerária. O desrespeito à população carcerária implica desvelar o caráter totalitário do Estado, tal como ocorrido com os campos de concentração na Alemanha nazista ou nas prisões estadunidenses de Guantánamo e Abu Grahیب.

Neste caso, há de se considerar a origem do sistema progressivo de cumprimento de pena. A despeito das origens históricas atribuídas à disseminação por parte de Walter Crofton de um modelo oriundo das prisões australianas (BITENCOURT, 1993, p. 84 e ss.), a origem teórica encontra-se firmemente embasada no tema do contrato social. Afinal, se o Estado nada mais é do que uma ficção criada por parte do interesse de vários indivíduos, com vistas a proteger seus interesses individuais; e se essa formação se dá por meio da concessão da mínima parte da liberdade dos indivíduos, em prol de que este “ente” consiga proteger toda a

liberdade restante, parece claro que o Estado é composto por e para os indivíduos, e não o contrário.

Sendo assim, simplesmente não é dado ao Estado desistir dos indivíduos, conquanto seja possível o contrário, na medida em que se admita que um cidadão possa naturalizar-se em outro país. Não podendo desistir dos seres humanos, a postura punitiva do Estado deverá obedecer a ideia de humanidade da pena.

Portanto, se o Estado, derivado do contrato social, não pode desistir dos cidadãos, jamais poderia encerrá-los indefinidamente em qualquer classe de sistema prisional. Sempre está, e estará, enquanto Estado de Direito, obrigado a admitir o retorno do cidadão ao convívio harmônico em sociedade. Esta é uma característica da humanidade da pena.

De outro lado, o interesse na progressão de regime não é, absolutamente, um interesse exclusivo do indivíduo. É um interesse coletivo. Todos temos interesse que as pessoas submetidas ao controle social penal sofram o mínimo de dessocialização possível em sua passagem pelo cárcere. Se perguntarmos a qualquer cidadão sobre quem ele prefere ter sentado ao seu lado no ônibus, se um egresso de um regime progressivo integralmente cumprido que terminou ontem sua pena ou um egresso de um regime fechado que terminou ontem sua pena, jamais haverá qualquer resquício de dúvidas. A individualização da pena é um reflexo do princípio de culpabilidade, porquanto é a afirmação individual da culpa que determina a cada um a pena que deve cumprir e como deve ser cumprida. A questão da progressão de regime é parte da execução da pena individual de cada condenado. Assim, a obediência ao princípio da culpabilidade obrigou, em outras circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal a preservar a progressão de regime frente a regras proibitivas de tal medida.

Apenas um raciocínio abjeto de que a prisão deve ser eterna e que ao sujeito que nela ingressa jamais permitiremos um novo contato social conosco pode conceber alguma vantagem em um regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

Assim, parece claro que o regime progressivo não é uma vantagem apenas para o apenado, senão que é uma regra destinada a favorecer-nos a todos, mesmo aqueles que jamais terão contato pessoal com os mecanismos estigmatizantes do controle social penal.

É, portanto, uma “razão de Estado” e não de qualquer Estado, mas do verdadeiro Estado de Direito, que determina a adoção do regime progressivo de cumprimento de pena. A questão da progressividade nada tem que ver com a falácia da ressocialização. Simplesmente está amparada na questão de Estado de determinar o menor nível de dessocialização possível e a aceitação permanente do indivíduo pelo Estado.

Assim sendo, é também uma razão de Estado de Direito, de Teoria Política, que erige a progressividade de regime de cumprimento de pena à condição de princípio, varrendo, simplesmente, sua inviabilização em um Estado que ainda pretenda ser chamado de social e democrático de Direito.

Dentro desta fórmula, em tendo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XLVII, e, consagrado o princípio de humanidade da pena, a este também deve dobrar-se a legislação, em especial o Estatuto do Estrangeiro, que é uma legislação editada antes da Carta Constitucional, por um governo ditatorial e ilegítimo.

A afirmação de um Estado democrático de Direito depende de que o *interesse do Estado* ceda ao ditame das garantias constitucionais. A coisa julgada e a humanidade da pena são garantias do Estado democrático de Direito. São, portanto, garantias políticas de nossa Carta Constitucional. Os padrões políticos relativos ao Estado democrático de Direito devem sempre superar os eventuais interesses (mesmo de Estado) emanados da Lei (no caso, do Estatuto do Estrangeiro).

Como argumento de suporte, a sucessão legislativa também ampararia a ideia, dentro da perspectiva de retroatividade da lei penal mais benéfica, ou mesmo, dentro da questão de hierarquia legislativa, já que a norma que ampara a possibilidade de progressão (Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007, que faz ingressar no ordenamento jurídico pátrio o Protocolo relativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em Nova York, em 18 de dezembro de 2002) é mais recente e hierarquicamente superior à regra que, em tese, inviabilizaria a progressão de regime (art. 65 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980), que trata de regulamentar a expulsão do estrangeiro irregular.

Destarte, em favor dos interesses expressos em nosso modelo de Estado, deve haver a prevalência da legislação que obedece ao princípio de progressividade de regime de cumprimento de pena, sobre qualquer outra.

UMA VEZ CONDENADO, O RÉU ESTRANGEIRO PASSA A SER CONSIDERADO NOCIVO AOS INTERESSES SOCIAIS

Afirma-se que, uma vez condenado, em sentença transitada em julgado, o réu estrangeiro passa a ser considerado nocivo aos interesses sociais, pelo que não merece a progressão de regime. O entendimento é, então, de que, uma vez condenado, o estrangeiro é nocivo aos interesses de nossa sociedade. Haveria de se perguntar duas coisas em primeiro lugar: o estrangeiro não condenado é também nocivo? O condenado nacional é também nocivo?

Nestas duas perguntas está inserida a questão fundamental da teoria do *labeling approach*. Parece não haver dúvidas de que nosso país, tropical e turístico, encontra-se permanentemente aberto ao recebimento de turistas. Não no sentido lúdico, mas no sentido baumaniano da palavra.

Bauman (1999, p. 85 e ss.) divide os indivíduos em duas categorias segundo o manejo da dimensão espaço-tempo. A categoria dos turistas, composta por aqueles que desfrutam de todo o espaço do mundo e não têm quase nenhum tempo, ou seja, podem deslocar-se livremente, porque são consumidores. Ao consumirem, renovam a necessidade que o mundo tem deles, e as portas de todos os lugares se abrem para recebê-los a ponto de faltar-lhes tempo para desfrutar de todas as oportunidades que se lhes oferece. Em contraposição, há a categoria dos vagabundos, que têm todo o tempo do mundo, e quase nenhum espaço. É que, uma

vez que não consomem, não são bem vindos na maior parte dos espaços, fechando-se as fronteiras de determinados países, depois de determinados bairros, determinados lugares de convívio social, até que se veem confinados aos bairros periféricos das grandes cidades. Eles têm todo o tempo do mundo, porém, quase nenhum espaço onde dispendê-lo.

Enquanto as pessoas forem incluídas na categoria de turistas, mesmo sendo estrangeiros, são e serão bem recebidos em qualquer lugar do mundo. A seleção estigmatizante é voltada para o *vagabundo* em sentido *baumaniano*, ou seja, aquele que, porque não se inclui na categoria de consumidor, acaba caindo no *guetto* da rejeição social e incluído entre os criminosos. A partir daí, dentro mesmo daqueles que já são estigmatizados socialmente, ao ser identificado como estrangeiro, o sujeito sofre uma segunda discriminação, que o conduz à condição jurídica de *inimigo* e, portanto, ele acaba despido das defesas mais elementares caindo na condição de *Homo Sacer*, ou seja, deixa de ser cidadão e passa a ser súdito, ou seja, converte-se em *vida nua*, desprovida das condições de autopreservação mais elementares.

O Brasil, assim como a América, é formado por sucessivas ondas migratórias que acabaram por compor uma mescla de culturas e deveria, antes de todos, transferirem para a hermenêutica jurídica sua vocação cosmopolita. Não só porque isto significaria uma postura mais adequada ao seu passado, mas também como uma demonstração de avanço democrático que serve de exemplo para a contramão da história que tem acontecido nos chamados “países desenvolvidos”, especialmente na Europa, onde recentes posturas criminalizantes têm demonstrado uma tendência ao fechamento de fronteiras e à discriminação xenófoba.

Não é demais lembrar que a formação da população brasileira foi em princípio de naufragos, traficantes e degredados e esta circunstância não prejudicou historicamente a conversão da colônia em potência, pelo que, é no mínimo curioso que se pretenda dar cores de inconveniência à permanência de um condenado nestas terras.

Portanto, parece não existirem razões nem históricas nem sociológicas que possam justificar um tratamento diferente para o estrangeiro condenado e o estrangeiro não condenado, salvo que se queira admitir diretamente uma postura tão odiosamente discriminatória quanto a existente alhures.

Por outro lado, também carece de razoabilidade o medo de eventual nocividade derivada da condição de condenado do estrangeiro, vez que sua condição de ser humano, com todas as tensões e estigmas provocados pela condenação, não pode ser menos que idêntica àqueles existentes para o condenado nacional. Aliás, o foco de análise não há de ser simplesmente da condição de estrangeiro do condenado, senão de sua condição de pessoa humana, cujo desenvolvimento individual e proteção contra abusos, são espelho do princípio organizador que rege os objetivos do próprio Estado brasileiro, consoante previsto nos arts. 3º e 4º da Constituição Federal. Ora, se há garantia de que a violação da liberdade implicada pela condenação não pode ser distinta daquela concedida aos brasileiros, o tratamento diverso para o estrangeiro constitui violação da própria organização política do Brasil, que privilegia os direitos fundamentais da pessoa humana.

Além de tudo, a condição de condenado é justamente o que fragiliza o sujeito, obrigando o Estado, em contraposição, a afirmar mais fortemente ainda suas garantias de ser humano.

A POTENCIAL FUGA DO ESTRANGEIRO

Sustenta-se que a concessão do benefício ampliaria o risco de fuga do estrangeiro, já que o regime semiaberto tem parte do dia fora do cárcere, e as saídas temporárias não seriam justificáveis para quem não tem laços afetivos no país.

Em primeiro lugar, é necessário referir que as saídas temporárias são incidentes de execução de pena completamente judicializados, ou seja, não são concedidos aleatoriamente, mas sim mediante requerimento fundamentado dirigido ao juiz da execução que o aprecia na forma dos arts. 122 e seguintes da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

Assim, diante da existência de um ingente controle judicial, não se justifica o temor.

Menos ainda se justifica o risco de fuga diante do fato de que o trabalho se dá em local aberto durante o dia. Isto porque o risco de fuga é igual para todos, sejam brasileiros ou estrangeiros, sendo que o brasileiro, inclusive, por tendência a possuir laços familiares e de amizade mais extensos, poderia ter facilitada a fuga por intervenção de terceiro muito mais provavelmente do que o estrangeiro.

Aliás, no HC 3.596/SP do STJ (Quinta Turma, rel. Min. Assis Toledo, publicado em 26/02/1996), figurava já a referência à incompreensão do tratamento discriminatório do estrangeiro, porquanto o regime semiaberto é, em verdade, semifechado, oferecendo algumas garantias contra fugas, não inviabilizando a execução da pretensão de expulsão posterior do estrangeiro.

Ademais, a progressão para o regime semiaberto se baseia no mérito do condenado e em sua capacidade de adaptação ao novo regime, o que particulariza e reduz as hipóteses de fuga, já que deve haver uma prévia análise de compatibilidade com a responsabilidade do condenado e de seu comportamento, consoante previsão legislativa expressa.

Aliás, o risco implicado na fuga é menor para o estrangeiro do que para o brasileiro, pois ele não possui laços afetivos no Brasil e, portanto, tende a não ter local para onde fugir, ao menos, no país. É de notar que, provavelmente, no seu país de origem, sua situação social está pior do que no Brasil, pois, do contrário, não teria ele emigrado.

A conclusão é inarredável: o risco de fuga do estrangeiro, com vistas a permanecer no país é pelo menos igual, e muito provavelmente inferior, do que o risco de fuga do nacional.

Resume-se, pois, o risco, na fuga do estrangeiro para o seu país de origem. E aí, reside um evidente paradoxo: o fato de pretender manter o sujeito preso diante do risco de fuga para o estrangeiro, com o fito de garantir, ao final da sentença, justamente o cumprimento da ordem de expulsão do país. Ora, se o objetivo final é expulsar o estrangeiro mediante cumprimento de decreto administrativo, sua fuga

para o exterior mais não faz do que adiantar tal execução, fato que não impede o regular trâmite administrativo até o final, para restringir o seu reingresso.

Assim, resta evidenciado que, do ponto de vista da fuga, não há qualquer argumento plausível para justificar a manutenção do apenado estrangeiro em regime fechado durante toda a sua condenação, sendo que tal postura configura clara violação de direito fundamental. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 7º, ao cuidar do direito à liberdade e segurança pessoais informa que *ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários*.

Demonstrada à sociedade a falta de justificativa para manutenção do encarceramento do indivíduo estrangeiro em regime fechado quando presente direito à progressão, a prisão converte-se imediatamente em arbitrária, constituindo violação de direito fundamental.

PROIBIÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL LÍCITA

Alega-se ainda que o estrangeiro cuja expulsão foi decretada está irregular no país, portanto, não pode exercer atividade laboral lícita, que se presume ser uma das condições essenciais do regime aberto e uma das questões fundamentais na execução do regime semiaberto.

Novamente chama a atenção o fato de que justamente aquele diploma jurídico que pretende a expulsão do estrangeiro, seja aquele que lhe veda o trabalho. Trata-se, obviamente, da organização de uma legislação xenófoba, que perde qualquer sentido dentro do contexto de globalização em que vivemos.

A migração de trabalhadores é uma realidade inexorável. Hoje, os migrantes por razões políticas, econômicas ou sociais somam mais de 160 milhões de pessoas e já estão organizadas em mais de dois mil movimentos organizados em 90 países, a ponto de gerar o III Fórum Social Mundial das Migrações, no último dia 13 de setembro de 2008, em Rivas, na Espanha, de onde surgiu a *declaração de Rivas*, pregando, entre outras coisas, por um “Mundo sem Muros”, onde os trabalhadores possam tentar livremente construir suas vidas e pela efetivação plena dos arts. XIII e XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ora, ainda que o mercado tenha suas cruelíssimas regras, e não restrinja a admissão de estrangeiros, ao menos um país signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que pleiteia um assento permanente no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, deve, em seu organograma jurídico, prezar pela obediência às garantias mínimas aos seres humanos.

Vale lembrar, apenas como complemento, que as regras de trabalho dos detentos, tal como se lhes regula a lei de execuções penais, não preveem nenhuma distinção entre presos nacionais e estrangeiros e mais, estabelecem que o trabalho é um direito assegurado ao detento e uma obrigação do Estado. Convém notar que a exigência da lei para a obtenção dos benefícios é de que o réu tenha condições de exercer trabalho lícito, o que não se traduz, necessariamente, na formalidade da condição trabalhista. O subemprego e a informalidade, que aliás, grassam na sociedade brasileira, não se traduzem em sinônimos de trabalho ilícito. Presumir o contrário representa, a um só tempo, negar a realidade de um problema social

brasileiro e exigir do estrangeiro situação jurídica formal diversa da que se exige do nacional para fins de execução da pena. Portanto, a falta de possibilidade de alvitrar emprego formal não pode ser impeditiva da concessão da progressão.

Convém notar que o direito ao trabalho livre, em qualquer local do mundo é uma clara bandeira humanista do mundo moderno, que nos leva a criticar duramente outras posturas que visam utilizar justamente o instrumental penal para afastar a possibilidade de liberdade mundial da realização pelo trabalho.

Exemplo claríssimo desta postura discriminatória é a aprovação, antes citada, da nova diretiva do Parlamento Europeu que estabeleceu sanções aplicáveis aos empresários de residentes ilegais nacionais de países extracomunitários. Na Itália, no mês de maio de 2009, igualmente se incrementaram a pena e os tipos penais relativos à imigração ilegal.

Evidentemente, resulta odiosa a utilização do sistema penal, em qualquer nível, para suprimir as oportunidades de trabalho de qualquer ser humano pela sua simples condição de estrangeiro.

Sendo assim, a regra geral de direitos humanos do preso – que compreende o direito ao trabalho – deve prevalecer sobre sua condição de estrangeiro. Ou seja, no que se refere ao trabalho, o indivíduo é, antes de estrangeiro, um ser humano. Como tal, goza do direito fundamental ao desenvolvimento pela via do trabalho.

NÃO SE PODE TRATAR “IGUALMENTE OS DESIGUAIS”

Finalmente, temos que, em um incrível exercício de retórica, argumenta-se que a aplicabilidade de solução diversa da usual na progressão de regime quando o condenado é estrangeiro deriva da necessidade de que a lei deva estabelecer tratamento diferente a pessoas diferentes, de modo a equilibrar o princípio de igualdade desde um ponto de vista material. A ideia de igualdade é distorcida, sendo que, por vezes, justifica-se a vedação à progressão justamente partindo de um reconhecimento de impossibilidade de aplicação de isonomia de tratamento, já que neste caso, se estaria tratando de modo igual, “pessoas desiguais”. Ou seja, a própria justificativa de negação parte de uma premissa discriminatória, afinal, a desigualdade, no caso, deriva simplesmente da nacionalidade da pessoa, o que não poderia, em nenhuma hipótese, privá-la dos direitos que derivam de sua condição humana.

Entretanto, o que parece claro é que o resultado final desta prática é justamente o oposto. Aquele que já sofre de barreiras de preconceito, de língua, de adaptação de costumes, tem sua ressocialização dificultada e não facilitada pelo sistema penal, como seria lógico presumir.

A distorção da ideia de igualdade material toca às raias do absurdo multiplicando e não recortando a desigualdade. Pior que isso, viola o item 23 da Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais, que prevê que não haverá nenhuma distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, contemplando, expressamente, o princípio de isonomia.

Não fosse só isso, esta fórmula discriminatória é vedada já pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal antes citado, na medida em que este veda expressamente a discriminação aos estrangeiros residentes no país.

Sendo assim, resta claro que não é possível qualquer tratamento diferenciado ao estrangeiro no que tange às limitações à sua liberdade, que de algum modo possam ser discriminatórias, já que os direitos e *as garantias asseguradas na Constituição têm como destinatários todos aqueles que venham a entrar em contato com a nossa ordem jurídica* independentemente de sua nacionalidade.

Ademais, fosse pouco, seria possível invocar ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece entre os deveres dos Estados signatários, já em seus dois primeiros artigos, a obrigação dos estados-parte em respeitar o pleno exercício de direitos e liberdades, sem discriminação de origem nacional, obrigando a considerar todo ser humano como pessoa e, portanto, como portador dos direitos fundamentais derivados desta condição.

Note-se que o próprio preâmbulo da convenção, marca o dado de que *os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana*. Esta postura faz entrever que a leitura dos dispositivos constantes no Pacto devem ser interpretados à luz da ideia central de respeito ao ser humano enquanto tal. Resta proibida, portanto, a discriminação de qualquer ordem por motivos de nacionalidade, reconhecida a humanidade como fonte dos direitos elementares da personalidade.

Inclusive as regras mínimas para o tratamento de prisioneiros, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, tiveram seus procedimentos de aplicação definidos em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, do Conselho Econômico e Social da ONU, em treze itens. Destes, destaca-se o princípio fundamental expresso no item 6,1, com o seguinte enunciado: *As regras que se seguem deverão ser aplicadas imparcialmente. Não haverá discriminação alguma baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou em qualquer outra situação*.

Como se nota, todos os dispositivos internacionais de proteção da pessoa humana exigem o reconhecimento da igualdade de tratamento por parte do sistema punitivo. Daí a conclusão inarredável de que a desobediência a esta diretriz equivale à grave violação de direitos humanos. A este propósito o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (que ingressou na ordem jurídica brasileira promulgado pelo Decreto n. 592 de 06/07/92), em seu art. 7º, refere expressamente que *ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Sendo assim, não resta qualquer dúvida sobre a desumanidade do tratamento dispensado àquele para quem é vedada a possibilidade de progressão de regime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante das argumentações aqui expendidas, é necessário interpretar o tema da progressão de regime do estrangeiro em um contexto que permita a superposição dos pontos de vista dogmático e político-criminal, dando ênfase a este último, especialmente na questão da afirmação dos direitos de pessoa humana, já que apenas desta forma será possível alcançar uma solução jurídica para o tema que respeite um perfil de Estado social e democrático de Direito.

Assim, é preciso partir dos princípios e missões do próprio Estado, daquilo que ele pretende realizar. Como visto, a pretensão expressa do Estado brasileiro é consagrar os direitos humanos como mola mestra da inclusão social. Isto significa que, em sendo os poderes do Estado tripartidos, as decisões tomadas pelos tribunais devem seguir o mesmo contorno ideológico das diretrizes que orientam o Estado brasileiro nas demais áreas. Portanto, há de se perseguir com a realização da execução de pena uma limitação do direito à liberdade que preserve os direitos fundamentais contra as arbitrariedades, eis que eles representam o alicerce sobre o qual se apoia a própria atividade punitiva estatal.

Por isso, todos os princípios característicos de um Estado social e democrático de Direito, obrigatoriamente filtram a atividade de controle social penal nos seus vários setores, inclusive na execução penal, compondo verdadeiros filtros balizadores da hermenêutica jurídica. Entre estes princípios, adquire especial relevância o da humanidade. Nilo Batista (1999, p. 99) comenta que *a pena nem «visa fazer sofrer o condenado», como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni, e esse é o fundamento do princípio da humanidade.*

A dignidade humana é um princípio limitador da intervenção estatal no campo penal que não admite transigência. Ela reflete o mínimo que orienta o ser individual contra o controle do aparato estatal, constituindo barreira intransponível, mesmo ao amparo de qualquer regra jurídica. No campo da execução penal, uma das principais expressões deste princípio é justamente a progressão de regime, conforme anuncia claramente Muñoz Conde, ao comentar o sistema penal progressivo adotado pelo Estado espanhol: *[...] la existencia del sistema progresivo en nuestro país resulta, en principio, coherente con las proclamaciones acerca de la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social que se contienen, como sabemos, en el art. 25,2 CE. [...] El fin de reeducación y la reinserción social debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos que proclaman los arts. 25,2 CE y 3 LOGP, lo que obliga, entre otras cosas, a considerar la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10,1 CE) como límite infranqueable de la ejecución penitenciaria y la intervención reeducadora.* (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 627).

O direito humano básico de desenvolvimento da personalidade exige que não haja supressão da possibilidade de redução do processo dessocializador que qualquer pessoa sofre no cárcere. Se o sistema progressivo é coerente com este propósito, admitindo que a recuperação do criminoso respeite os limites da dignidade humana, é forçoso concluir que a adoção do regime progressivo na execução penal representa a preservação do princípio de humanidade da pena. Esta condição de

ser humano confere idênticos direitos a todos os cidadãos de nacionalidade brasileira ou não, que estejam submetidos ao cumprimento de uma pena por condenação derivada do judiciário brasileiro. A distinção de nacional para estrangeiro não se sobrepõe ao princípio de humanidade, para fins de exigir um tratamento diferenciado segundo a condição de nacional, hipótese que implicaria negar exatamente sua condição de pessoa humana.

A postura de impedir a progressão do regime de alguém pelo simples fato de ser esta pessoa um estrangeiro é uma verdadeira adoção do chamado “Direito penal do inimigo”, que seleciona e exclui determinados indivíduos de seus direitos mais básicos, em busca da persecução penal ou da aplicação da pena, sob o argumento de que *Feind sind aktuell Unpersonen*.

Nenhum dispositivo do Código Penal e da Lei de Execuções Penais (e até mesmo de qualquer outro *codex*) impõe restrições para a aplicação da progressão de regime ao estrangeiro. Nem poderia ser diferente, pois é a própria Constituição Federal que impõe o tratamento igualitário entre nacional e não nacional, no que vem apoiada por uma vasta gama de tratados internacionais.

Finalmente, cumpre dizer que o tratamento empregado até hoje pela práxis forense à execução penal do estrangeiro no Brasil, em certa medida, remete à postura de *O Estrangeiro*, de Albert Camus, afinal, não há, de parte do sistema de imputação nacional nenhuma sensibilidade para com o outro, nenhum compromisso social para com os não brasileiros, como se o Estado nacional fosse completamente livre de obrigações mínimas de solidariedade humana para com aqueles que dele não são oriundos. Com uma agravante, ainda. Neste caso, a postura de *O Estrangeiro* não é de um indivíduo em face do todo que o cerca e que resulta, por isso, condenado. Ao contrário: é a postura de toda uma sociedade, impondo seu absoluto desprezo às agruras dos impotentes indivíduos submetidos aos seus grilhões.