

LUCIANA DE TOLEDO TEMER CASTELO BRANCO

**O ESTRANGEIRO E A PROGRESSÃO  
DE REGIME PRISIONAL NO SISTEMA JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Tese apresentada, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito Constitucional, à Comissão Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Gabriel Chalita.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
2005

## RESUMO

A presente tese tem como objetivo questionar as decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais negam a possibilidade de progressão de regime prisional ao estrangeiro em situação irregular no país, em especial àquele que tem, contra si, decreto de expulsão. Para tanto, fez-se um levantamento das decisões a respeito do tema e buscou-se as justificativas para perpetração de tal discriminação. O segundo passo foi estudar todos os elementos de alguma forma relacionados com a questão. Foram eleitos os seguintes temas: situação jurídica do estrangeiro; decreto de expulsão; a pena como coação à liberdade; o princípio da igualdade; o princípio da dignidade da pessoa humana; interpretação constitucional; controle da constitucionalidade. Realizado este estudo, passou-se a análise das argumentações elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal para justificar o tratamento discriminatório. Demonstrou-se que as decisões estão equivocadas por partirem de uma interpretação literal dos dispositivos legais envolvidos, desprezando, com isso, princípios constitucionais como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Uma interpretação sistemática, iluminada pelos valores e princípios constitucionais, concluiria que não se pode distinguir brasileiros e estrangeiros em relação à liberdade, um direito que não é do cidadão, mas do ser humano em geral. Assim, a vedação à progressão de regime para o preso estrangeiro em situação irregular é inconstitucional, por ferir o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A solução é uma *interpretação conforme a Constituição*, que permita, ao preso estrangeiro, o exercício de trabalho remunerado, condição indispensável para a concessão do benefício.

## ABSTRACT

The objective of this thesis is to question the decisions of the Supreme Court of Brazil which deny the foreigners in irregular situation in the country, especially those facing an executive order of expulsion, the possibility of progression in the prison regime. To do this, we have carried out a survey of the decisions concerning the theme and looked for arguments used to carry on this discrimination. The second step was to study all the elements which have something to do with the question. We elected the following themes: foreigners juridical situation; executive order of expulsion; the penalty as a limitation of freedom; the equality principle; the principle of the human being dignity; constitutional interpretation; constitutionality control. After the conclusion of this study, we went on to analyze the argumentations of the Supreme Court to perpetrate this discriminatory treatment. We demonstrated the mistake of the decisions which are based on a literal interpretation of the legal provision involved, thus despising constitutional principles such as freedom, equality and dignity of the human being. A systematic interpretation, enhanced by constitutional values and principles, would conclude that the discrimination between Brazilians and foreigners concerning freedom is unconstitutional as freedom is a right connected to men as a human being and not as a citizen. Therefore, the denial of progression prison regime for the arrested foreigner in irregular situation is unconstitutional, because it affects the right to freedom, equality and dignity of the human being. The solution is an *interpretation in accord with the Constitution*, which allows the arrested foreigners the right to paid labor, indispensable condition for the concession of the benefit of the progression prison regime.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.01
CAPÍTULO 1 APRESENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	p.04
1.1. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	p.19
CAPÍTULO 2 SITUAÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO.....	p.21
CAPÍTULO 3 O DECRETO DE EXPULSÃO.....	p.35
CAPÍTULO 4 A PENA COMO COAÇÃO À LIBERDADE.....	p.45
4.1. O INSTITUTO A PENA.....	p.47
4.2. A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.....	p.53
4.3. A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NO BRASIL.....	p.55
CAPÍTULO 5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	p.64
5.1. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO.....	p.65
5.2. O PRINCÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	p.72
5.3. O SENTIDO ATUAL DO PRINCÍPIO.....	p.74
CAPÍTULO 6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	p.93
CAPÍTULO 7 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	p.103
CAPÍTULO 8 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	p.118
8.1. HISTÓRICO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	p.121
8.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	p.123
CAPÍTULO 9 ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	p.138
CONCLUSÃO.....	p.161
BIBLIOGRAFIA.....	p.164
ANEXOS.....	p.174

## INTRODUÇÃO

É proposta desta tese questionar o tratamento jurídico que nosso Poder Judiciário dá ao preso estrangeiro em situação irregular no país.

Analisando a jurisprudência referente ao assunto, percebe-se que o preso estrangeiro com decreto de expulsão, diferentemente do preso nacional, não tem direito à progressão de regime. Argumentos sedutores foram desenvolvidos para justificar este tratamento desigual. Tanto é, que a primeira impressão ao ler as decisões, é de ser este, realmente, o único entendimento juridicamente possível, uma vez que decreto de expulsão e progressão de regime para meio aberto são institutos de aplicação simultânea conflitante. Assim, parece bastante razoável que o preso estrangeiro realmente não faça *jus* ao benefício.

No entanto, apesar da aparente razoabilidade das decisões, dificilmente o estudioso do direito, em especial aquele cujo interesse recai sobre as questões relativas aos direitos fundamentais, sentir-se-á confortável com o resultado do raciocínio desenvolvido. Haverá, sempre, uma sensação de desconforto, decorrente do fato de que *“o Direito, e isto em nenhuma de suas manifestações, pode se compatibilizar com a injustiça”*<sup>1</sup>, como ensina Celso Bastos.

Esta inquietação, em relação ao tema, motivou-me um projeto de estudo mais aprofundado da situação do preso estrangeiro e acabou por desencadear o presente trabalho.

Descrever a metodologia do desenvolvimento desta tese é importante para a compreensão do resultado obtido, mas é imprescindível também assumir que a metodologia empregada serviu apenas como instrumento para justificar a conclusão já intuída. O professor André Franco Montoro, de quem tive o privilégio de ser aluna no curso de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, insistia para que todos se lembrassem sempre da

---

<sup>1</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p.181.

origem da palavra “sentença”, derivada do verbo “sentir”. Com isso, queria demonstrar que a solução de um caso concreto é primeiro “sentida”, e a metodologia eleita, o caminho lógico escolhido, tem como função, justamente, legitimar a decisão intuitivamente tomada. Ressaltava, entretanto, que às vezes o caminho lógico percorrido resulta em solução distinta da intuída e, nestes casos, há de prevalecer a lógica.

No caso deste trabalho, felizmente, o estudo organizado da questão confirmou a solução pressentida.

Na busca por despertar o interesse do leitor, o trabalho tem início com a apresentação das decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao tema. A opção por analisar somente as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal justifica-se por ser, este órgão, a última instância nas questões envolvendo norma constitucional. Como a concessão de progressão de regime para meio semi-aberto, aberto e livramento condicional de preso estrangeiro com decreto de expulsão, diz respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a última palavra é a do Supremo Tribunal Federal.

Toda a jurisprudência relativa ao tema foi coletada e abrange o período de 1978 a 1999. O fato do número de acórdãos referentes à questão ser bastante restrito facilitou o estudo e possibilitou a sua análise acurada.

Conforme se verificará, o entendimento prevalente é de que o preso estrangeiro em situação irregular, cuja expulsão normalmente é decretada, não poder passar para o regime semi-aberto porque a vigilância sobre ele seria menor, e a possibilidade de fuga inviabilizaria o decreto de expulsão. Não pode ir para o regime aberto e livramento condicional porque não cumpre os requisitos objetivos condicionantes do deferimento da progressão, quais sejam, “residência fixa” e “possibilidade de trabalho honesto” e, portanto, não tem direito ao regime mais brando de cumprimento da pena. Além do mais, nestes casos, considera-se que ele já foi declarado “indesejável” pela sociedade brasileira e não pode circular livremente.

A proposta do trabalho é repensar a interpretação cristalizada pela Corte Suprema, apresentando nova reflexão, à luz de valores constitucionais como a liberdade, igualdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Para sustentar esta reflexão, foi necessário precisar alguns conceitos. Foram eleitos temas considerados imprescindíveis para a compreensão da matéria. Assim, logo após a apresentação das decisões, há um capítulo dedicado ao estudo da situação jurídica do estrangeiro no país; outro, sobre o decreto de expulsão; em seguida, um breve estudo sobre o instituto da pena como coação a liberdade, sobre a questão da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da interpretação constitucional e, por fim, sobre o controle da constitucionalidade das normas.

Dos temas citados, merece explicação a inserção do capítulo sobre controle da constitucionalidade das normas.

De fato, a tese a ser defendida é a de que o estrangeiro, ainda que com expulsão decretada, tem direito à progressão de regime. Como se verá, esta é a única interpretação compatível com os valores supremos da nossa Constituição. A pesquisa teve início já com esta convicção, portanto, não foi difícil encontrar os argumentos favoráveis à tese. A grande dificuldade foi imaginar qual postura deveria ser assumida pela Suprema Corte diante deste entendimento. Para dar resposta a esta questão é que se procedeu ao estudo do controle da constitucionalidade, procurando encontrar um caminho que permita ao Supremo Tribunal Federal dar cumprimento ao mandamento constitucional da igualdade e dignidade da pessoa humana.

## CAPÍTULO 1

### APRESENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal foi instituído no Brasil em 1890. Apesar de nascido no período republicano, D. Pedro II foi seu primeiro idealizador. O imperador acreditava que a Suprema Corte era responsável pela situação estável da Constituição americana e o modelo deveria ser seguido.<sup>2</sup>

Indiscutível, a relevância do Supremo Tribunal Federal na vida jurídica e política do país. Desde sua criação, a Corte representa esperança de respeito ao Estado Democrático de Direito. Assim como todas as instituições, que têm como escopo a defesa do direito e da democracia, sentiu o peso das ditaduras pelas quais o Estado brasileiro passou, oscilando entre decisões mais corajosas ou menos, mas sempre com um peso muito grande na sociedade.

A Constituição de 1988 reforçou o perfil do Supremo Tribunal Federal como guardião dos direitos fundamentais, entregando-lhe competências que o caracterizam como tal. É este o papel maior do Supremo Tribunal Federal, a guarda dos valores constitucionais maiores, como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade e igualdade.

A tese defendida neste trabalho envolve, justamente, estes valores supremos da constituição, e busca demonstrar que o estrangeiro condenado à pena privativa de liberdade deve ter o mesmo direito à progressão de regime que o preso nacional.

A escolha do tema justifica-se diante da constatação de não ser esta a posição majoritária no judiciário e tampouco do Supremo Tribunal Federal. Para demonstrar esta afirmação, foi coletada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referente ao assunto.

Trata-se, surpreendentemente, de apenas oito acórdãos, entre o período de 1978 e 1999. Cada caso concreto será explicado e serão transcritos trechos da decisão. Ao final, serão elencadas algumas conclusões a respeito da forma

---

<sup>2</sup> VILHENA VIEIRA, Oscar, **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**, p.73

como a Corte Suprema trata a questão. O texto integral dos acórdãos está anexado no final do trabalho e poderá ser conferido.

### **1º Caso:**

***Habeas Corpus* nº 56.311 – São Paulo**

**Relator: Ministro Moreira Alves**

**Decisão: 15 de agosto de 1978**

#### Histórico

*Habeas Corpus* impetrado em causa própria por estrangeiro condenado a 25 anos de prisão. Cumprida mais da metade da pena, primário e de bom comportamento carcerário, pleiteou livramento condicional. O pedido foi negado pelo juiz das execuções criminais. Recorreu da decisão para o Tribunal de Justiça, que manteve a decisão. Reitera o pedido neste *Habeas Corpus*, que também é negado. A fundamentação para todas as negativas é o fato do condenado ser objeto de um decreto de expulsão.

#### Transcrições relevantes

##### De trechos do relatório:

- trecho do relatório extraído da petição inicial

*“Sua permanência na prisão, além de absurda, é injusta, pois sendo ele condenado justamente com mais quatro companheiros no processo nº 88.503, todos com o mesmo grau de responsabilidade criminal, reafirmamos, não é justo que o paciente seja excluído de um benefício que os demais (co-réus) companheiros vêem gozando há muito, conforme pode ser constatado pelos documentos – em anexo”*

- trecho extraído do parecer do Procurador da República

*“Relembra o impetrante, que um dos co-réus no mesmo processo crime, de nome Garifalos Nicolaos Krassas, condenado a 25 anos de reclusão, teve*

*executado o decreto de expulsão e hoje se encontra em sua terra natal. Outros, foram beneficiados com o livramento condicional.*

*A situação tem similitude com a apreciada na 1ª Conferência Nacional de Desembargadores, reunida em 1942, aludindo a réu preso em virtude de processo administrativo, para ser expulso do país. Concluiu-se – parece que nesse caso não cabe livramento condicional.*

...

*A concessão do benefício, viria, praticamente, obstar a medida administrativa tomada e ensejar que o réu expulso pudesse burlá-la. Aliás, já se decidiu que, em havendo expulsão decretada, torna-se inviável a concessão do livramento condicional.*

...

*...a propósito, lembra que não haveria utilidade em se verificar se o sentenciado estaria, ou não, readaptado ao convívio social, se dele não poderia desfrutar, por força do ato expulsório.”*

#### De trechos do voto:

*“Não constando dos autos qualquer elemento sobre a cessação da periculosidade do paciente – ao contrário, a única decisão que examinou esse aspecto afirmou a não-cessação dela -, não seria, em rigor, necessário entrar no exame da impossibilidade do livramento condicional e do Decreto de expulsão, uma vez que inexistente a prova do preenchimento de um dos requisitos necessários à obtenção do livramento condicional que é o que pleiteia o presente habeas corpus.*

*Tendo em vista, porém, que essa questão é preliminar da relativa ao exame dos próprios requisitos estabelecidos no artigo 710 do Código de Processo Penal para obtenção do livramento, passo a examiná-la.*

...

*A impossibilidade (sic) de ambos foi exaustivamente demonstrada por MAGALHÃES NORONHA (Direito Penal vols.I, 2ª ed., nº 190, pág.380 e*

segs., Ed. Saraiva, São Paulo, 1963), e seus argumentos fundamentais continuam válidos...

...

*Não é mister demorada análise dos dois institutos para demonstrar sua incompatibilidade, pois salta aos olhos a ineficácia do livramento condicional. Dado que ele possa ser concedido, de que valerá, se é certo que, cumprida a pena, a expulsão será fatalmente executada, nada podendo o Judiciário fazer contra esse decreto, consoante taxativamente dispõe o art. 8º, §2º, do estatuto mencionado? Que utilidade tem sabermos se o réu está ou não adaptado a um convívio social de que não mais irá desfrutar?*

...

*Considere-se, agora, que o Judiciário e o executivo são poderes da União, independentes, mas harmônicos entre si (Const. Federal, art. 36). Que harmonia seria essa, em que um poder, considerando a nocividade da permanência do indivíduo em território pátrio, expulsa-o, enquanto outro, mesmo diante desse pronunciamento, facultava-lhe burlar esse decreto de expulsão, permanecendo no seio da sociedade, por cinco, dez ou até quinze anos (já que, praticando alguns dos crimes perfilados no art. 1º, e, do Dec.-lei nº 479, pode o réu vir a ser condenado a trinta anos), no uso e gozo da liberdade, sujeito tão-só aos pequenos incômodos do livramento condicional? A que fica reduzido, perante esse estrangeiro, o ato de soberania que o atingiu?*

...

*A favor da permissão do livramento condicional, há um venerando Acórdão do Tribunal Federal de Recursos (1ª Turma), proferido em 24 de setembro de 1957. Seu fundamento, entretanto, não procede, pois diz textualmente: 'O Dr. Juiz, na sustentação do seu despacho, salientou e expôs com muita segurança, que o fato de preexistir um decreto de expulsão não interfere no livramento condicional, que decorre exclusivamente da conduta do condenado na prisão'. Tal não é exato.*

...

*Por duas vezes, também nosso Tribunal foi chamado a julgar a espécie e em ambos cassou a decisão de 1ª Instância que concedera o benefício. Um Acórdão é o do processo 27.175, proferido pela 3ª Câmara, em 23 de dezembro de 1955. Outro é de 24 de março de 1958, da 1ª Câmara.*

*Diante da existência de um decerto de expulsão, que está somente na expectativa do cumprimento da pena aplicada ao recorrido, para ser executada, não pode o Poder Judiciário, ainda que sob a inspiração de política penitenciária, adotar uma decisão que colida com o ato do Poder Executivo.”*

## **2º Caso:**

***Habeas Corpus nº 63.593-8 – São Paulo***

**Relator: Ministro Djaci Falcão**

**Decisão: 05 de fevereiro de 1986**

## **Histórico**

Argentino condenado a 8 anos de reclusão, tendo contra si expedido decreto de expulsão, pleiteia a expulsão independentemente do cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem denegada.

## **Transcrições relevantes**

### **De trechos do relatório:**

- trecho do relatório extraído do parecer do Procurador da República Carlos Eduardo Vasconcelos

*“...foi condenado pela Justiça brasileira a 8 anos de reclusão, como incurso no art. 159 do Código Penal, com outros co-réus; um dos co-réus foi beneficiado com prisão albergue; o outro, com livramento condicional, enquanto ele, paciente, por ser estrangeiro, não foi favorecido com nenhuma vantagem legal; e mediante processo expulsório, foi decretada a sua expulsão do país, ‘sem prejuízo das penas a quê estiver sujeito’ .*

...

3. Nos termos em que foi formulado, a alegada injustiça refoge ao controle judicial, vez que, nos termos do art. 66 da lei específica, cabe exclusivamente ao Presidente da República resolver tanto sobre a conveniência quanto sobre a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.

4. A questão da compatibilidade do livramento condicional é despicienda para o desfecho da controvérsia. O paciente busca precisamente sua expulsão, baseado no gozo do regime mais ameno concedido aos co-partícipes, mas não faz prova de que, objetiva e subjetivamente, preenche os requisitos legais.

5. Todavia, é patente que, se a um estrangeiro, expulso sem prejuízo da pena, for negada a progressão a condições menos gravosas só por tais circunstâncias, estar-se-á criando uma discriminação que não tem guarida na Constituição nem nas leis ordinárias. Nas poucas vezes em que controvérsias análogas têm sido levadas aos tribunais, as soluções não têm sido uniformes. Prevalece, porém, o entendimento que afasta o controle judicial, a exemplo do HC nº 36.062, Relator Ministro Orosimbo Nonato (RTJ 7/277) e do HC 56.311, Relator o Ministro Moreira Alves (RTJ 90/790), por considerações de natureza lógica, de que o livramento condicional de um indesejável é incompatível com a expulsão já decretada.

6. Porém 'dizer que não há interesse em recuperá-lo como cidadão, porque não faz parte da comunidade nacional, mostra-se entendimento preconceituoso contra a minoria estrangeira' (TACr SP, RT 553/373). Ademais, a discricção presidencial, prevista em lei ordinária, não se confunde com puro arbítrio, sendo insustentável, em face de preceitos constitucionais asseguradores, a estrangeiros e a nacionais, da igualdade e do controle judicial de lesões a direitos individuais. Na convergência dos requisitos do livramento condicional com a indesejabilidade do alienígena, urge compatibilizar a aparente contradição entre a soberania e o direito individual, possivelmente com a efetivação da expulsão uma vez cabível o livramento."

De trechos do voto:

- trecho do relatório extraído das informações prestadas pela autoridade coatora – Presidente da República e usado como fundamentação para o voto.

*“A propósito do interessante tema, diz Yussef Cahali:*

*‘No plano da sistemática legal vigente, o elastério que dimana do texto do art. 67 não deixa dúvida quanto à possibilidade de expulsão do estrangeiro – se conveniente ao interesse nacional – ainda que já condenado, mas beneficiado tanto pelo sursis como pelo livramento condicional.*

*Aliás, não tendo o Governo optado pela faculdade outorgada pelo citado art. 67 no sentido da expulsão de estrangeiro condenado, antes de cumprida a respectiva pena, a existência do decreto expulsivo obsta à própria concessão do livramento condicional (a símile também da suspensão condicional da pena).*

*Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, não é admissível o livramento condicional de estrangeiro cuja expulsão do País foi decretada, e a execução desta está condicionada ao cumprimento das penas a que estiver sujeito no País; o livramento condicional e a expulsão são deux choses qui hurlent de se trouver ensemble’.*

...

*No mesmo sentido deste writ, vários pedidos foram feitos para a alteração do edito presidencial, não sendo eles atendidos porque se estaria frustrando a Justiça, premiando-se com a liberdade a quem praticou crime de suma gravidade, em que ficou demonstrada sua elevada periculosidade.*

...

*Se o comportamento do estrangeiro é incompatível com a ordem pública interna, e o interesse social divisado pelo governo é de expulsá-lo após o cumprimento da pena a que foi condenado no Brasil, não cabe ao Poder Judiciário apreciar o seu pedido de livramento condicional, quer para que reingresse na sociedade onde se tornou indesejável, quer para que retorne ao país de origem.”*

### **3º Caso:**

**Habeas Corpus nº 64.643- 3 - São Paulo**

**Relator: Ministro Aldir Passarinho**

**Decisão: 18 de dezembro de 1986**

#### **Histórico**

Argentino condenado a 9 anos de reclusão, tendo, contra, si expedido decreto de expulsão, pleiteia progressão para o regime semi-aberto. Foi impetrado *Habeas Corpus* junto ao Tribunal de Justiça e negado. Impetrado o presente *Habeas Corpus* contra referida decisão, também foi negado.

#### **Transcrições relevantes**

##### **De trechos do relatório:**

- trecho extraído da petição inicial

*“Argüir a insegurança e a maior probabilidade de estar propenso a romper os laços punitivos pelo relaxamento do controle repressivo não prevalece.*

*Quando da concessão dos benefícios legais cabe à Equipe de Estudos Criminológicos analisar o sentenciado e avaliar suas condições de responsabilidade e readaptação ao meio social.*

*O paciente foi submetido a Equipe Técnica obtendo excelente laudo que inclui.*

*Esteve trabalhando cerca de 04 meses extra muros sem ter tentado fuga.*

*Se ‘sem prejuízo das penas’ significasse manter o expulsando em regime fechado durante a pena corporal imposta deveria o Estado isolar os demais sentenciados, em regime especial e não serem tratados administrativamente iguais aos demais.”*

- trecho extraído da decisão do Tribunal de Justiça, referido no parecer da Procuradoria Geral da República, que, por sua vez, foi usado como relatório do *Habeas Corpus*

*“No dia 2 de outubro do ano passado, esta Câmara julgou o recurso interposto pelo ora paciente, de decisão da autoridade impetrada, que lhe negou o benefício do livramento condicional, que restou confirmada, unanimemente. A hipótese em debate é absolutamente a mesma. A promoção ao terceiro estágio, envolve a palavra do sentenciado, que se compromete a cumprir o estágio, sem tentar fuga. Nada existe que o impeça de empreendê-la, vez que, como válido, os estabelecimentos penais agrícolas são abertos e não contam com guardas em número suficiente para evitar as fugas.*

*A Lei 4865/42, citada no acórdão, proíbe a concessão do sursis aos estrangeiros que se encontrem no país em caráter temporário. Não há que se falar em isonomia. As hipóteses são diversas.*

...

*À evidência, não se pode pretender a compatibilização das benesses do estágio semi-aberto com o decreto expulsório, o que geraria impedimento prático de execução.”*

#### **4º Caso:**

**Recurso de *Habeas Corpus* nº 65.643- 9 - Rio de Janeiro**

**Relator: Ministro Néri da Silveira**

**Decisão : 27 de novembro de 1987**

#### **Histórico**

Paraguaio condenado a 15 anos de reclusão. Impetrou *Habeas Corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro porque seu pedido de livramento condicional não havia sido decidido pelo juiz da Vara das Execuções, tendo transcorrido mais de 90 dias da publicação do parecer favorável do Conselho Penitenciário do Estado. *Writ* denegado por maioria de votos (voto vencido do Desembargador Dílson Navarro), com o fundamento de não haver coação

ilegal na não apreciação do pedido. O presente recurso, reiterando o pedido, foi igualmente denegado.

#### Transcrições relevantes

##### De trecho do relatório:

- trecho extraído da ementa denegatória do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

*“O estrangeiro não tem direito ao livramento condicional se não tem residência fixa no País, que é, inclusive, pressuposto para seu visto de permanência”*

##### De trechos do voto:

- trecho extraído das informações prestadas pelo juiz da vara das execuções

*“O paciente é de nacionalidade paraguaia e consta entre as condições do benefício, trabalho e residência fixa no Brasil, fatos que, aos turistas, não são permitidos.”*

- trecho extraído do parecer da Procuradoria Geral de Justiça

*“O fato do sentenciado ser estrangeiro não impede, por si só, a concessão de livramento condicional. O Código penal, em seu art. 60, dentre as condições para concessão do benefício, estabelece, em seu inciso II: ‘Verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto’.*

...

*...entende que a ordem merece ser denegada. É que, pelo que informa o Dr. Juiz, o paciente não satisfaz uma condição objetiva de lei. Livramento condicional: prova de trabalho. Sendo seu ‘visto’ de turista, é evidente que não pode fazer tal prova (art. 83,III,CP), nem poderá obtê-la (art.132, §1º, a, LEP),*

*sendo óbvio que, como turista, não possui residência estável. Aliás, uma vez cumprida a pena, o paciente, provavelmente, será expulso do País. É certo que os autos não informam se houve processo de expulsão instaurado, porém, este continua ser o procedimento usual em casos como o presente.”*

#### **5º Caso:**

**Recurso de *Habeas Corpus* nº 65.641- 2 - Rio de Janeiro**

**Relator: Ministro Djaci Falcão**

**Decisão: 10 de dezembro de 1987**

#### **Histórico**

Chileno condenado a pena de 9 anos de reclusão. Como no caso anterior, o paciente deste *Habeas Corpus* não teve seu pedido apreciado pelo juiz da vara das execuções, apesar do parecer favorável do Conselho Penitenciário. O *Habeas Corpus* impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado foi denegado, bem como o presente. A decisão do Tribunal de Justiça teve o voto divergente do Desembargador Dílson Navarro.

#### **Transcrições relevantes**

##### **De trechos do voto:**

- trecho extraído do parecer da Procuradoria Geral da República, citando Odir Odilson Pinto da Silva e José Antonio Paganella Boschi, Comentários à Lei de Execução Penal, Rio de Janeiro, AIDE, 1986, p. 146.

*“Como já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o fato de o sentenciado ser alienígena, por si só, não impede o livramento (Julgados, vol. 78, pág. 395)*

*A conclusão é diversa, todavia, quando o estrangeiro vem a cometer crime no Brasil e aqui é condenado, em situação irregular no território brasileiro, sujeito à deportação ou expulsão. Nesse caso, a concessão do livramento condicional encontra óbice decorrente da impossibilidade de permanência do condenado no território nacional. Se está proibido de*

*permanecer no País como é que poderia viabilizar a condição obrigatória de ‘obter ocupação lícita’? (art. 132, §1º, a, da LEP).*

*Entendemos que o MM.Juiz da V.E.C. decidiu não apreciar o pedido enquanto não exibido o visto de permanência definitiva, ante a evidência de o recorrente ser de nacionalidade chilena e estar em situação irregular no país. Tal decisão decorre da disposição contida no art. 132, § 1º ‘a’, da LEP, não podendo constituir constrangimento ilegal a sua observância.”*

- trecho extraído do voto divergente do Desembargador Dílson Navarro.

*“Segundo se vê nas informações de fl. 07, o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais só apreciará o pedido de livramento condicional se o paciente apresentar o ‘Visto de Permanência’, por se tratar de estrangeiro. Diz sua excelência que para gozar do benefício o paciente, além do Parecer favorável do Conselho Penitenciário, tem que indicar residência fixa e trabalhar.*

*O certo é que o MM. Juiz não apreciou o pedido e ao paciente, então, não resta outro caminho, pois o recurso previsto em Lei supõe a existência de uma decisão.*

*De qualquer forma, não me parece razoável o entendimento de que ao turista estrangeiro seja vedado o benefício do livramento condicional, já que, estando preso, não tem como obter Visto de Permanência, residência fixa ou trabalhar.*

*Daí minha divergência com a douta maioria.”*

**6º Caso:**

**Habeas Corpus nº 68.135- 2 - Paraná**

**Relator: Ministro Paulo Brossard**

**Decisão: 20 de agosto de 1991**

### Histórico

Paraguaio condenado a 11 anos e 11 meses de prisão, entre outras coisas, por reingressar no país quando já havia sido expulso. Indeferida progressão para o regime semi-aberto pelo juiz da Vara das Execuções, impetrou *Habeas Corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Paraná, que também denegou a ordem. Reiterado o pedido ao STF, é denegado.

### Transcrições relevantes

#### De trechos do voto:

*“Esta Turma já enfrentou questão semelhante ao julgar o RHC 64.643-3-SP, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho....*

...

*No julgamento do HC nº 56.311-SP, também desta Turma, relatado pelo Ministro Moreira Alves...*

...

*Tenho para mim que a progressão do 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.”*

### **7º Caso:**

***Habeas Corpus nº 79.157- 3 - Ceará***

**Relator: Ministro Néri da Silveira**

**Decisão: 10 de junho de 1999**

### Histórico

Italiano condenado a 7 anos e 7 meses de reclusão. O Supremo Tribunal Federal já tinha deferido o pedido de extradição quando foi decretada sua expulsão sem prejuízo do cumprimento da pena. O impetrante estava no gozo de livramento condicional, concedido pelo juiz das Execuções Penais, quando

foi decretada sua prisão preventiva para extradição. Mas livramento condicional é etapa do cumprimento da pena, que ainda não se extinguiu. Desta forma, solicita, o impetrante, ser posto novamente em liberdade para cumprimento integral da pena em regime de liberdade condicional, no qual já se encontrava. Não tendo havido qualquer modificação do decreto de expulsão, que é ato discricionário do Presidente da República, o estabelecido continua válido. Apesar da Procuradoria da República ter opinado pelo indeferimento do *writ*, a liminar foi concedida e a ordem posteriormente deferida.

### Transcrições relevantes

#### De trechos do voto:

*“O que parece, no exame da espécie, ter ocorrido quanto à situação do paciente foi equívoco na concessão do livramento condicional, pois as decisões condenatórias foram no sentido de o cumprimento da pena fazer-se em regime fechado, tendo em conta o tipo do art. 12 da Lei 6368/1976, ocorrido o ilícito já na vigência da Lei 8072/1990.*

...

*Cuidando-se de livramento condicional, enquanto não ocorra sua revogação, por cuidar-se de processo de execução, cumpre entender que prosseguirá em vigor, até o término do prazo do cumprimento da pena. Não cabe prosseguir preso o paciente.”*

### **8º Caso:**

***Habeas Corpus nº 79.385- 1 - São Paulo***

**Relator: Ministro Sepúlveda Pertence**

**Decisão: 24 de agosto de 1999**

### Histórico

Argentino condenado e com decreto de expulsão para ser executado após o cumprimento da pena. Obtém a progressão para o regime semi-aberto. Posteriormente o juiz verifica a existência de decreto de expulsão e determina

a regressão de regime, do semi-aberto para o fechado. O paciente impetra *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, que denega a ordem. Recorre ao STF, que concede a ordem.

### Transcrições relevantes

#### De trechos do relatório

- trecho extraído do parecer da Procuradoria Geral da República, que foi utilizado como relatório do caso.

*“Ora, sendo estrangeiro que tinha contra si decreto de expulsão do país, não poderia ter sido beneficiado com a progressão de regime.*

...

*Não se pode conceder a progressão para o regime semi-aberto ao estrangeiro quando sua expulsão foi decretada, sob pena de vir a frustra-se a própria ordem de expulsão, pela fuga, à igualdade do que ocorre com o estrangeiro que se encontra no território nacional e que, condenado, não pode obter livramento condicional, a teor do disposto no art. 1º do Dec-lei nº 4.865, de 23-10-42. (Mirabete, execução penal, pg. 286)*

...

*Também nesta linha de entendimento é a orientação desta Corte Superior.*

...

*De tudo isso se infere, repita-se, que tecnicamente não poderia o paciente ter sido agraciado com a progressão de regime.*

...

*...somente seria lícito ao juiz modificar para pior a situação do sentenciado (e aí se estaria falando em regressão de regime), se este tivesse praticado fato definido como crime doloso ou falta grave, ou ainda se, após condenação por crime posterior, viesse a incidir na hipótese do artigo 111 da LEP, na linha do que ficou decidido pelo STF no julgamento do habeas corpus 79.157...*

...

*Em suma, a decisão concessiva da progressão de regime foi errônea, eis que o estrangeiro irregular contra o qual existe decreto de expulsório não pode se beneficiar do instituto. Ocorre que, em face da inexistência de impugnação (sic), tal decisão transitou em julgado, nada se podendo fazer para repará-la, sob pena de se impor constrangimento ilegal ao paciente e se incidir em afronta à coisa julgada.”*

### **1.1. Posição do Supremo Tribunal Federal**

Apresentados os casos concretos, pode-se afirmar o seguinte sobre a posição do Supremo Tribunal Federal:

**A progressão de regime no cumprimento da pena do estrangeiro irregular é totalmente vedada, sendo considerado irregular o estrangeiro que não possui visto de permanência (e, portanto, não tem residência fixa nem possibilidade de trabalhar) ou tem, contra si, decreto de expulsão. Esta vedação se aplica tanto ao regime semi-aberto, como ao aberto e ao livramento condicional.**

A justificativa para este posicionamento aparece em diferentes argumentações, que serão enumeradas a seguir para serem rebatidas mais tarde:

**1.** A diferença de tratamento imposta no cumprimento da pena não fere o princípio da igualdade; afinal, a vedação ao benefício não atinge ao estrangeiro pelo simples fato de ser estrangeiro, mas por estar irregularmente no país.

**2.** A passagem para o regime semi-aberto é vedada porque a vigilância sobre o preso é menor. Isto abre, em tese, a possibilidade de fuga, a qual pode vir a frustrar a execução do decreto de expulsão.

3. O regime aberto e o livramento condicional são vedados porque, uma vez tendo o Poder Executivo declarado o estrangeiro “indesejável” e expedido decreto de expulsão, não pode o Poder Judiciário devolvê-lo ao convívio social. Uma atitude do Poder Judiciário neste sentido configuraria um desrespeito à decisão do Poder Executivo, e colocaria em risco a “harmonia entre os Poderes”.

4. Assim como a decretação, o momento da expulsão é decisão discricionária do Presidente da República e o Judiciário nada pode fazer a respeito.

5. A progressão de regime tem como finalidade reintegrar, aos poucos, o condenado à sociedade. Não há interesse em promover a progressão de regime do estrangeiro expulso, uma vez que ele não será jamais reintegrado a sociedade brasileira.

6. Apesar de vedada a progressão de regime, se esta for concedida e a decisão transitar em julgado, não se pode revertê-la. Isto seria um desrespeito à coisa julgada.

São estas argumentações, extraídas dos raciocínios apresentados nas decisões dos casos concretos, que deverão ser submetidas a análise.

O objetivo dos próximos capítulos é estudar cada um dos institutos, direta ou indiretamente, importantes para a discussão da questão, para que não haja o que Genaro Carriò denomina “equivoco verbal”<sup>3</sup>.

Definidos os conceitos relevantes, buscar-se-á, ao final, demonstrar a grande inconstitucionalidade perpetuada pela interpretação superficial e irrefletida dos valores constitucionais.

---

<sup>3</sup> CARRIÓ, Genaro R. Carrió. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 69

## CAPÍTULO 2

### SITUAÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

Para entender a discussão proposta, qual seja: deve ou não o estrangeiro com decreto de expulsão ter direito à progressão de regime prisional; é latente a necessidade de compreender alguns conceitos e situações jurídicas. O primeiro deles parece dizer respeito ao estrangeiro.

Pode-se começar respondendo a seguinte questão: O que é, juridicamente, o estrangeiro e qual sua posição no sistema constitucional?

Estrangeiro é aquele que não é nacional. Portanto, deve-se definir quem é estrangeiro, por exclusão, ou seja, se não for brasileiro, é estrangeiro.<sup>4</sup>

A Constituição, em seu artigo 12, diz quem é brasileiro nato e quem é brasileiro naturalizado. Define como natos:

- aqueles nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que não estejam a serviço de seu país;
- os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro, desde que venham, a qualquer tempo, morar no Brasil e optar pela nacionalidade brasileira.

São considerados brasileiros naturalizados os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira. Aos originários de países de língua portuguesa é exigida apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; aos demais estrangeiros que requeiram a nacionalidade brasileira, que sejam residentes no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e não tenham condenação penal.

---

<sup>4</sup> Javier de Lucas coloca a distinção entre cidadão e estrangeiro como uma das dicotomias básicas da ordem jurídico positiva. Esta é a razão pela qual a definição de estrangeiro é sempre negativa: é estrangeiro quem não é membro da comunidade nacional. ¿Derechos sin fronteras? In **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**, p. 168.

Aos portugueses, com residência permanente no Brasil, são atribuídos os mesmos direitos dos brasileiros, desde que haja reciprocidade no tratamento dos brasileiros residentes em Portugal. É a chamada “quase nacionalidade”.

Assim, os que não se encaixam em nenhuma das descrições acima, são considerados estrangeiros, e sujeitam-se a regime jurídico próprio dentro do país, diferenciado dos brasileiros.

Mesmo o regime jurídico entre brasileiros natos e naturalizados é distinto. Apesar da regra constitucional ser de não distinção entre brasileiros natos e naturalizados, há exceções, todas previstas no texto constitucional.

No próprio artigo 12, § 3º estão previstos os cargos privativos de brasileiros natos, quais sejam: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; integrante da carreira diplomática; oficial das Forças Armadas; Ministro de Estado da Defesa.

Além disso, o estrangeiro naturalizado pode perder a nacionalidade brasileira por decisão judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (art 12 §3º, I da CF). Pode ainda ser extraditado no caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art 5º, LI).

O brasileiro nato também pode perder a nacionalidade se adquirir outra, salvo em dois casos (art. 12 §4º, II da CF):

- se decorrer de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
- se derivar de imposição de Estado estrangeiro para brasileiro residente, como condição de permanência ou exercício dos direitos civis.

Estabelecido quem é estrangeiro, passa-se a análise da situação jurídica peculiar do estrangeiro no país.

A Constituição Federal de 1988 reza, no caput do artigo 5º, que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à*

*vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” e estabelece em quais termos.

O enunciado gera uma indagação importante: estrangeiros não residentes não estão protegidos pela Constituição Federal?

Uma possibilidade é admitir que, realmente, o constituinte quis excluir os estrangeiros não residentes da proteção constitucional. Eles estariam protegidos por outros dispositivos legais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário e que foi internalizada pelo Decreto n. 678/92. O artigo 1º da Convenção estabelece que o compromisso assumido pelos Estados-Partes é de garantir os direitos e liberdades nela previstos à todos aqueles que estiverem sujeitos a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. E acrescenta que, para efeito da Convenção, pessoa é todo ser humano. Assim, por meio da legislação infraconstitucional é que os estrangeiros estariam protegidos em seus direitos fundamentais como liberdade e dignidade.

Esta linha de raciocínio indica uma fragilidade de proteção à pessoa do estrangeiro, a qual não pode ser admitida em um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Afirmar que a proteção aos direitos fundamentais do estrangeiro encontra-se apenas na legislação infraconstitucional significa dizer que esta proteção pode ser revogada a qualquer tempo, pois não se trata de norma constitucional, muito menos de cláusula pétrea.

A interpretação literal da expressão “residente” remete a um tempo em que não se tinha uma concepção de universalidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido é a argumentação do professor Celso Bastos, em relação ao caput do artigo 5º:

*A atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros.*

*A despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim, cremos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte...A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão “brasileiros e estrangeiros residentes no país” é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira.*

*Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.<sup>5</sup>*

Rizzato Nunes observa que a interpretação do termo “residente”, no artigo 5º da Constituição Federal, não pode ser a mesma aplicada às normas infraconstitucionais. A interpretação, levando à conclusão de que ao estrangeiro não residente não se aplica o “caput” do artigo 5º, tem, como ponto de apoio, conceitos advindos de normas infraconstitucionais - Código Civil, etc , o que não se admite no exercício interpretativo das normas constitucionais. A conclusão a que se chega por esse processo só pode ser equivocada, pois não se pode interpretar a norma fundamental com apoio em normas inferiores.<sup>6</sup>

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes, também defendem a tese de que os estrangeiros, ainda que não residentes, estão cobertos pela proteção constitucional dos direitos fundamentais. Afirmam que a interpretação sistemática e finalística do texto obriga a esta conclusão.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 164.

<sup>6</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p.28.

<sup>7</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e SERRANO, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**, p. 87.

Admitir-se-á, portanto, que os direitos fundamentais inerentes ao homem previstos na Constituição alcançam a todos que estiverem em território nacional.

Neste ponto, é preciso fazer uma distinção entre direitos fundamentais do homem e direitos fundamentais do cidadão. Há direitos constitucionalmente previstos que, apesar de constituírem direito fundamentais, não alcançam o estrangeiro, porque voltados exclusivamente aos cidadãos. Alguns direitos fundamentais são incompatíveis com a situação peculiar do estrangeiro.

Veja-se, por exemplo, a ação popular, instrumento de controle do poder público por parte do cidadão (5º, LXXIII), o direito ao mandado de injunção, no que tange a garantir o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (5º, LXXI)<sup>8</sup>. Isto só para fazer referência aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º.

Partindo para os direitos políticos, elencados no Capítulo IV da Constituição, tem-se clareza absoluta de que estes direitos não dizem respeito ao estrangeiro, seja ele residente ou não. Direito ao voto, a ser votado, são conquistas que garantem a manutenção de outros tantos direitos fundamentais, mas dirigidos a uma classe específica de homem, o cidadão.

Enfim, há direitos do homem enquanto ser humano e enquanto cidadão, que é a representação do ser humano integrante de uma sociedade específica. Os direitos do homem, são garantidos a todas as pessoas, independente de qualquer natureza, desde que em território brasileiro. Os direitos do cidadão, aos cidadãos.

Jorge Miranda acrescenta, à classe dos direitos pessoais e políticos, os chamados direitos sociais, esclarecendo:

*Há direitos em que se trata de proteger, directa e essencialmente, a pessoa enquanto tal, a pessoa singular, o indivíduo, nos atributos caracterizadores da sua personalidade moral e física. São os direitos que se encontrariam, ainda que, por hipótese, não se constituíssem*

---

<sup>8</sup> No que diz respeito a garantia dos direitos e liberdades constitucionais, acredita-se possível a impetração do mandado de injunção inclusive por estrangeiro.

*laços perduráveis de convivência social e apenas se desse a coexistência de pessoas separadas. Neles, cabe o direito à vida (art. 24º da Constituição), o direito à integridade moral e física (art. 25º), o direito à liberdade e à segurança (art. 27º), a liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41º) ou o direito de deslocação e de emigração (art. 44º).*

*Há direitos da pessoa situada na sociedade, na sociedade civil (chamada assim em contraste com o Estado ou com o Estado-poder, não porque a sociedade civil não seja politicamente relevante – o que seria absurdo). São os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advenientes da inserção nas múltiplas sociedades sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais strictu sensu de que necessita. E daí que se subdividam em direitos econômicos, como a liberdade de profissão (art. 47º), ou o direito de propriedade (art. 62º), direitos culturais como a liberdade de imprensa (art. 38º) ou o direito à educação e à cultura (art. 73º) e direitos sociais strictu sensu como o direito de constituir família (art. 36º, nº1) ou o direito à segurança social (art. 63º).*

*Finalmente, há direitos da pessoa frente ao Estado ou no Estado, direitos de participação na vida pública (como se lê na rubrica do art. 48º), de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país (mesmo art. 48º, nº1, e art. 21º, nº1, da Declaração Universal). Identificam-se com o status activae civitatis de JELLINEK e compreendem o direito de informação sobre actos do Estado e as demais entidades públicas (art. 48º, nº2), o direito de sufrágio (art. 49º), o direito de acesso à cargos públicos (art. 50º), o direito de associação política (art. 51º), o direito de apresentação de candidaturas à Presidência da República (art. 124º, nº1) ou o direito de tomar parte na administração da justiça (art. 207º), etc.<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – Direitos Fundamentais**, p. 90-91.

Mesmo a distinção tradicional entre direitos do homem e do cidadão vem sendo questionada por alguns doutrinadores, como o catedrático espanhol Gregorio Paces-Barba:

*En las formulaciones de finales del siglo XVIII, se distinguiría ya entre hombre y ciudadano. El primero es el hombre natural, convertido por el contrato en hombre social. Sus derechos naturales pasan a ser derechos del hombre en sociedad, y son derechos de todos, no afectados por consiguiente por la distinción entre nacional y extranjero. El ciudadano es “el miembro de una sociedad libre [...] que participa de los derechos de esa sociedad”. Así los derechos que cumplen una función de participación política están normalmente reservados a los ciudadanos, e incluso ese concepto de participación, es una expresión ambigua que excluiría de hecho al extranjero de otros muchos derechos. Hoy el problema se plantea de manera dite. Así, por tener en su raíz la dignidad humana, fuente de la moralidad pública que cristaliza en los derechos, todos afectan a las mismas dimensiones básicas del libre desarrollo de la personalidad y todos son derechos del hombre y no sólo del ciudadano. Las limitaciones derivadas de conceptos como el de soberanía o el de representación son obstáculos prácticos, resto de una cultura jurídica y política pasada, que justifican la limitación de algunos derechos que facilitan la participación en la formación de la voluntad estatal. Cuanto menos central sea, en la cultura política, el concepto de soberanía como ya ocurre con la existencia de organizaciones políticas supranacionales, y especialmente en nuestro ámbito con la Unión Europea, se difuminará progresivamente la distinción entre nacionales y extranjeros.<sup>10</sup>*

No mesmo sentido, mas de forma mais enfática, Atienza:

---

<sup>10</sup> PACES-BARBA, Gregorio; “Los Derechos del Extranjero”, in **Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto**, p.115

*...se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad – la atribución de derechos fundamentales – se hace depender de circunstancias como...su nacionalidad. Y no parece tampoco que pueda ponerse en duda que esos bienes básicos alcanzan también a cosas como las libertades políticas o el derecho al trabajo..., la Constitución fija como criterio que debe inspirar a la legislación un criterio que carece de justificación moral..., el principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de los bienes básicos por razón de su nacionalidad...es pura y simplemente inmoral.*<sup>11</sup>

Talvez esta seja realmente a tendência para o futuro dos direitos fundamentais, mas, no presente, deve-se concordar com Javier de Lucas<sup>12</sup>, para quem a exigência de igualdade absoluta entre estrangeiros e cidadãos só se coloca no que tange ao chamado “*standart mínimo*”. A reivindicação de igualdade só cabe para os direitos inerentes ao homem enquanto tal, e não para todos os direitos fundamentais, reconhecendo-se assim a distinção entre nacional e estrangeiro para efeito de concessão de direitos.

O conceito de cidadão doutrinariamente coincide com a aptidão para exercício dos direitos políticos, questão minuciosamente tratada pela Constituição. Pode ocorrer, inclusive, do indivíduo ser brasileiro e não estar no gozo pleno de sua cidadania.

O artigo 15 do texto constitucional estabelece, como regra, a não cassação ou suspensão dos direitos políticos, mas enuncia os casos excepcionais nos quais isto é possível.<sup>13</sup> Ocorrendo uma destas hipóteses, o

---

<sup>11</sup> ATIENZA, Manuel , p. 236 in Javier de Lucas,” ¿Derechos sin fronteras?” In **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**, p. 173.

<sup>12</sup> LUCAS, Javier. “¿Derechos sin fronteras?” In **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**, p. 173.

<sup>13</sup> Art 15 – É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:  
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;  
II – incapacidade civil absoluta;  
III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;  
IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;  
V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

brasileiro pode ter sua cidadania temporariamente retirada ou perdê-la definitivamente.

Um dos casos de perda da cidadania é o cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I da CF). Ou seja, o estrangeiro que se naturalizou brasileiro pode vir a ser considerado indesejável pela justiça brasileira e ter sua naturalização cancelada. A consequência lógica da perda da nacionalidade é a perda dos direitos políticos.

A Constituição brasileira em muitos momentos faz referência ao estrangeiro, oferecendo o norte necessário para a legislação infraconstitucional tratar da questão e estabelecer o regime jurídico específico.

No texto constitucional, encontram-se explicitadas as seguintes vedações às atividades do estrangeiro no país:

- Por ser privativo de brasileiro nato, exercer os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; de Ministro do Supremo Tribunal Federal; de carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas; de Ministro de Estado da Defesa (art. 12 § 3º).
- exercer o direito de voto (art. 14 § 2º).
- candidatar-se a cargo eletivo (art. 14 § 3º)
- pesquisar ou explorar as jazidas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica do país (art. 176 § 1º).
- adquirir ou arrendar propriedade rural sem atender a limitação legal imposta (art 190).
- ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222).

O que rege a vida do estrangeiro no país, além da Constituição Federal, que traça as linhas mestras, é o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80).

O Estatuto do Estrangeiro estabelece como regra a possibilidade de entrada e permanência de estrangeiros no país em tempo de paz, desde que

atendidas as exigências legais. A entrada deverá ser sempre fiscalizada pelos órgãos competentes dos Ministérios da Saúde, da Justiça e da Fazenda.

Primeira exigência a ser cumprida é a posse do visto de entrada, emitido por autoridade consular brasileira. O visto pode ser dispensado, caso o país ao qual pertence o turista não o exija para entrada de brasileiro em seu território. Trata-se de reciprocidade estabelecida em acordo internacional.

A condição de permanência muda de acordo com o tipo de visto concedido, e pode ser o seguinte:

1. visto de trânsito: concedido àquele que não tem como destino final o Brasil, mas obrigatoriamente passa por aqui. O prazo máximo de permanência nestes casos é de dez dias.

2. visto de turista: é fornecido ao estrangeiro que vem ao país com intuito de lazer e não de trabalho. O prazo deste visto é de até cinco anos, mas com estadas não superiores a noventa dias, prorrogáveis por igual período.

3. visto temporário: é concedido a quem vem ao país com a intenção de realizar estudos ou negócios; ou ainda na condição de artista ou desportista; estudante; cientista; professor; técnico ou profissional sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro; correspondente de meio de comunicação ou agência noticiosa estrangeira; ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa. No caso de artista e desportista ou da realização de negócios, o prazo é de noventa dias. Como agente de missão religiosa, 1 (um) ano. Nos demais casos o prazo de permanência varia bastante. Depende do tempo do contrato de trabalho, do estudo, da missão, etc.

4. visto permanente: é concedido somente ao estrangeiro que deseje fixar-se definitivamente no país. Trata-se de visto para fim imigratório.

5. vistos de cortesia, oficial e diplomático: visto especiais, cujos critérios de concessão são definidos pelo Ministério das Relações Exteriores.

É preciso esclarecer que a posse de visto não garante a entrada do estrangeiro. Utilizando a terminologia da Lei 6815/80, o visto configura “*mera expectativa de direito*”.

É possível, ainda, o ingresso no país na condição de exilado político. Nesta situação o estrangeiro não pode deixar o país sem autorização, sob pena de não ser autorizado o seu reingresso.

Os estrangeiros que tiverem ingressado na condição de cientistas, professores, técnicos ou profissionais sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro, ou ainda os ministros de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, podem solicitar a transformação do visto temporário em permanente, preenchidos os requisitos legais.

Também o portador de visto oficial ou diplomático pode conseguir a transformação para temporário ou permanente, tendo como conseqüência natural a perda das imunidades e prerrogativas inerentes ao visto inicial.

O estrangeiro que ingressar com visto permanente ou temporário (em alguns casos), ou como asilado, deverá registrar-se junto ao Ministério da Justiça, que lhe fornecerá documento de identidade. No caso de visto de cortesia, diplomático ou oficial, se a estadia ultrapassar noventa dias, deve-se proceder a registro junto ao Ministério das Relações Exteriores.

O registro (documento de identidade) é condição indispensável para a matrícula do estrangeiro em entidade de ensino ou sua admissão como funcionário de entidade pública ou privada. A única exceção dá-se no caso de estrangeiro natural de país limítrofe, o qual, morador de cidade contígua ao território nacional, venha a estudar ou trabalhar na cidade brasileira fronteiriça.

De qualquer forma, a entidade de ensino com um aluno estrangeiro matriculado, bem como a entidade que mantiver em seu quadro funcional um estrangeiro, deverá informar o Ministério da Justiça acerca da situação na qual se encontra o aluno ou funcionário. Ou seja, se está matriculado, se concluiu o curso, se foi renovado o contrato de trabalho, se rescindido, etc.

O artigo 49 do Estatuto do Estrangeiro estabelece os casos de cancelamento do registro, sendo que um deles é a decretação da expulsão. Portanto, se o registro é condição *sine qua non* para obtenção de emprego, e a decretação de expulsão gera o cancelamento do registro, há uma impossibilidade absoluta do estrangeiro expulso poder trabalhar.

O trabalho remunerado também é expressamente proibido, pela Lei 6.815/80, aos estrangeiros com visto de turista, de trânsito, ou temporário na condição de estudante (art. 98). A pena para o desrespeito a esta determinação é a deportação (art. 125, VIII). Da mesma forma, quem emprega estrangeiro em situação irregular incide em pena de multa.

Também o estrangeiro com visto temporário em razão de contrato de trabalho só pode exercer atividade junto a empresa contratante, sob pena de cancelamento do registro e deportação.

Em linhas gerais, este é o regime jurídico do estrangeiro no Brasil. Como se verifica, sua presença é rigidamente controlada, especialmente pelo Poder Executivo, o que é plenamente compatível com a questão da soberania nacional. Para discussão da situação prisional do estrangeiro no país, foco deste trabalho, alguns pontos, que foram vistos, interessam especialmente. São os seguintes:

1. A conclusão de que os estrangeiros, residentes ou não, estão protegidos pelos direitos fundamentais previstos no artigo 5º.

2. A admissão de que há, na Constituição, direitos do homem enquanto ser humano e direitos do homem enquanto cidadão e que os estrangeiros só são protegidos pelos primeiros.

3. A existência de um regime jurídico específico para os estrangeiros, diferente do regime reservado aos nacionais.

4. A proibição do estrangeiro trabalhar de forma remunerada no país, salvo se tiver visto permanente ou temporário, decorrente de contrato de trabalho.

5. A necessidade de registro junto ao Ministério da Justiça dos estrangeiros com visto que autorizam o trabalho remunerado. O Ministério da Justiça fornece a estes estrangeiros um documento de identidade.

6. O documento de identidade é condição *sine qua non* para obtenção de emprego.

**7.** A decretação de expulsão do estrangeiro gera o cancelamento do registro e a conseqüente perda do documento de identidade.

## CAPÍTULO 3

### O DECRETO DE EXPULSÃO

A soberania nacional, fundamento do Estado brasileiro e pressuposto dos Estados modernos, é o que justifica uma legislação específica para estrangeiros. É natural o estrangeiro ser tratado de forma diferenciada, sem as mesmas prerrogativas que os nacionais, e importante que o Estado possa controlar a sua estada no país.

A Constituição Federal de 1988 entregou à União competência para legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiro (art. 22, XV). O Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815/80, alterado pela Lei n. 6.964/81 e regulamentado pelo Decreto n. 86715/81, é a legislação regente da situação jurídica do estrangeiro no Brasil e que permite, ao Estado, a efetivação deste controle.

O Estatuto do Estrangeiro prevê instrumentos autorizando o Estado a proteger-se da permanência daqueles que não são bem vindos. Trata-se dos institutos da deportação, da extradição e da expulsão.

De maneira simples e objetiva, pode-se definir que:

*A deportação se dirige às hipóteses de entrada ou estada irregular, a expulsão se volta contra o estrangeiro nocivo ou indesejável ao convívio social, sendo a extradição a forma processual admitida, de colaboração internacional, para fazer com que um infrator da lei penal, refugiado em um país, se apresente ao juízo competente de outro país onde o crime foi cometido.<sup>14</sup>*

---

<sup>14</sup> GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva **Medidas Compulsórias, a Deportação, a Expulsão e a Extradição**, p. 2.

Estes institutos não são exclusividade do ordenamento brasileiro, mas a regra dos Estados contemporâneos. Mesmo a organização política diferenciada nascida com a criação da Comunidade Comum Européia, já adota estas formas de controle da presença de estrangeiros no país. A Convenção Européia de Direitos Humanos garante aos estrangeiros os mesmos direitos dos nacionais, mas prevê o controle de entrada e permanência nos países membros e a expulsão dos mesmos, desde que esta medida não caracterize discriminação de qualquer natureza. Os Estados têm discricionariedade para atuar, respeitados os direitos humanos fundamentais do indivíduo.<sup>15</sup>

O instituto da expulsão é o que diz respeito ao tema tratado neste trabalho, porque, como se verá, a maioria das condenações criminais vem seguida de decreto de expulsão. O decreto de expulsão tem como consequência imediata o cancelamento do registro do estrangeiro junto ao Ministério da Justiça. Este registro é a carteira de identidade do estrangeiro que, sem ela, não pode trabalhar de forma remunerada. A possibilidade de trabalho é um dos requisitos para progressão de regime. Portanto, a expulsão interessa diretamente à discussão sobre o preso estrangeiro ter, ou não, direito à progressão de regime no cumprimento da pena.

Iniciando o estudo sobre o instituto da expulsão têm-se, no caput e § único do artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro, as hipóteses autorizadoras do decreto. O Estado poderá legitimamente expulsar o estrangeiro que:

- atentar contra a segurança nacional
- atentar contra a ordem política ou social
- atentar contra a tranqüilidade ou moralidade pública
- atentar contra a economia popular
- tornar-se nocivo à conveniência e aos interesses nacionais
- praticar fraude a fim de entrar ou permanecer no Brasil
- estando ilegalmente no país, desobedecer o prazo estipulado para sua saída

---

<sup>15</sup> SANCHO, Ángel G. Chueca. **La Expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos**, p. 30

- tornar-se vadio ou mendigo
- desrespeitar proibição legal imposta à estrangeiro

As proibições legais impostas aos estrangeiros estão previstas no artigo 106 e 107 do Estatuto do Estrangeiro e são fundamentadas no que a Constituição Federal determina, ou no espaço discricionário que o constituinte deixou ao legislador infraconstitucional. Diz o artigo 106, que é vedado ao estrangeiro:

I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre, salvo os navios nacionais de pesca;

A redação original do texto constitucional sobre a matéria, no seu artigo 178, §2º e 3º, determinava que:

*“§2º Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os Comandantes e 2/3 (dois terços), pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.*

*§3º A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública segundo dispuser a lei.”*

A Emenda constitucional n. 7 de 1995, alterou a redação original e passou a regular a matéria da seguinte maneira:

*“Art. 178 A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”*

*Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.”*

Portanto, hoje cabe a lei infraconstitucional disciplinar a questão. Já não se trata de uma vedação constitucional.

II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;

Também no que tange as empresas jornalísticas e de televisão e radiodifusão, houve uma flexibilização constitucional em relação a matéria, traduzida na emenda n. 36 de 2002. O texto original do artigo 222 estabelecia que:

*“A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez anos), aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual.*

*§1º É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social da empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros.”*

A redação atual é a seguinte:

*“A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez anos), ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.*

*§1º Em qualquer caso, pelo menos 70% (setenta por cento) do capital total e do capital votante da empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.”*

Apesar da abertura dada às pessoas jurídicas, parece claro que ao estrangeiro, pessoa física, continua vedada a propriedade de tais meios de comunicação, bem como a orientação intelectual ou administrativa destas empresas.

IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;

O artigo 176 §1º da Constituição Federal, alterado pela emenda n. 6 de 1995, assim como o texto original, veda esta atividade à pessoa física do estrangeiro.

V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;

O artigo 178 da Constituição Federal, ao tratar da questão relativa ao transporte aéreo, delega, à legislação infraconstitucional, a regulamentação. Portanto, não se trata de uma vedação constitucional, mas infraconstitucional, permitida pela constituição.

VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;

VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;

IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento;

X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.

A situação é diferente quando se trata de português no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade. À estes, apenas é proibido:

a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão;

b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, salvo os navios nacionais de pesca;

c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares.

O artigo 107 do Estatuto do Estrangeiro, por sua vez, traz vedações de ordem política, que não se aplicam ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade, ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

Afirma, o dispositivo, que é vedado ao estrangeiro exercer atividade de natureza política ou intrometer-se nos negócios públicos. Desta forma, não é permitido:

I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II.

A ocorrência de uma destas hipóteses de desrespeito a proibição de atividade do estrangeiro garante em parte a legalidade do decreto expulsório, mas não é suficiente. Será preciso ainda verificar se não há nenhuma situação impeditiva da expulsão. No artigo 75 do Estatuto do Estrangeiro encontram-se as chamadas causas excludentes da expulsabilidade, cujos casos são os seguintes:

“ Art. 75 – Não se procederá à expulsão:

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou

II - quando o estrangeiro tiver:

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. O filho adotado ou reconhecido após o fato ensejador da expulsão não impede a medida.

O impedimento permanece enquanto perdurar a causa excludente da expulsabilidade. Finda esta, a expulsão pode se dar a qualquer tempo.

Há quem defenda que a expulsão não poderia prescindir de um processo judicial para ser aplicada, uma vez que se trata de pena imposta ao indivíduo.<sup>16</sup> No entanto, admite-se hoje, a lei que prevê a possibilidade de expulsão é constitucional e determina que a medida é ato privativo do Presidente da República. Dá-se por meio de decreto e trata-se de *ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado*<sup>17</sup>.

O decreto é obrigatoriamente precedido de um inquérito expulsório, instruído pela Polícia Federal por determinação do Ministro da Justiça. O Ministro, por sua vez, pode elaborar a portaria que dá ensejo ao inquérito de ofício ou atendendo a solicitação fundamentada de quem quer que seja. Neste particular, a lei obriga a que o Ministério Público remeta, ao Ministério da Justiça, cópia da sentença na qual um estrangeiro é condenado pela prática de crime doloso.

Esta remessa deve se efetivar em até 30 dias a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. O objetivo é dar ciência para instauração de processo de expulsão.

O artigo 69 do Estatuto do Estrangeiro prevê a possibilidade de prisão do estrangeiro submetido a processo de expulsão. O dispositivo legal determina que a prisão deverá ser decretada pelo Ministro da Justiça. No

---

<sup>16</sup> KIPER, Cláudio Marcelo. **Derechos de las minorías ante la discriminación**, p. 423

<sup>17</sup> Conforme definiu o Ministro Maurício Corrêa no *Habeas Corpus* 73.940/SP, julgado em 26/06/1996.

entanto, esta parte da norma não foi recepcionada pela constituição de 1988, pois em frontal desacordo com o artigo 5º, LXI.<sup>18</sup>

No capítulo anterior, assumiu-se a tese de que o estrangeiro não residente está protegido pelo artigo 5º da Constituição Federal. Apenas para reforçar esta tese, pode-se argumentar que, se os direitos fundamentais da Constituição Federal só se aplicassem aos estrangeiros residentes, a prerrogativa do Ministro da Justiça decretar a prisão do estrangeiro com inquérito expulsório teria que ser mantida. Afinal de contas, a Constituição, que exige ordem judicial para prisão, não se aplicaria ao estrangeiro não residente.

No entanto, não é este o entendimento adotado. Desde a promulgação da Constituição de 1988, exige-se a ordem judicial de prisão, reforçando a afirmação de que o caput do artigo 5º deve ser interpretado de forma a abarcar todos os estrangeiros em território nacional.

Atualmente, a Polícia Federal solicita a prisão ao juiz federal competente. O tempo máximo de prisão neste caso é de 90 (noventa) dias, prorrogável uma única vez, por igual período. Este expediente, logicamente, aplica-se nos casos em que o estrangeiro não estiver cumprindo pena privativa de liberdade.

É no inquérito que os fatos contra o estrangeiro serão apurados, e no qual ele poderá defender-se das acusações.<sup>19</sup>

O acusado deve apresentar-se à Polícia Federal dois dias após a notificação. Se estiver preso, será requerido e se não for localizado, será notificado por edital e terá advogado nomeado. Instruído, o inquérito, deverá ser relatado e remetido ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça. Este Departamento analisa-o e elabora parecer, submetendo-o, em seguida, à apreciação do Ministro da Justiça, o qual decide se arquivava o procedimento ou o encaminha ao Presidente da República.

---

<sup>18</sup> Artigo 5º, LXI - “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”

<sup>19</sup> O devido processo legal deve ser respeitado no Inquérito expulsório e o desrespeito a princípios como adequada defesa elaborada por advogado gera nulidade do inquérito e anulação do decreto, conforme decidido no *Habeas Corpus* 79746/SP, julgado em 16/02/2000.

Encaminhado ao Presidente, ele decidirá pela expulsão ou não. A discricionariedade do Presidente, neste particular, é absoluta, mas não se confunde com arbitrariedade. A possibilidade de expulsão está adstrita a ocorrência de uma das hipóteses legais previstas como autorizadoras. Existindo fundamento para expulsão e inexistindo fato impeditivo, compete exclusivamente a ele decidir pela conveniência, ou não, do ato.

A inafastabilidade do controle do judiciário, princípio constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, nestes casos, se dará em relação aos aspectos formais da expulsão, ou a verificação da hipótese legal ensejadora, nunca em relação ao juízo de conveniência e oportunidade nem ao momento da expulsão.<sup>20</sup>

Decretada a expulsão, cabe pedido de reconsideração ao próprio Presidente da República, o qual deve ser feito em até dez dias da publicação do decreto. O pedido suspende a execução da expulsão, que deve esperar pela nova decisão.

No caso de expulsão de estrangeiro condenado ao cumprimento de pena, o Presidente tem autonomia para decidir acerca do momento da expulsão, que pode ser antes ou depois do cumprimento da pena, ou a qualquer tempo que ele julgar conveniente. A expulsão é ato de soberania e não está vinculada a decisão do judiciário.

No entanto, uma vez expulso, o estrangeiro está livre. Normalmente, ele é devolvido ao país de origem, o qual, de acordo com a Convenção de Havana de 1928<sup>21</sup>, é obrigado a recebê-lo, mas ele pode ainda optar por outro país, desde que seja aceito.

É importante ressaltar que, uma vez expulso, o estrangeiro não pode mais retornar ao país, salvo se o decreto for revogado. Se retornar, será novamente expulso, sem necessidade de novo decreto<sup>22</sup>, incidindo ainda na prática de crime contra administração da justiça, artigo 338 do Código Penal.

---

<sup>20</sup> *Habeas Corpus* 58409/DF, julgado em 30/10/80.

<sup>21</sup> art. 6º, II – *Os Estados são obrigados a receber os seus nacionais que, expulsos de país estrangeiro, se dirijam ao seu território.*

<sup>22</sup> *Habeas Corpus* 78.444/SP, julgado em 18/08/1999.

Em relação ao decreto de expulsão, cumpre destacar alguns pontos vitais para compreensão da problemática proposta. Os pontos destacados servirão de apoio para discussão futura e são os seguintes:

1. O decreto de expulsão é ato discricionário (mas não arbitrário) do Presidente da República.

2. Sempre que um estrangeiro é condenado pela prática de crime doloso, o Ministério Público está obrigado a remeter cópia da sentença condenatória ao Ministério da Justiça.

3. Ao elaborar o decreto, o Presidente determina qual o momento da efetivação da expulsão. Normalmente, fica estabelecido que a expulsão dar-se-á após o cumprimento integral da pena imposta.

4. O controle do Judiciário, no caso do decreto de expulsão, só incide sobre os aspectos formais.

5. Uma vez expulso, o estrangeiro está livre, ainda que tenha sido condenado ao cumprimento de pena no Brasil.

6. Expulso, não pode mais retornar ao país, salvo se o decreto de expulsão for revogado.

## CAPÍTULO 4

### A PENA COMO COAÇÃO À LIBERDADE

Da mesma forma que é fundamental conhecer a condição do estrangeiro no Brasil e o instituto da expulsão, para a discussão da tese que se pretende provar, é preciso entender como a questão da liberdade individual situa-se frente ao poder de punir do Estado.

O reconhecimento e proteção do direito à liberdade pessoal é uma das clássicas conquistas do Estado Liberal de Direito. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) afirma, em seu artigo 7º, que ninguém pode ser acusado nem preso senão nos casos e na forma previstos em lei.

A liberdade, palavra chave da chamada primeira geração de direitos, tem hoje um sentido extremamente abrangente, não dizendo respeito apenas a liberdade física do indivíduo, mas a liberdade de pensar e manifestar seu pensamento, só ou coletivamente, de crer e atuar no sentido da crença, de aprender e ensinar, de criar, de fazer opções, etc.

Entende-se por liberdade negativa a possibilidade de fazer tudo aquilo que não está proibido. Segundo Montesquieu, a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem. Como liberdade positiva, entende-se a possibilidade de se auto-determinar. Segundo Bobbio, a noção clássica de liberdade positiva foi dada por Rousseau, no *Contrato Social*, quando escreve que “a obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade”<sup>23</sup>. Ou seja, pressupõe uma vontade anterior do indivíduo, no sentido de produzir as leis que depois o obrigarão.

Historicamente, relaciona-se a liberdade negativa com o indivíduo singular e a liberdade positiva com o ente coletivo. A liberdade que interessa para este estudo, é a liberdade negativa de não ser preso, de não ter a liberdade física retirada ou restrita, senão por coação legal, moral e legítima.

---

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, pg. 51.

A liberdade, direito fundamental previsto no *caput* do artigo 5º e detalhado em seus incisos, assim como os demais direitos, também não é absoluta. A liberdade pode e deve ter coação como contrapartida, desde que esta coação seja fruto de lei, moral e legítima. A presença de matéria penal na Constituição desempenha papel importante no estabelecimento da coação possível, conforme ensina Luiz Luisi:

*Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embasadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios, o postulado da legalidade dos delitos e as penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa.*<sup>24</sup>

Um princípio penal constitucional implícito, desprezado, mas de suma importância para garantia da liberdade individual, é o da intervenção mínima. Ou seja, a legislação penal, em especial a privativa de liberdade, deve ser o último recurso do Estado para a proteção de bens jurídicos. Afinal, como enfatizou Soler:

*“Desde la perduellio romana al crimen laesae majestatis divinae, desde la tortura procesal hasta la pena de muerte agravada por todo un ingenioso arsenal de crueldades dosificadas (la rueda, la hoguera, la sepultura en vida, la inmersión en un saco cosido con un can, un mico, un gallo y una serpiente); desde la muerte civil a las mutilaciones más despiadadas (corte de lengua, del labio, de la nariz, de la mano), el derecho criminal refleja los más sombríos estratos del espíritu humano. Nada, ninguna creación del hombre alcanza la terrible profundidad expresiva y simbólica contenida en las leyes criminales. Además, a ella van a parar todas las deformidades de la convivencia: cuando la política*

---

<sup>24</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**, p. 10.

*se corrompe, cuando la religiosidad se vuelve intolerancia, cuando la ética social se transforma en odio puritano, es seguro que se apelará al derecho penal para consolidar la corrupción, la intolerancia, o el odio.*<sup>25</sup>

O presente estudo diz respeito a coação da liberdade física de indivíduos condenados pela prática de crimes legalmente previstos. Pretende-se discutir não a constitucionalidade da coação inicial – privação da liberdade em decorrência de sentença judicial – mas o segundo momento da coação – forma de cumprimento da pena.

Parte-se do princípio de que o crime estava legalmente previsto, assim como a pena; de que o processo criminal foi regular, e de que a sentença era válida. Dada esta pressuposição, entende-se que em se tratando de coação legal, moral e legítima, a prisão do indivíduo é constitucional. Como o objetivo é questionar a coação durante o cumprimento da pena, é preciso estudar este instituto para compreender-lhe o sentido.

#### **4.1. O instituto da pena**

A primeira dificuldade enfrentada no estudo do instituto da pena é a própria conceituação, uma vez que correntes filosóficas e jurídicas tratam da questão sob diferentes enfoques.

As divergências doutrinárias têm início já no que tange a origem da palavra, acreditando alguns que ela derive do latim, *poena*, com o significado de castigo, suplício. Outros atribuem sua origem a expressão latina *punere pondos*, que significa pesar, contrabalançar. Há, ainda, quem defenda a origem grega, em palavras como *ponos*, *poiné*, significando trabalho, fadiga, e *eus*, de expiar, corrigir. Também há referência a palavra sânscrita *punya*, que remete a idéia de pureza, virtude<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Bases ideológicas de la reforma penal, p. 19/20, *apud* RIQUERT, Marcelo Eduardo e JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. **Teoría de la Pena y Derechos Humanos**, p. 17.

<sup>26</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**, p.3.

A fim de compreender melhor qual o caráter atual deste instituto jurídico, que já passou por tantas transformações, far-se-á uma breve retrospectiva histórica do desenvolvimento do sistema das penas.

Em um primeiro momento da relação do homem com a punição, esta funcionava com vingança privada. O mal sofrido era devolvido de alguma forma, sem preocupação com a proporcionalidade da ação ou mesmo com a individualização do agente. Uma tribo inteira poderia ser dizimada em resposta a ação de um de seus integrantes. Como ensina René Ariel Dotti:

*A idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição.<sup>27</sup>*

A evolução trazida pela Lei do Talião<sup>28</sup> foi a exigência de “olho por olho e dente por dente”, enquanto a composição trouxe a possibilidade da reparação financeira pelo dano causado.

Um dos fundamentos utilizados para aplicação da punição era o da autoridade divina, ou seja, a punição serve para purificar o ser humano e recuperá-lo frente a divindade; essa era a justificativa do *Código de Manu*, que vigorou no século XI a.c.

O Estado se fortalece e a justiça deixa de ser privada e passa a ser pública, na figura do soberano. No entanto, a pena continua a ser cruel, com

---

<sup>27</sup> DOTTI, René Ariel., **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**, p.31.

<sup>28</sup> Contrariamente ao que muitos acreditam, Talião não é nome próprio, mas palavra derivada do latim, *talis*, que significa semelhante, igual. LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**, p.6, *apud* Gilberto Ferreira, *op. cit.*, p.7.

imposição de sofrimento físico intenso e, em grande parte dos casos, com a morte.<sup>29</sup>

A prisão<sup>30</sup>, até então, era um local de custódia do condenado, no qual se aguardava a execução da sentença, mas que não significava a pena em si. Na Idade Média raros eram os locais e situações nas quais a prisão era pena autônoma.

O direito canônico foi o primeiro a pensar a prisão como pena, acreditando que a solidão e o sofrimento livram o homem do pecado.<sup>31</sup>

Foi neste quadro de arbitrariedade e terror que, em 1764, inspirada pelo movimento iluminista, surge a revolucionária obra de Cesare Bonnesana, o Marquês de Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*, que combate a tortura e argumenta sobre sua ineficácia. A obra de Beccaria encontra forte eco no pensamento europeu e dá início a transformação da concepção de punição.

Depois das revoluções liberais, em especial da Revolução Francesa, as penas corporais foram desaparecendo e a aplicação da pena de morte diminuindo sensivelmente. A privação da liberdade começou então a vigorar como pena.<sup>32</sup>

Das teorias a respeito dos fins da pena, três correntes se destacam: as teorias absolutas, relativas e mistas.<sup>33</sup>

As absolutas sustentam que a pena tem caráter exclusivamente retributivo, negando qualquer fim utilitário. A divergência dentro da teoria absoluta surge na discussão da natureza da retribuição. Alguns, como Stahl (1802-1861), o mais destacado representante desta linha de pensamento entendiam que o fundamento da retribuição era divino. Outros, liderados por Kant (1724-1804), entendiam tratar-se de uma retribuição de natureza moral. Finalmente, havia os que atribuíam natureza jurídica à retribuição, e cujo maior

---

<sup>29</sup> Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* descreve com riqueza de detalhes as torturas que eram impostas aos condenados como forma de pena. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**.

<sup>30</sup> O termo *prisão* aqui está empregado no sentido de *estabelecimento em que alguém fica segregado*, pois conforme esclarece Tales Castelo Branco, “a palavra prisão vem do latim *prehensio*, que, por sua vez, se origina de *prehensio* – de *prehensio*, *onis* e quer dizer prender; é usada, indistintamente, para denominar o lugar, o estabelecimento em que alguém fica segregado, o recolhimento do preso, a captura, a custódia e a detenção.” **Da Prisão em Flagrante**, p. 4.

<sup>31</sup> DOTTI, René Ariel, *op. cit.* p. 33.

<sup>32</sup> FERREIRA, Gilberto ., *op. cit.*, p. 15.

<sup>33</sup> RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba Y. **Función y Aplicación de la Pena**, p.17 a 28.

expoente foi Hegel (1770-1831), que, em 1821, defendeu esta tese na sua obra *“Filosofia do Direito”*.

As teorias relativas atribuem caráter preventivo à pena. A única razão de existência da pena é prevenir a ocorrência de novos delitos. Esta prevenção tem dois aspectos: o geral e o especial. O geral é a prevenção por meio do exemplo, ou seja, a punição de um intimida os demais. A especial é a que incide sobre o próprio indivíduo punido, que, tendo aprendido a lição, não voltará a delinquir. Foram representantes desta teoria no século XIX, Romagnosi (1761-1835) e Feuerbach (1775-1833).

As teorias mistas admitem dupla finalidade da pena: o fim retributivo e também de reeducação e intimidação. Rossi (1787-1848) e Pacheco (1808-1865) defenderam esta corrente.

De qualquer forma, a idéia imperante era da pena como mal necessário, a ser aplicado ao criminoso em razão da prática de um delito.

Cesare Lombroso, juntamente com Henrique Ferri e Rafael Garófalo fundam a Escola Positiva, dando início a uma fase de posições radicais em relação ao criminoso.

Lombroso, com sua teoria sobre a relação entre características físicas do indivíduo e sua periculosidade, inaugura uma nova fase no estudo da ciência penal. Suas conclusões, claramente equivocadas, desencadeiam outra perspectiva sobre a função da pena. A prática do delito passa a ser vista como algo sobre o qual o autor não tem controle e, portanto, a pena deixa de ser castigo, para ser tratamento.

Garófalo, por sua vez, defendeu intensamente a pena de morte, uma vez que alguns criminosos não teriam mais salvação e deveriam ser extirpados da sociedade.<sup>34</sup>

Em resposta ao extremismo da Escola Positiva, surgem as Escolas Ecléticas, que defendem a função utilitária da pena. Em 1945, nasce o movimento Nova Defesa Social, igualmente radical, mas em sentido contrário.

---

<sup>34</sup> MESQUITA JR. Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal**, p.56.

Iniciado pelo professor Filippo Gramática, propõe a eliminação do direito penal e do sistema penitenciário existentes.

Na esteira deste movimento, surge algo mais brando, o movimento de Política Criminal Alternativa, buscando um sentido realmente útil para a pena. Algo que respeite a dignidade humana do condenado e trabalhe verdadeiramente pela sua ressocialização. Só uma penalização nestes termos seria de fato positiva e protetora da sociedade como um todo.<sup>35</sup>

Verifica-se, portanto, que a evolução da sociedade trouxe, em seu bojo, a transformação do caráter da pena. O que antes era só uma forma de vingança, punição, é visto hoje como uma forma de ressocialização. Ou seja, o principal objetivo da pena deve ser a reinserção social do indivíduo.

Esta evolução está retratada, entre outros documentos jurídicos, no Pacto da San José da Costa Rica, que, em seu artigo 5º, 6, estabelece que as penas privativas de liberdade devem ter, por finalidade essencial, a reforma e a readaptação social do condenado. De fato, esta é a única concepção aceitável de pena em um Estado Democrático de Direito.

Há, indiscutivelmente, uma preocupação dos estudiosos do sistema de penas com a eficiência da punição. A punição deve ter uma eficácia social, e está eficaz só se verifica quando o sistema funciona de forma a proteger a sociedade. Isto não significa simplesmente retirar do convívio social o indivíduo que a ameaça, mas evitar que este indivíduo volte a configurar uma ameaça depois de solto.

É preciso ressocializá-lo, ou ainda, socializá-lo, uma vez que muitas pessoas, que ingressam no sistema carcerário, nunca foram, de fato, socializadas. Entenda-se socializada como incluída em uma determinada sociedade, inserida em um contexto considerado civilizado. Esta exclusão pode advir de abandono material, intelectual ou emocional.

Miguel Reale Júnior, integrante da comissão elaboradora do Anteprojeto da Lei de Execução Penal nos anos oitenta, conta que o artigo 1º trazia, como finalidade da pena, facilitar ao condenado o enfrentamento, com harmonia, das

---

<sup>35</sup> Ver LINS E SILVA, Evandro, **De Beccaria a Filippo Gramática, Sistema Penal para o Terceiro Milênio**.

dificuldades da convivência social. Mas por sugestão da comissão revisora, o texto foi modificado com o intuito de enfatizar a finalidade de tratamento e reinserção social. E conclui:

*Todas estas tentativas de perspectivar a prisão como um meio de reeducação para proporcionar a reinserção social do condenado constituem a busca de conciliação entre o dever de tutelar e resguardar o respeito à dignidade da pessoa humana e a imposição de medida draconiana de privação da liberdade.*<sup>36</sup>

Afirma ainda que a vida prisional não consegue promover a ressocialização, na medida em que não se reproduz, na prisão, as regras da vida em sociedade. Existem regras próprias da prisão, às quais o condenado tem que se submeter para sobreviver. Ou seja, enquanto preso, ele estará sendo socializado para a vida na prisão, não para a vida em liberdade.

A prisão aniquila a identidade do condenado e gera falta de perspectiva de outra vida qualquer. Diante deste fato, Miguel Reale Júnior afirma:

*A perda da liberdade, todavia, não pode levar à perda da dignidade e para tanto, a fim de não acrescentar à privação da liberdade ainda maiores gravames, é necessário minimizar ao máximo os malefícios da vida prisional, abrindo-se janelas para vida livre.*<sup>37</sup>

Nesta linha de raciocínio, a pena privativa de liberdade aparece como recurso extremo, à medida em que o isolamento social não promove integração, mas maior exclusão.

---

<sup>36</sup> REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal :Vol II Parte Geral**, p.6.

<sup>37</sup> REALE JR., Miguel. *op. cit.*, p.11.

## 4.2. A progressão de regime prisional

Desde que a privação da liberdade foi admitida como pena autônoma, iniciou-se um estudo a respeito de qual a melhor forma de encarceramento, qual a forma que melhor serviria para punir (função retributiva) e redimir (função preventiva).

Historicamente, podemos identificar o surgimento de três modelos de sistemas penitenciários: da Filadélfia, de Auburn, e o Inglês.<sup>38</sup>

O mais rígido deles, da Filadélfia, foi também o primeiro a ser implantado, em 1790 na penitenciária de Walnut Street Jail, Pensilvânia. Impunha o isolamento absoluto do condenado, que não podia ler, trabalhar ou receber visitas. Esta rigidez foi sendo amenizada com o tempo, passando, o preso, a ter direito a certas visitas e a instrução e trabalho, desde que em silêncio. A vantagem deste sistema, em relação ao existente na época, é que a separação absoluta dos presos impedia a sujeira e promiscuidade.

Este modelo prisional foi levado também para a Bélgica e teve forte influência na Europa. A crítica recebida, na época, era de que a segregação e o silêncio em nada auxiliavam a reinserção social do indivíduo.

O segundo modelo surgiu em 1818, em Auburn, nos Estados Unidos, país no qual predominou por algumas décadas. Previa o fim do isolamento total, mas mantinha a regra do silêncio. Durante o dia os presos eram obrigados a trabalhar em silêncio e, à noite, separados para evitar promiscuidade. O contato com a família era vedado e a instrução dos presos ignorada.

Fruto das experiências anteriores surge, em 1840, o sistema chamado Inglês, ou Progressivo. Implantado pela primeira vez na colônia penal de Norfolk, visava estimular a recuperação do condenado, premiando-o por bom comportamento e interesse pelo trabalho.

Em uma primeira fase, o encarceramento era absoluto, para que o preso pudesse refletir sobre seus atos. Em seguida, passava a ter direito de trabalhar

---

<sup>38</sup> MUAHAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade**, p.43.

e somava ou perdia pontos conforme sua conduta na prisão. Atingida determinada pontuação, ele tinha direito à liberdade, mesmo antes do término da sentença condenatória. Tratava-se de liberdade condicional, a qual o preso fazia *jus* por ter demonstrado, por meio de seus atos, estar pronto a retornar ao convívio social.

O sucesso desta experiência foi enorme, e este sistema passou a ser adotado em grande parte da Inglaterra e a inspirar os sistemas contemporâneos.

Na Irlanda, o sistema progressivo inglês foi aplicado com algumas alterações. A primeira fase do cumprimento da pena foi abrandada, deixando de ter a rigidez inicial, e adotou-se o trabalho externo como fase de transição para o benefício do livramento condicional. Surgiu com isso o chamado sistema irlandês.

Nas legislações ocidentais contemporâneas, a progressão de regime é um princípio básico da execução da penal. Comentando a progressão de regime no Código Penal argentino, Ceruti e Rodríguez afirmam:

*Em función de la finalidad de la pena preceptuada por el art. 1 , la progressividad debe ser entendida no sólo em relación con la paulatina descompresión de las condiciones de privación de la libertad (su cumplimiento en establecimientos de máxima seguridad, média e mínima, por ejemplo), sino em razón del acercamiento del interno a um responsable ejercicio de su libertad, refugiándole de la feroz desocialización que el mismo ámbito carcelario pueda provocarle.<sup>39</sup>*

Carlos Henrique Edwards,<sup>40</sup> também comentando a legislação argentina sobre regime de execução da pena privativa de liberdade (Lei 24.660), chama a atenção para o fato de que, para considerar com toda propriedade um regime como progressivo, é imprescindível que reúna três características: (1) divisão do

---

<sup>39</sup> **Ejecución de la Pena Privativa de Libertad**, p. 72

<sup>40</sup> **Régimen de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad – Lei 24.660**, p. 39. Revisado y comentado por Carlos Enrique Edwards

tempo da sanção penal em partes que devem ter um conteúdo próprio, diferente do que o precede ou sucede; (2) o avanço ou retrocesso no regime de cumprimento da pena deve ser fruto de uma avaliação objetiva do condenado; (3) possibilidade de reintegração do condenado a sociedade antes do término do cumprimento da pena.

#### 4.3. – A progressão de regime prisional no Brasil

A história dos sistemas penitenciários<sup>41</sup>, no Brasil, não foge à regra geral. A época do descobrimento, o regime jurídico que vigorava em Portugal era das Ordenações Afonsinas, textos do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito costumeiro. Esta foi a ordem normativa utilizada para regular as relações sociais na colônia.

Destes textos se depreende que a privação da liberdade não tem ainda caráter de pena autônoma, mas mera função de garantir a aplicação da sanção.

Às Ordenações Afonsinas (1446) seguiram-se as Manoelinas (1514), apoiadas ainda por vasta legislação extravagante. Esta mudança alterou pouca coisa no sistema penal. A privação de liberdade como pena continuava a ser algo aplicado excepcionalmente.

As Ordenações Filipinas (1603) vieram agravar a situação já desumana da época. Aumentou o rol de crimes e tornou as penas ainda mais cruéis. Foi sob a égide das Ordenações Filipinas que foi punido Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes.

O primeiro Código Penal brasileiro foi o Código Criminal do Império, sancionado em 1830 pelo Imperador D. Pedro I, sob a égide da Constituição de 1824. Ambos, a Constituição e o Código Criminal, nasceram impregnados de ideais iluministas. Princípios como igualdade, liberdade, segurança individual e propriedade estavam assegurados juridicamente.

---

<sup>41</sup> Segundo Irene Batista Muakad, “sistema penitenciário é a organização criada pelo Estado para a execução das sanções penais que importem privação ou restrição de liberdade individual”. **Pena Restritiva de Liberdade**, p.64.

Foram abolidas as penas cruéis. A pena capital era prevista apenas para prática de três crimes: insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio.<sup>42</sup> Ficou também instituído que a pena não passaria da pessoa do condenado e a privação da liberdade tornou-se pena autônoma. Nasceu então, a preocupação com as prisões, as quais deveriam servir para a reeducação do condenado. A pena deixa de ter caráter exclusivamente retributivo.

Em 1888, com a abolição da escravatura, surgiu a necessidade de atualização do Código Penal, o que passou a ter caráter de urgência com a proclamação da República, em 1889. Era preciso elaborar um outro Código, de acordo com as alterações provocadas pela nova realidade social e jurídica do país.

Em 1890, pouco antes da promulgação da Constituição de 1891, passa a vigor a nova legislação penal. O novo Código acaba com a pena de galés e de prisão perpétua. Além disso, institui a prescrição e a contagem do tempo de prisão preventiva como integrante do cumprimento da pena.

No entanto, discordâncias relevantes sob pontos do Código de 1890 apressaram a elaboração de nova legislação. Em 1927, foi apresentado o projeto de Código Penal, elaborado pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira.

O projeto previa duas classes de penas, as principais e as acessórias. As principais eram a prisão, detenção, multa, relegação e exílio local. As acessórias eram a interdição de direitos, publicação de sentença, confisco dos instrumentos do crime e expulsão de estrangeiro. Este projeto ficou em discussão por vários anos.

Em 1934, promulga-se nova Constituição, com feição bastante liberal. Neste momento, o projeto do Código Penal estava em fase final de aprovação no Congresso Nacional.

Em 1937, há a instituição do Estado Novo. O Congresso Nacional é dissolvido, revogada a Constituição de 1934 e outorgada uma carta constitucional extremamente autoritária e centralizadora. Voltou a admitir-se a pena capital para casos de infrações políticas e para certos homicídios, além dos casos já previstos de crimes militares em tempo de guerra.

---

<sup>42</sup> Mesmo com a previsão expressa, a última pena capital foi aplicada em 1855.

Francisco Campos, então Ministro da Justiça, pede a Alcântara Machado um novo projeto de Código Penal, condizente com a Constituição de 1937.

Elaborou-se assim o Código Penal de 1940, que trouxe a previsão das penas de reclusão, detenção e multa como principais e de perda de função pública, interdição de direitos e publicação da sentença como acessórias. Adotou claramente a progressão de regime, mas apenas para os apenados com reclusão, e não para os detentos.

Aos detentos era concedida a possibilidade de trabalhar desde o início, o que correspondia ao terceiro estágio do cumprimento da pena de reclusão. Aos apenados com prisão simples, o benefício do livramento condicional não era concedido.

Com o resgate da democracia e o nascimento de nova ordem jurídica, promulga-se a Constituição de 1946. Na opinião de alguns constitucionalistas, como Celso Ribeiro Bastos, a melhor e mais descentralizadora que o Brasil já teve.<sup>43</sup>

O fim do regime autoritário clamava por uma revisão na legislação penal, que só foi realmente efetivada em 1963, quando o ministro Nelson Hungria apresenta o anteprojeto do Código Penal.

Não trazia modificações estruturais, mas uma preocupação extrema com a educação e ressocialização do preso. Em um encontro de Direito Penal, em Buenos Aires, afirma:

*Também fui partidário convencido da pena-retribuição. Tenho sido, como tal, um dos autores do Código Penal brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão de pensamento, a uma revisão de raciocínio, para renegar, para repudiar, uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena retribuição, que de nada vale, que é de resultado ineficaz, como acentuou o Professor Pisapia.<sup>44</sup>*

---

<sup>43</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, p. 75

<sup>44</sup> Intervenção pública em *Jornadas de Derecho Penal – Actos*, p. 88 *apud* René Ariel Dotti, *op. cit.*, p. 74.

O anteprojeto estava em fase de discussão quando se deu o Golpe de 1964, e tivemos, novamente, o fim da democracia. O projeto de Código Penal, em avaliação no Congresso Nacional, é então outorgado pelo Decreto lei n. 1004/69.

No entanto, com o argumento de que um novo Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal deveriam entrar em vigor juntamente com o Código Penal, prorroga-se o seu período de vacância. O que se verifica a seguir é um fato totalmente inusitado: o Código outorgado de 1969 nunca chega a ter vigência.

Durante esta vacância foram editadas algumas leis reformando o Código de 1940, acabando por deixá-lo mais atual que o Código de 1969. Por essa razão, em 1978, o Presidente Ernesto Geisel apresentou projeto de lei revogando o Código Penal que nunca entrou em vigor.

Uma das leis responsáveis pela reforma do Código de 1940 foi a Lei n. 6.016/73. Esta legislação promoveu grande avanço em relação a progressividade no cumprimento da pena. Estabeleceu a prisão albergue, reviu a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, a fim de que abrangessem um número maior de casos.

Em 1977, nova lei reformadora do Código Penal é editada (Lei n. 6.461), alterando substancialmente o regime progressivo. A nova legislação estabeleceu três regimes para execução da pena: fechado, semi-aberto e aberto, e acabou com a obrigatoriedade de início do cumprimento no regime fechado. O livramento condicional passou a ser aplicável também nos casos de prisão simples, e ampliou ainda mais os casos nos quais era possível aplicar a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.

Finalmente, em 1984, a parte geral do Código Penal é totalmente reformada (Lei n. 7209/84) e é também promulgada a Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84).

O espírito da reforma de 1984 era entrar em sintonia com os questionamentos mundiais acerca da eficácia da pena de prisão. Para conferir esta afirmação, basta ler trechos da exposição de motivos da nova parte geral do Código:

26. *Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como reposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade”.*

27. *As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.*

28. *Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e da própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.*

...

72. *O Projeto dá novo sentido à execução das penas privativas da liberdade. A ineficácia dos métodos atuais de confinamento absoluto e prolongado, fartamente demonstrada pela experiência, conduziu o Projeto à ampliação do arbitrium iudicis, no tocante à concessão do livramento condicional.*

A preocupação clara é de que a pena tenha realmente um caráter ressocializador e não só punitivo. A busca por um menor tempo no cárcere parece condição necessária para atingir este fim.

Resta explicitado que o confinamento não se mostra o meio adequado para reeducação e deve-se evitar a prisão, quando possível. Quando necessária, que a permanência do condenado no cárcere seja reduzida por meio da progressão de regime, essencial para uma verdadeira reeducação.

A progressão se dá do regime fechado para o semi-aberto, do semi-aberto para o aberto e do aberto para o livramento condicional.

O regime fechado deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média. O preso pode trabalhar durante o dia, mas dentro do presídio. Trabalho externo só é admissível em serviços ou obras públicas. Ressalte-se que o trabalho é facultativo, conforme garante o artigo 5º, XLVII, “c” da Constituição Federal. O estudo durante o dia também é permitido. À noite há o “isolamento” noturno, o qual, no caso das nossas prisões, significa na prática, ser recolhido à cela, não ser recolhido “sozinho” à cela.

O regime semi-aberto deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar. Deve-se trabalhar e estudar durante o dia. O recolhimento noturno não significa mais “isolamento”, pois a legislação determina recolhimento coletivo. Abre-se também a possibilidade de saídas temporárias, para ver a família ou mesmo estudar, desde que autorizadas.

Infelizmente, a política penitenciária tanto nacional como dos Estados não privilegia a construção de estabelecimentos para cumprimento da pena em regime semi-aberto, havendo um grande *deficit* de vagas. Em razão disto, o Superior Tribunal de Justiça tem deferido pedido de cumprimento domiciliar do regime semi-aberto, em locais onde não há colônia agrícola ou outro estabelecimento prisional adequado.<sup>45</sup>

O regime aberto é a terceira etapa no cumprimento da pena. O condenado é ainda considerado “preso”. Deve trabalhar normalmente, durante o dia, e recolher-se à noite e nos dias de folga. O recolhimento se dá na

---

<sup>45</sup> STJ – RHC n. 93/0030880-7 – RS.

chamada casa do albergado ou prisão albergue, ainda um estabelecimento penal.

É interessante observar que a prisão albergue foi criada em 1965 por provimento do Conselho Superior da Magistratura. Na época, vigia o Código Penal de 1940, que estabelecia que, após três meses de reclusão, o condenado poderia trabalhar dentro ou fora do estabelecimento prisional. No entanto, os juízes das comarcas do interior passaram a autorizar, numa interpretação extensiva, que réus primários de crimes não violentos, punidos com reclusão a penas de média duração, trabalhassem regularmente durante o dia e se recolhessem à noite.

Segundo Miguel Reale Júnior:

*A magistratura, portanto, por meio de decisões inovadoras, rompeu a cristalização e estagnação do direito legal, progrediu para atender aos reclamos de realização concreta de valores fundamentais, como por exemplo, a dignidade humana, com criação da prisão albergue.<sup>46</sup>*

Entretanto, o regime aberto sofre do mesmo mal que o regime semi-aberto: falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena neste regime. A escassez de casas do albergado e conseqüente falta de vagas, fez com que o Superior Tribunal de Justiça firmasse jurisprudência no sentido de concessão de prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa do albergado. Esta posição, no entanto, não é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ter direito ao regime aberto, o condenado precisa atender as exigências do art. 114 da Lei de Execução Penal, quais sejam: estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

---

<sup>46</sup> REALE JR., Miguel, op. cit. p. 23.

Os maiores de setenta anos, os gravemente enfermos, as gestantes e as mulheres com filhos menores ou portadores de deficiência física ou mental estão dispensados da exigência de trabalho e poderão cumprir o regime aberto em residência particular.

A passagem para o regime aberto não significa que não possa haver regressão de regime, caso haja desobediência às regras estabelecidas.

Já o livramento condicional é execução da pena em meio livre, e o condenado não é mais tido como preso, mas egresso. É a última etapa da progressão de regime e precisa ser requerida. Para que o juiz possa concedê-lo, é imperativo que sejam atendidos os requisitos do artigo 83 do Código Penal:

- Cumprimento de mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
- Cumprimento de mais da metade, se reincidente em crime doloso.
- Cumprimento de mais de dois terços da pena, se condenado por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, desde que não reincidente específico em crime desta natureza.
- Comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.
- Reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Além disto, devem ser ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário.

A fim de facilitar a discussão a respeito do preso estrangeiro ter ou não direito à progressão de regime, pode-se enfatizar alguns pontos deste estudo sobre liberdade, pena e progressão de regime:

**1.** A liberdade física do indivíduo só pode ser restrita ou suprimida em razão de coação legal, moral e legítima.

2. A idéia de punição evoluiu com a sociedade.
3. A privação da liberdade durante muito tempo foi só um meio para garantir o cumprimento da pena.
4. Várias são as correntes que discutem o fim da pena. Atualmente, admite-se que tem caráter retributivo, mas também educacional. O fim último da pena deve ser preparar o indivíduo para sua reinserção social.
5. Instrumento fundamental para conseguir uma reinserção verdadeira é a progressão de regime, que vai paulatinamente recolocando o condenado em contato com a sociedade.
6. O regime semi aberto é cumprido em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar. Há possibilidade de saídas temporárias, desde que autorizadas.
7. No regime aberto o condenado é ainda considerado “preso”. Deve trabalhar normalmente durante o dia e recolher-se à noite e nos dias de folga. O recolhimento se dá nas chamadas casas do albergado ou prisão albergue.
8. A passagem para o regime aberto exige que o preso esteja trabalhando ou comprove possibilidade de fazê-lo imediatamente, além de demonstrar responsabilidade para se adaptar ao novo regime.
9. O livramento condicional, última etapa da progressão, é execução da pena em meio livre e o condenado é considerado egresso.
10. O livramento condicional deve ser requerido ao juiz competente. Entre as exigências para concessão, previstas no artigo 83 do Código Penal, está a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

## CAPÍTULO 5

### O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O estudo da igualdade é o ponto fulcral da problemática proposta. É imprescindível concluir se o tratamento desigual entre brasileiros e estrangeiros no cumprimento da pena fere, ou não, o princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

Este é o maior desafio do trabalho e implica análise do termo igualdade, com o dimensionamento deste direito fundamental nos dias atuais.

Conforme ensina Genaro Carrió, a linguagem jurídica tem basicamente as mesmas características da linguagem natural e uma destas características é a imprecisão. A vaguidade de expressões, como “igualdade”, impede, muitas vezes, o estabelecimento de limites precisos para aplicação destes termos. Carrió utiliza uma metáfora para descrever esta situação de vaguidade:

*Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos em los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina em ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo em que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.<sup>47</sup>*

Outra marca importante da linguagem natural é a forte carga emotiva que certos termos carregam consigo. “Igualdade”, por exemplo, é um termo

---

<sup>47</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho e Lenguaje*, pg.32

que, indiscutivelmente, provoca uma resposta emotiva na maioria das pessoas, normalmente como algo positivo, desejado.

Destas características da linguagem natural, seguramente, decorre em parte a grande dificuldade em delimitar precisamente o alcance da igualdade como direito fundamental. A análise histórica da evolução do princípio será de enorme valia para a tarefa de entender o sentido da igualdade nos dias atuais e aplicá-la ao caso concreto em questão.

### **5.1. Histórico da evolução do princípio**

Martim de Albuquerque, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, em sua obra *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, faz um estudo a respeito da evolução do pensamento sobre a igualdade.

Explica que a preocupação com a questão da igualdade já aparecia na Antiguidade, no discurso de Sólon (640-560 A.C.) e de Péricles (460-400 A.C.), mas foi Platão (429-347 A.C.) quem escreveu um dos primeiros trabalhos sobre o princípio.

Como pedagogo defendeu, na República, a concessão de mesmas oportunidades às crianças, para que pudessem superar as desigualdades sociais. Considerava, como fundamento da democracia, a igualdade, que dividia em dois tipos: a absoluta, que dizia respeito ao acesso igualitário aos cargos públicos; e a proporcional, respeitadora dos méritos de cada um, a fim de distingui-los. A igualdade proporcional gera Justiça.

Aristóteles (384-322 A.C.) tratou da questão, primeiramente, em sua obra *Política*, identificando sempre a igualdade com a justiça. No entanto, defendia a desigualdade natural entre os homens. Para Aristóteles, havia homens com maior poder de raciocínio que outros, justificando a escravidão. Foi necessário o surgimento dos pensadores Cícero e Séneca para lutar contra esta desigualdade natural respaldada pelo pensamento Aristotélico.

Cícero afirmava não haver, na natureza, igualdade tão completa como a existente entre os homens; e Séneca, que o escravo e seu amo têm exatamente a mesma natureza.

Martim de Albuquerque conclui que o mundo antigo deixou um importante legado à humanidade no tangente a igualdade, traduzido em proposições que serviram de base para os pensadores posteriores. São as seguintes:

- a) todos os homens são naturalmente iguais;*
- b) a igualdade é essência da Justiça;*
- c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis;*
- d) a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, desigualmente o desigual;*
- e) a igualdade é a base da democracia;*
- f) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins;*
- g) a igualdade implica a participação das oportunidades.<sup>48</sup>*

A doutrina francesa entende como sendo de ordem filosófico-religiosa o reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em prol do indivíduo, decorrentes imediatamente da natureza humana.

De ordem religiosa, como consequência dos dogmas cristãos. Não do pensamento cristão da época (séc. XVIII), que apoiava a monarquia absolutista e era favorável a manutenção do *status quo*, mas da inspiração no cristianismo primitivo, que continha uma mensagem de libertação e pregava a igualdade fundamental de natureza entre todos os homens, criados à imagem e semelhança de Deus. Pregava a liberdade fundamental de fazer ou não o bem, decorrente dos mais remotos ensinamentos bíblicos.

---

<sup>48</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência**, p. 15-16.

Dessa inspiração religiosa, além de outras influências, nasceram as lições de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino sobre o direito natural. Para Santo Agostinho, a justiça é característica da lei. Para São Tomás, a igualdade é requisito essencial da lei.

A idéia de igualdade vai se associando cada vez mais à idéia de justiça e esta com a idéia da lei e do direito. O direito natural, como ordem normativa anterior e superior ao governante.

Como consequência lógica deste pensamento, a norma de direito positivo em desacordo com as leis do direito natural não tinha qualquer valor. O desrespeito ao preceito divino gerava o direito à inobservância da norma.

Este raciocínio já aparecia na Antiguidade, e está fortemente retratado na peça de Sófocles, *Antígone*, na qual a personagem, respondendo a pergunta de seu tio Creón se tinha conhecimento da lei por ele promulgada, afirma:

– *Sim. Como ignorá-la? Era público o edito.*

- *Não obstante, ousaste infringir a minha lei?*

- *Porque não foi Zeus quem a ditou, nem foi a que vive com os deuses subterrâneos – a Justiça – quem aos homens deu tais normas. Nem nas tuas ordens reconheço força que a um mortal permita violar aquelas não escritas e intangíveis leis dos deuses. Estas não são de hoje, ou de ontem: são de sempre; ninguém sabe quando foram promulgadas. A elas não há quem, por temor, me fizesse transgredir, e então prestar contas aos Numes.*<sup>49</sup>

Esta base religiosa do direito natural foi substituída, sem modificações profundas, pela obra dos racionalistas do século XVII. Para estes o fundamento do direito natural não seria a vontade de Deus, mas a razão, medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso.

---

<sup>49</sup> Sófocles. *Antígone*. Trad. de Guilherme de Almeida, págs 33-41, *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER Ada Pelegrini, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. **Liberdades Públicas – Parte Geral**, p. 284-285.

A idéia de que a lei, para ser justa, tem que ser igualitária, gerou nova concepção: para ser igualitária tem que ser genérica. Sem generalidade não existe igualdade.

Esta era a posição radicalmente defendida por Nicolau de Tedeschi. Outra corrente, mais aceita por sua moderação, admitia que a lei não se dirigisse a toda a comunidade indistintamente, mas à parcela desta comunidade abstratamente considerada. O que não se podia admitir era a lei individual, que se confunde com privilégio. Esta é a posição firmada por Rousseau, no *Contrato Social*.

Ainda segundo o estudo de Martim de Albuquerque, no período entre a antiguidade e a era do constitucionalismo, pode-se afirmar que a idéia de igualdade desenvolveu-se sobre os seguintes pilares:

- a) *conservou o acervo patrimonial anterior e desenvolveu-o, repetindo, inclusive, a lição de Aristóteles e Ulpiano;*
- b) *somou os ensinamentos dos Padres da Igreja, que acentuaram a idéia de igualdade natural e inseriram a aequitas na Justiça;*
- c) *tratou a respectiva temática em várias sedes – Direito Natural; Justiça e Direito; características ou essência da lei; da dispensa da lei....;*
- d) *reconduziu-a, com a máxima clareza, às idéias de medida, ordem, adequação, proporcionalidade...;*
- e) *ligou-a intimamente à universalidade da lei, negando, por consequência, como regra, o preceito ou privilégio, o qual apenas é admissível a título excepcional, com justa causa, mas abrindo-se então em geral via indenizatória;*
- f) *aceitou o princípio circa aequalas equalia, et circa inaequalas servantur inaequalia;*
- g) *definiu mecanismos processuais adequados para a defesa da igualdade.*<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. Op. cit., p. 43.

Na chamada era constitucional, o princípio já era positivado, mas aplicado ainda de forma bastante distinta da concepção de hoje.

Ao analisar a Constituição francesa de 1789, verifica-se a consagração do princípio no seu artigo 6º, de forma verdadeiramente restrita. Como a preocupação das revoluções liberais era o poder político, o princípio se resumia praticamente a possibilidade de qualquer pessoa exercer o poder na sociedade, na medida de sua capacidade, inteligência e fortuna.

As declarações de direitos do final do século XVIII traziam a idéia de que, declarado o reconhecimento da igualdade entre os homens, a questão estava resolvida. Assim, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, afirma que os homens *“são por natureza igualmente livres e independentes”*; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, diz que todos os homens *“são criados iguais”*; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789, reconhece que os homens *“nascem e permanecem livres e iguais em direitos”*. Esta postura rechaçava qualquer possibilidade de uma lei tratar as pessoas de forma desigual.

Assim, tendo como parâmetro as constituições francesa e americana pós revoluções liberais, Martim de Albuquerque conclui que, neste período, sobre a igualdade desenvolveram-se os seguintes pontos:

- a) a negação de privilégios;
- b) a correspondência, ao direito de igualdade, de um dever ou obrigação de igualdade;
- c) o tratamento da respectiva temática quer em sede dos direitos naturais, inatos, essenciais, imprescritíveis; quer dos direitos e garantias; quer dos direitos políticos e civis;
- d) a noção de igualdade como direito absoluto e, mais particularmente ainda, como qualidade essencial dos direitos absolutos;
- e) a distinção entre igualdade natural, igualdade social (i.e. concreta, real) e igualdade legal.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência**, p. 79.

Entende-se aqui, por direito absoluto, o direito considerado natural, primitivo, universal. Portanto, não se trata de direito sem limites, mas direito que, por inerente aos homens, não depende de nenhum fato para sua aquisição.

A respeito da distinção entre igualdade social e igualdade legal, o constitucionalista português Praça Lopes esclarece:

*Em que consiste propriamente o direito de igualdade? Este direito tem dado lugar a grandes abusos e sofismas de todo o gênero, a objecções e divergências sem número. Os que deduzem o nivelamento das fortunas do direito de igualdade cometem um erro tão crasso e prejudicial, como se admitissem que todos e cada um dos homens têm igual aptidão, para todos e cada um dos misteres ou trabalhos necessários para sua existência e perfectibilidade individual e social.*

*Todos os homens considerados, quanto à sua natureza, são iguais e desiguais. Iguais quanto às suas qualidades essenciais, ao número das suas faculdades, à sua origem, e ao seu fim último. São desiguais quanto à intensidade de cada uma dessas faculdades, ao seu desenvolvimento e à sua aptidão. A Filosofia do Direito encarrega-se de demonstrar que, além da natureza geral, comum, e igual em todos os homens, tem cada um deles a sua natureza especial, sui generis, com ideais, sentimentos, resoluções próprias e tão originais, que não existem nem têm existido, nem existirão nunca dois indivíduos com naturezas especiais iguais e indistintas. O direito de igualdade, portanto, não prejudica o reconhecimento da desigualdade relativamente à natureza especial do homem.*

*Como direito individual, o direito de igualdade, não pode significar senão que a factos da mesma natureza será aplicada a mesma lei, e que, pelo tanto, todos têm igualmente garantido o direito à instrução, o direito de segurança, o direito de liberdade, o direito aos socorros públicos, e o direito de defesa, etc. Se a lei tratasse igualmente factos desiguais seria injusta e desigual. O Acto Const. Francês de 24 de*

*Junho de 1793: ‘Todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei.’ Condorcet no seu projeto de constituição entendeu-a nos termos seguintes: ‘ A igualdade consiste em que cada um possa gozar dos mesmos direitos. A lei deve ser igual para todos, quer recompense, quer puna, quer reprima. Todos os cidadãos são admissíveis a todos os lugares, empregos e funções públicas. Os povos não podem reconhecer outro motivo de preferência além dos talentos e das virtudes.*

...

*Dentro da igualdade legal, fica amplo espaço para o livre e possível desenvolvimento da natureza especial, das vocações individuais. A lei não as comprime, deve desobstruir-lhes o caminho, e oferecer a todos na senda da justiça o mesmo amparo, e no da injustiça a mesma repressão, a mesma sempre que os factos sobre que recair forem da mesma espécie e natureza.”<sup>52</sup>*

A regra básica das primeiras declarações de direitos era de que as leis deveriam ser abstratas e universais, e isso bastava para atender ao princípio isonômico. Não havia, evidentemente, qualquer questionamento acerca do que era igualdade formal e igualdade substancial, porque este segundo conceito não existia.

Apenas com o advento da segunda geração de direitos e a possibilidade do legislador estabelecer diferenciações na lei é que a relação entre igualdade formal e substancial passou a ser questionada. Segundo o professor espanhol José Suay Rincón, só quando se percebe que a universalidade da lei pregada pelos ideais liberais não basta para atender ao princípio da igualdade, é que o sentido do princípio se transforma:

El principio de igualdad solo vá a sufrir su importante transformación cuando (y tan solo intonces) la sociedad tome conciencia de que su inteligência por los liberales (esto es, como derivación del

---

<sup>52</sup> LOPES, Praça. **Direito Constitucional Portuguez. Estudo sobre a Carta Constitucional e Acto Adicional de 1832**, p. 133-135.

principio de la universalidad de la ley) unicamente podría servir para conseguir la igualdad real en el caso de que se actuara sobre una sociedad homogênea.<sup>53</sup>

Canotilho alerta ainda para a falsa sensação de segurança que a idéia de universalização traz, na medida em que o tratamento igualitário para determinado grupo de “iguais” pode ser extremamente discriminatório.

*：“...o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite a discriminação quanto ao conteúdo (exemplo : todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de ‘raça negra’ devem ser tratados ‘igualmente’ em ‘escolas’ separadas dos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória....Conseqüentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material.”<sup>54</sup>*

Paladin, analisando o tema, verifica que ainda resta tensão entre os publicistas italianos em torno da questão. Apesar de minoria, há os que ainda defendem o clássico modelo de Estado de Direito, fundado sobre os princípios da segurança jurídica e da igualdade formal. Em contraposição, há os que se pronunciam favoráveis ao moderno Estado Social, que tem como características principais a igualdade substancial e a justiça. Este últimos não consideram a legislação, geral e abstrata, satisfatória para atingir o fim buscado, sendo necessária a produção de leis diferenciadoras.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> RINCÓN, José Suay. **El Principio de Igualdad en la Justicia Constitucional, Estudios de Derecho Público**, p. 26

<sup>54</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, p. 563-564

<sup>55</sup> PALADIN. **La legge come norma e come provvedimento, Giurisprudenza Contituzionale**, p. 885, *apud* RINCÓN, José Suay. *op. cit.* p. 75.

## 5.2. O princípio nas Constituições brasileiras

A primeira Constituição a consagrar o princípio isonômico foi a Constituição Republicana, de 1891. Trazia o postulado de igualdade formal, impregnada pelo espírito liberal. O artigo 72, § 2º, determinava:

*Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.*

Estabelecia vedação aos privilégios individuais e tratava de uma igualdade meramente formal.

João Barbalho, ao comentar o dispositivo constitucional, refere-se ao fato de que, perante a lei republicana, não havia distinção entre *grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos*.<sup>56</sup> O autor certamente elencou as diferenças tidas como relevantes na época.

Também a Constituição de 1934 e a Carta outorgada de 1937 integraram o preceito isonômico em seus textos.

A Constituição de 1946 proclamava, em seu artigo 141, § 1º, que *todos são iguais perante a lei*. Tal artigo encontrava-se inserido no Capítulo II, Dos Direitos e Garantias Individuais, que, por sua vez, estava abrangido pelo Título IV, Da Declaração de Direitos.

A Constituição de 1967 manteve o princípio, incrementando-o. Em seu artigo 150, § 1º, dizia que: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas(...)*.

A Constituição de 1969 em nada alterou a literalidade do enunciado, apenas o transportou para o artigo 153, § 1º.

---

<sup>56</sup> BARBALHO João, *Comentários à Constituição de 1891*. p. 303.

Observa-se a repetição, tanto nas constituições brasileiras como nas de outros países, da enunciação de um rol concreto de discriminações que se pretende eliminar. São relativas a raça, sexo, religião, opinião, origem e outras que, por serem historicamente recorrentes, são enfatizadas.<sup>57</sup>

O constituinte de 1988 tornou a redação mais genérica e, com isso, mais abrangente. Ao invés de enumerar quais os tipos de discriminação vedados, disse apenas: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...* Com isso, eliminou uma série de critérios, sempre considerados pela doutrina e pela jurisprudência como exemplificativos, e não como taxativos.

Esta é meramente a descrição de como o princípio isonômico aparece redigido na nossa história constitucional. A interpretação e forma de aplicação do princípio atenderam as necessidades e convicções da sociedade em cada época da história. A dimensão do princípio, nos dias atuais, é o que se pretende verificar.

### **5.3. O sentido atual do princípio**

Apesar da resistência de alguns, hoje a interpretação do princípio isonômico não só permite, mas exige tratamento desigual para situações desiguais.

Em parecer, emitido pela Comissão Constitucional portuguesa, sobre certa lei acusada de ferir o princípio da igualdade por estabelecer privilégio em favor de determinado grupo, a Comissão afirma:

*Preceitos uniformes, comuns a uma multiplicidade de situações, podem violar o princípio da igualdade, se o particular condicionalismo de alguma delas obrigar na economia do princípio a tratamento distinto. A igualdade não se confunde assim com a uniformidade normativa.*

---

<sup>57</sup> HUESO, Lorenzo Cotino. **La singularidad militar y el principio de igualdad: Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas de siglo XXI**, p. 23

*Face a um quadro normativo idêntico para a generalidade dos cidadãos, haverá que inquirir, nesta linha de raciocínio, se algum dos motivos referidos no artigo 13º, nº 2, da Constituição (ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções política ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social) ou mesmo outros não postulariam, no respeito pelo princípio da igualdade, uma diversificação dispositiva.<sup>58</sup>*

No mesmo sentido, tem se posicionado a Corte Constitucional italiana. Em várias decisões, tem defendido que o princípio da igualdade também se viola quando situações desiguais recebem tratamento normativo igual, declarando inconstitucional a lei que regula, da mesma forma, situações desiguais.<sup>59</sup> Em suma, o princípio da igualdade obriga tanto a igualar situações iguais, como desigualar situações distintas.

Algumas constituições, como a espanhola e a italiana, trazem explicitado este sentido do princípio. A Constituição italiana, no seu artigo 3º, afirma que:

*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condição social ou pessoal.*

E no § 2º do mesmo artigo 3º, completa:

*É obrigação da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o livre desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva*

---

<sup>58</sup> RINCÓN, José Suay . **El principio de Igualdad em la Justicia Constitucional, Estudios Derecho Público**, p.143.

<sup>59</sup> Sentença 119/76 que declara a inconstitucionalidade da norma que obrigava a internação em reformatório de todo menor de 14 anos que praticasse delito culposo particularmente grave. A Corte entendeu que este tratamento igualitário, de presunção de periculosidade, não atendia as características especiais de cada caso e de cada idade. RINCÓN, José Suay . op. cit., p.53.

*participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.*

Na Constituição espanhola de 1978, no Capítulo sobre Direitos e Liberdades, artigo 14, encontra-se o seguinte dispositivo:

*Os espanhóis são iguais perante a lei, não podendo haver qualquer discriminação em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.*

E no seu artigo 9.2:

*Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.*

A Constituição brasileira de 1988 segue a mesma linha das já citadas, explicitando a obrigação pela busca da igualdade substancial. No artigo 5º, estabelece:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Ao mesmo tempo, o artigo 3º diz constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

*I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II- garantir o desenvolvimento nacional;*

*III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Em todas as constituições referidas há disposições acerca da igualdade espalhadas pelo texto, além das citadas, que só reforçam a necessidade de conciliação entre igualdade formal e material. A medida em que a interpretação constitucional é forçosamente sistemática, não há como escapar desta conclusão.

Mesmo as constituições que não atualizaram o texto a fim de inserir este conceito de igualdade de segunda geração, tiveram o sentido do princípio reinterpretado, sofrendo uma mutação constitucional. É o caso da Constituição americana.

A necessidade da lei singular, nos Estados Unidos, tem início com o modelo “New Deal” de Roosevelt e suas leis intervencionistas nas questões sócio- econômicas. Passa-se a reconhecer, ao legislador, a faculdade de editar leis que discriminam grupos de pessoas, desde que esta discriminação tivesse justificação objetiva e razoável.

Era considerada objetiva e razoável a justificação que demonstrasse ser, a lei, o meio correto para consecução do fim a que se propunha. Portanto, o que contava era a desigualdade atingir o fim proposto pela lei, independentemente da análise da legitimidade deste fim.

Este método de avaliação da constitucionalidade era extremamente respeitoso com a figura do legislativo, não permitindo praticamente nenhuma interferência por parte do judiciário nas questões legislativas.

Com a chegada do juiz Warren à presidência da Suprema Corte americana, inaugura-se o chamado “new equal protection” que consistia em um novo método para verificação da constitucionalidade das leis singulares.

Em relação a maior parte da legislação sócio econômica, o critério continuava o mesmo, ou seja, verificar se a distinção atingia o fim pretendido pela norma. No entanto, nos casos em que esta distinção envolvia “raça”, passou a ser considerada “suspeita” e a exigir uma verificação mais acurada. O mesmo ocorria em relação aos “interesses fundamentais” (direito de voto, liberdade de movimento interestatal e acesso à justiça).

Nesses casos – raça e interesses fundamentais -, a Corte passou a verificar primeiramente qual o interesse protegido pela norma. Não pode ser um interesse qualquer, mas extraordinário. Em seguida, a Corte valora se este interesse extraordinário, perseguido pela norma, sobrepõe-se ao interesse de não permitir desigualdades em razão da raça ou de “interesse fundamental”. Dependendo da valoração, a Corte decide se a norma é constitucional ou inconstitucional.

Com este novo método, aumentou muito o número de leis declaradas inconstitucionais por ferirem o princípio da igualdade.

Sob a presidência de Burger, a Suprema Corte norte americana avançou mais. Passou a preocupar-se com leis desigualitárias em razão do sexo, filiação e condição estrangeira. Estabeleceu um terceiro método de análise da constitucionalidade. O Estado, editor de leis que desigualam em razão de qualquer destes três elementos, terá que provar “interesse substancial”. Não “interesse extraordinário”, como para os casos de desigualdade em função da raça e de “interesse fundamental”, mas “interesse substancial”.<sup>60</sup>

A verdade é que a lei singular traz, de início, aparente derrogação do princípio da igualdade, mas somente com análise acurada pode-se afirmar se esta singularidade é ou não consonante com a igualdade constitucional. Sobre este tema, escreve Ignácio Ara Pinilla:

*Se argumenta al respecto que la circunstancia de que la norma tenga como destinatarios a un grupo o categoria general de personas que puede en última instancia coincidir con la totalidad de los individuos*

---

<sup>60</sup> Sobre o tema, **The Conscience of the Court. Selected Opinions of Justice William Brennan Jr. on Freedom and Equality**. Edited by SEPINUCK, Stephen L. and SOUTHERN, Mary Pat Treuthart.

*que integran el área de influencia del ordenamiento jurídico en cuestión conlleva la consecuencia de que la regulación jurídica sea para todos idéntica evitándose de este modo las tan denostadas situaciones de discriminación. A este razonamiento se le escapa, sin embargo, que el postulado de la generalidad de las normas jurídicas refiere únicamente la existencia de una comunidad de personas que ostentan la condición igual de destinatarios de las mismas, pero no nos dice nada acerca del contenido igualatorio o desigualatorio de la norma en cuestión. Es perfectamente posible, en definitiva, que una norma jurídica instaure situaciones de manifiesta injusticia, por su contenido discriminatorio, sin que ello afecte en absoluto a su condición de norma general, de norma que tiene como destinatarios a una generalidad impersonal de sujetos. De ahí la necesidad de matizar convenientemente las frecuentes apelaciones a la generalidad como forma de manifestación del principio de igualdad. Una cosa es reconocer que, en la medida en que permite someter a todos los ciudadanos a una regulación uniforme, la generalidad de las normas constituya un presupuesto indispensable para la determinación de la existência de una ordenación jurídica formalmente democrática, y otra pretender transfigurar, en atención a la consideración de las personas que ostentan la condición de destinatários de las mismas, su eventual contenido discriminatorio en coincidente com los requerimientos que impone la regla igualitária.<sup>61</sup>*

Verifica-se a proibição de leis de natureza individual e concreta restritivas de direitos, liberdades e garantias<sup>62</sup>. Segundo ensina Canotilho:

*As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza*

---

<sup>61</sup> PINILLA, Ignacio. “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, in **El Principio de Igualdad**. Organização de Luis García San Miguel, p.205

<sup>62</sup> Entenda-se por leis restritivas de direitos aquelas que estabelecem restrições ao âmbito de proteção desses direitos. De acordo com Gilmar Ferreira MENDES, em sua obra, **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**, p.34, esta restrição pode ser classificada como : (1) simples reserva legal, quando a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei (ex. art. 5º, VI da CF); (2) reserva legal qualificada, quando a Constituição além de estabelecer que eventual restrição seja prevista em lei, estabelece as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados (ex. art. 5º, XII da CF).

*restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo material e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de acção e racionalidade de actuação.*

*A lei individual restritiva inconstitucional, por violação do art. 18º/3, será, por conseguinte: (1) toda lei que imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas; (2) imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis através da conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento da sua entrada em vigor.*

*O critério para a determinação da existência de uma lei individual restritiva não é a formulação ou o enunciado lingüístico da lei, mas o seu conteúdo e respectivos efeitos. Podem existir leis individuais camufladas que formalmente contêm uma normação geral e abstracta, mas materialmente, isto é, segundo o conteúdo e efeitos, se dirigem, na realidade, a um círculo determinado ou determinável de pessoas.<sup>63</sup>*

O grande problema não parece ser a aceitação de que a lei nem sempre pode ser universal, mas sim, quando ela deve ser singular. Ou seja, que grupos deve distinguir, quando e por quê.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>64</sup>, a notória afirmação de Aristóteles, de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, p.614.

<sup>64</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, p. 17

desigualmente os desiguais, não é suficiente para resolver a questão. Resta sempre a pergunta: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Ou seja, qual o critério que pode ser legitimamente estabelecido para responder a esta indagação? A lei pode e deve discriminar, a fim de promover justiça, mas, como saber se determinada discriminação estabelecida é justa ou não?

Em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o professor procura oferecer um caminho para a realização desta análise. Trata-se, simplificada, de um processo no qual se deve responder a três questões:

1. Qual o fator de discriminação?
2. Há correlação lógica entre o fator escolhido e a desigualdade perpetrada?
3. Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais?

Ou seja, a primeira resposta serve de ponto de partida para a averiguação da constitucionalidade ou não do dispositivo legal.

Segundo o professor Celso Antônio, *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório*.<sup>65</sup> Isto porque, o princípio da igualdade não visa impedir a desigualdade, mas impedir desigualdade injustificada.

No entanto, a lei não pode criar certas situações que coloquem de início a norma como inconstitucional. Por exemplo: a norma não pode ter um destinatário atual, ou seja, dirigir-se a um indivíduo especialmente, ainda que mascarada de generalidade. Isto não significa que a lei não possa vir a atingir um indivíduo em especial, mas este indivíduo deve ser indeterminado no momento da elaboração legislativa.

Outra observação importante é que o critério eleito para o discrimen tem que ser inerente às pessoas ou situações que regula. Tempo, por exemplo, por si só, não é um critério válido para discriminar pessoas ou situações. O que pode ser tomado como fator de desequiparação são os fatos ou situações que nele (tempo) transcorreram, e utilizá-lo como elemento demarcador.

---

<sup>65</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op.cit. p.10.

Se a primeira questão for respondida de modo satisfatório, ou seja, não se perceba, na norma, nenhum traço de desrespeito ao princípio da igualdade, passamos a segunda questão: Há relação entre o elemento escolhido para discriminar e a discriminação efetivada?

Exemplificando: um concurso público que só admita o ingresso de homens, vedando o acesso às mulheres. O que precisa ser respondido é se a função que será desempenhada pelos que passarem neste concurso justifica a exclusão de mulheres. Mulheres não são aptas a exercer aquela função específica?

A resposta a esta pergunta nunca será absoluta, isto porque, ao respondê-la, o intérprete estará, indubitavelmente, impregnado dos valores da época.

Basta verificar que, em 1980, o cargo de Delegado de Polícia, no Estado do Paraná, só podia ser exercido por homens, e isto não feria o princípio constitucional da igualdade, conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>66</sup> Da mesma forma, em 1962, só mulheres podiam inscrever-se em provas públicas para obter o certificado de parteiras. A Corte Suprema entendia que aos homens não era permitido o exercício de tal ofício.<sup>67</sup>

Parece claro, a resposta estará sempre condicionada pela moralidade e valores da sua época.

Caso a resposta para a segunda questão seja também afirmativa, passa-se para a última pergunta. Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais? Com os interesses protegidos pela Constituição?

Nem toda relação lógica de desigualdade atende aos preceitos constitucionais. Não se pode, por exemplo, dar privilégios à grandes empresas multinacionais com o fundamento de que elas empregam mais, se a nossa Constituição determina o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte (art. 170, IX).

---

<sup>66</sup> Recurso Extraordinário n. 93.122, julgado em 31/10/1980. Votação unânime.

<sup>67</sup> STF- Recurso em Mandado de Segurança n. 9.963, julgado em 28/11/1962. Votação por maioria.

Para realizar a tarefa de analisar e decidir sobre cada nova situação de *discrímen* que surge, o Tribunal Constitucional Italiano também estabeleceu método próprio.<sup>68</sup>

Primeiramente, busca responder qual a finalidade da norma questionada. Responder a esta questão é fundamental, e implicará na análise do fim objetivo (declarado pela norma) e do fim subjetivo (intenção do legislador) da lei.

Se há coincidência entre estes dois aspectos, tanto melhor. Caso contrário, o Tribunal terá que optar por um dos fins, o declarado ou o pretendido. Esta opção é de suma importância, pois decisiva para o resultado da ação.

Um exemplo é a sentença 121/63, tratando da constitucionalidade da lei que obrigava registro especial para o comércio de jóias de primeira mão. O fim objetivo da norma era de ordem fiscal, mas o fim subjetivo era o controle das coisas de valor, a fim de reprimir o comércio clandestino e atividades ilícitas. Portanto, a questão era de segurança pública. O Tribunal optou pela finalidade subjetiva, declarando a norma inconstitucional por entender não ser possível impingir a categoria dos comerciantes de jóias, disciplina particular e mais rigorosa sem que fosse justificada por razões especiais e singulares.

O segundo passo da análise é a verificação da conexão entre a finalidade da norma e o interesse constitucionalmente relevante. Quando não há esta conexão, ou seja, falta correspondência entre o fim perseguido pela norma e os interesses tutelados pela Constituição, a norma deve ser declarada inconstitucional.

O terceiro passo é o juízo de proporcionalidade da desigualdade perpetrada. Deve-se verificar em que medida a norma empregada é meio apropriado para alcançar a finalidade perseguida.

Este momento é bastante delicado, já que prevalece a tese de que há espaço discricionário do legislador para determinar esta medida. Ou seja, trata-

---

<sup>68</sup> AGRO, Lavagna e SCOCA, Vitucci, La Costituzione anotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, p.25 e seg. *apud*, RINCÓN, José Suay. op.cit, p.56 e seg.

se de política legislativa, e o Judiciário não deve interferir nesta seara. Na doutrina americana, isto é chamado de “*self restraint*”.

Por exemplo, na sentença 22/71, o Tribunal declarou que:

*... es cierto que la severidad de la pena impuesta para el autor de un delito de hurto es vivamente criticada por la doctrina, pero el problema es una cuestión de política legislativa sustraída al enjuiciamiento de esta Corte.*<sup>69</sup>

Este posicionamento se deve à crença do legislativo ter mais condições de estimar a oportunidade de uma medida; afinal, os parlamentares são eleitos pelo povo justamente para terem esta sensibilidade social.

Quanto ao alcance do princípio da igualdade, na sentença 25/66, a Corte italiana manifestou-se da seguinte maneira:

*La igualdad es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva; a través de él se impide que la ley pueda ser un medio que, directa o indirectamente, dé vida a una no justificada desigualdad de trato.*<sup>70</sup>

No mesmo sentido manifesta-se Cerri, quando afirma:

*El principio de igualdad no pretende sustituir las distintas ideologías que legítimamente coexisten en una democracia por una única racionalidad. Lo que exige es que exista una adecuada ponderación en la labor legislativa; de ese modo constituye un freno eficaz y oportuno a las desatenciones, a la falta de consideración de otras partes Del sistema normativo, siempre más frecuente en una época en que la demanda de*

---

<sup>69</sup> RINCÓN, José Suay, op. cit. p. 65.

<sup>70</sup> RINCÓN, José Suay, op. cit. p.48.

*disciplinas jurídicas es extremadamente grande y la legislación caótica, escasamente elaborada, a veces arbitraria; en una palabra, corrige las deformaciones producidas por la falta de adecuación de las legislaciones a las nuevas situaciones sociales.*<sup>71</sup>

A proibição de diferenciar em razão da raça é tido como limite absoluto à função legislativa, executiva e judicial, e indiretamente, a autonomia privada.

A Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais da União Européia, em seu artigo 14, ao tratar da proibição de discriminar, determina:

*O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.*

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem posição bastante dogmática no referente ao princípio da igualdade. Dos casos, por ele julgados, pode-se extrair as seguintes afirmações:<sup>72</sup>

1. O artigo 14 da Convenção proíbe não a desigualdade perpetrada pela lei, mas a discriminação injustificada.

2. Há discriminação quando a distinção carece de uma justificação objetiva e razoável, e isto se o fim perseguido pela norma não for legítimo, ou quando faltar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

3. As autoridades dos países demandados são as responsáveis pela justificação das leis impugnadas.

---

<sup>71</sup> CERRI, Nuove note sul principio di eguaglianza, Giurisprudenza Costituzionale,,1971, p. 79 *apud*. RINCÓN, José Suay, op. cit. p.49.

<sup>72</sup> RINCÓN, José Suay, op. cit. p.104 e seg.

Como já visto, a Constituição espanhola de 1978 reconhece o princípio da igualdade jurídica, em seu artigo 14, e da igualdade efetiva, nos artigos 1 e 9.2.

Ao analisar a natureza jurídica da cláusula do artigo 14, o Tribunal Constitucional espanhol procedeu a uma interpretação sistemática da Constituição e concluiu tratar-se de um direito subjetivo, o que permite o recurso de amparo. Mas o fato de ser um direito subjetivo não exclui sua característica de princípio. Como princípio, sua característica principal é vincular todos os poderes públicos.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes<sup>73</sup>, afirma que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, autorizam os titulares a exigir seu atendimento frente aos órgãos responsáveis. Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, estruturam o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Posição muito importante, assumida pelo Tribunal Constitucional espanhol, é a de que a igualdade prevista no artigo 14 da Constituição espanhola não cobre desigualdades produzidas por meros fatos, salvo se tiver relevância jurídica. E quando são relevantes juridicamente? Quando, no ordenamento jurídico, existir um princípio do qual derive a necessidade de uma igualdade de trato entre os desigualmente afetados.

Outra conclusão da análise das decisões do Tribunal espanhol é de que, para determinar se o princípio da igualdade foi violado, é necessário um juízo comparativo, seja entre duas ou mais situações de fato, seja entre duas ou mais normas. Quando a comparação se dá entre fatos, cabe a quem alega a inconstitucionalidade trazê-lo ao processo. Quando se dá entre normas, prevalece o "*jura novit curia*".

A respeito desta questão, escreve Ignacio Ara Pinilla:

---

<sup>73</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, p.32.

*La reflexión en torno al significado del principio constitucional de igualdad a de asumir como premisa general su carácter eminentemente plurívoco y relacional. Y es que si por una parte salta a la vista que la expresión igualdad puede referir toda una serie de significados diferentes que podrían multiplicarse en función de los diversos contextos dificultándose sensiblemente su enumeración, se hace, de otro lado , evidente que en cualquiera de las acepciones que admite remite a la idea de relación entre diversos entes, entre los entes dos que se le predica, precisamente, su igualdad. De poco sirve, en efecto, decir de un objeto, de un individuo, etc. que es igual: la propia referencia a su condición de igual carece por completo de sentido en su consideración autónoma, desconectada de cualquier outra entidad cón la que se la quiera parangonar.*

*La caracterización relacional del principio de igualdad resulta, en cualquier caso, insuficiente si no se acompaña de la indicación del aspecto de los entes puesto en relación en que vienen éstos considerados como iguales: no basta, en efecto, exponer que dos entidades son iguales, sino que hay que completar la indicación matizando en qué son iguales, en qué aspecto o en qué aspectos se predica la igualdad de tales entidades, lo que no excluye, desde luego, al menos en principio, que se pueda predicar de todos y cada uno de los aspectos de los mismos.<sup>74</sup>*

Também para Norberto Bobbio<sup>75</sup>, igualdade é valor fundado na consideração do homem como pessoa humana, distinto de todos os outros seres vivos. Trata-se de conceito que remete sempre a uma relação. Explica que, para o termo ter algum sentido, é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem? ; b) igualdade em quê? Não se pode ser igual ou diferente sem referencial. Um homem ou um conjunto de homens é igual a algo ou diferente de algo. Portanto, a igualdade não é em si positiva ou negativa,

---

<sup>74</sup> PINILLA, Ignacio Ara. "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad". in **El Principio de Igualdad**. Organización de Luis García San Miguel, p.202.

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.SP**: Ediouro, 2002, pg 12

mas consiste numa relação que só tem valor positivo, só é desejável, pelo fato de ser justa.

Como visto, esta equiparação de igualdade e justiça foi feita primeiramente por Aristóteles, que também atribuía à igualdade o sentido de legalidade. Por este raciocínio, para se alcançar a sociedade justa é preciso a aplicação da lei, mas é necessário também que esta lei estabeleça certa igualdade entre os homens. Ou seja, a lei precisa ser aplicada de forma igualitária, mas precisa também ser produzida de forma a gerar igualdade.

Aqui é preciso enfrentar a questão das diferentes redações do princípio da igualdade: “na lei” e “perante a lei”.

A doutrina americana faz distinção entre essas duas expressões. Entende a igualdade perante a lei como princípio dirigido ao aplicador da lei. A ele caberia aplicar a lei da mesma forma para todos, sem distinção. No entanto, esse princípio igualitário não atingiria o legislador, que poderia, ele sim, diferenciar pessoas e situações por meio das leis.

Já a igualdade na lei é aquela dirigida ao legislador, o qual não poderia criar distinções não autorizadas pela Constituição.

A Constituição Federal Brasileira, de 1988, traz no *caput* do artigo 5º a determinação de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

A opção pela expressão “perante a lei”, não tem aqui o sentido pretendido pela doutrina americana. Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira entendem a expressão “igualdade perante a lei” como sinônimo de “igualdade na lei”, ou seja, como um princípio dirigido ao aplicador da lei, mas, sobretudo, ao legislador.<sup>76</sup>

Mas para que o legislador e o aplicador do direito respeitem o princípio isonômico, é preciso compreendê-lo, e este é o grande desafio. Bobbio, da mesma forma que Celso Antônio, entende que a regra de justiça expressa por Aristóteles, que consiste no mandamento de tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual não soluciona o problema da aplicação do

---

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 210.

princípio da igualdade. É simplesmente um enunciado pressupondo que o problema anterior já foi resolvido, o de saber qual o tratamento justo para o indivíduo. Segundo Bobbio:

*Quem confunde o problema (ou melhor, os vários problemas) da justiça como igualdade com a regra da justiça não parece perceber que a primeira tarefa de quem pretenda fazer obra de justiça consiste em estabelecer como um determinado indivíduo deve ser tratado para ser tratado de modo justo. Somente depois que se estabeleceu o tratamento é que surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado aos que se encontram na mesma situação.<sup>77</sup>*

Ou seja, a regra de justiça preocupa-se apenas com a aplicação da justiça formal, à medida em que exige tratamento igual sem se preocupar com o conteúdo do que está sendo aplicado. Sob este raciocínio, pode-se aplicar justamente a norma injusta.

A afirmação de que “todos os homens são iguais” nunca quis dizer o que sua literalidade propõe. Nenhum dos documentos históricos de declaração de direitos, nem qualquer Constituição, jamais quis dizer que os homens são realmente iguais. Só afirmam que eles devem ser tratados de forma igualitária, no sentido de igualdade justa.

O reconhecimento de que as pessoas são diferentes é latente, basta comparar homens e mulheres, crianças e adultos. Há, no entanto, diferenças relevantes e outras que não são. Saber quais são as relevantes é fundamental para dizer se o tratamento diferenciado é justo ou não. Novamente cai-se na armadilha de ter que estabelecer critérios para esta verificação. Bobbio responde a isto afirmando que a relevância ou irrelevância das diferenças entre os homens é sempre estabelecida com base em opções de valor, portanto, historicamente condicionada.<sup>78</sup>

Neste mesmo sentido, posiciona-se Robert Alexy:

---

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, p.21

<sup>78</sup> BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 28.

*La máxima de igualdad no da respuesta a la cuestión de saber qué es una razón suficiente para la permisión o la obligatoriedad de una diferenciación. Para ello, se requieren otros puntos de vista, por cierto valorativos.*<sup>79</sup>

Hortênsia D.T. Gutiérrez Posse escreve que o respeito ao princípio de “não discriminação” é um aspecto fundamental para proteção dos direitos humanos, e esclarece:

La igualdad, lo mismo que la libertad, admite reglamentación por razones de bien común. La ley puede, entonces, contemplar situaciones distintas cuando ello no es arbitrario, ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas.

*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no sea considerados incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.*<sup>80</sup>

Ao tratar das inconstitucionalidades possíveis em relação às normas discriminatórias, José Afonso da Silva aponta duas situações. Na primeira, a lei outorga benefícios legítimos a um grupo de pessoas em detrimento do outro grupo, que também deveria ter direito a este benefício. Neste caso, a lei é inconstitucional por excluir do benefício pessoas que deveriam ter direito a ele, ou seja, está gerando desigualdade injusta. Qual a solução? Estender o benefício a todo aquele discriminado que o requerer judicialmente. Ou seja,

---

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 399

<sup>80</sup> POSSE, Hortênsia D.T. Gutiérrez. **Los Derechos Humanos y las Garantías**, p. 79

resolve-se por meio do controle da constitucionalidade pela via de exceção. Não seria justo declarar a inconstitucionalidade em tese, pois isto teria, como consequência, a eliminação de direitos legitimamente concedidos.

Às observações de que ao Poder Judiciário não comporta exercer função típica do legislativo e que, portanto, não poderia estender benefícios não atribuídos por lei, o professor alerta:

*Se uma lei concede vantagens a grupos discriminando pessoas na mesma situação, não se trata de conceder isonomia por decisão judicial, mas de corrigir a inconstitucionalidade da discriminação. E isso é função jurisdicional, uma vez que a função legislativa não o fez nos termos da Constituição.<sup>81</sup>*

A outra situação inconstitucional possível é a imposição de obrigação ou de qualquer tipo de ônus a um grupo de pessoas e não a outro, em igual situação. Neste caso a posição inverte-se. Deve o judiciário eliminar o ônus para todo aquele que o solicitar judicialmente, mas cabendo também a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a fim de extinguir a norma violadora de direitos.

De todo o exposto, pode-se extrair algumas afirmações acerca do princípio da igualdade, fundamentais para responder à questão proposta neste trabalho. Ou seja, responder se o tratamento desigual entre brasileiros e estrangeiros no cumprimento da pena está de acordo com o princípio da igualdade. São as seguintes:

1. O princípio da igualdade também se viola se situações desiguais recebem tratamento normativo igual.

2. Deverá ser considerada lei individual restritiva inconstitucional toda lei que imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser

---

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 222.

determináveis através da conformação intrínseca de lei. O importante não é o enunciado lingüístico da lei, mas os seus efeitos.

**3.** O princípio da igualdade não cobre desigualdades produzidas por meros fatos, salvo se tiver relevância jurídica. São relevantes juridicamente quando existir, no ordenamento jurídico, princípio do qual derive a necessidade de igualdade de trato entre os desigualmente afetados.

**4.** A questão da igualdade é sempre relacional. Só se pode ser igual ou diferente de alguma coisa ou de alguém. No entanto, não basta estabelecer qual o referencial. É preciso dizer em que aspecto reside a igualdade ou a diferença.

**5.** O reconhecimento de que as pessoas são diferentes é latente. Para saber se o tratamento diferenciado é constitucional ou não, precisa-se analisar se a diferença apontada como justificativa para o tratamento desigual é relevante ou não.

## CAPÍTULO 6

### O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao tratar da igualdade e da liberdade, forçosamente tem-se que fazer referência à dignidade da pessoa humana, prevista, na Constituição, no artigo 1º, III, como fundamento do Estado brasileiro.<sup>82</sup>

Se aceita a ficção jurídica de que a cada nova Constituição surge novo Estado, é natural o texto constitucional iniciar-se com as informações estruturais sobre o Estado que nasce.

A Constituição de 1988, instrumento jurídico-político de criação do Estado brasileiro, no seu artigo 1º, traça um retrato do Brasil com as seguintes características:

- A forma de governo é a República
- A forma de Estado é a Federação
- O Brasil é um Estado Democrático de Direito
- Os fundamentos deste Estado são: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político.
- A democracia é exercida direta e indiretamente.

Portanto, a dignidade da pessoa humana, não só está prevista no texto constitucional, como constitui fundamento do Estado. Mas o que vem a ser dignidade da pessoa humana?

A raiz etimológica da palavra dignidade provem do latim *dignus*, que significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Também há referência à dignidade no artigo 226 §7º a CF, que, ao tratar do planejamento familiar estipula: “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal...*”

<sup>83</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais**, p.77.

Historicamente, a garantia da dignidade da pessoa humana encontra-se estreitamente ligada ao cristianismo, pois tem como fundamento a idéia de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus<sup>84</sup>. O que distingue o ser humano dos demais seres é justamente esta singularidade, inerente ao homem, chamada “dignidade”.

Apesar do princípio ter, originalmente, um valor moral, sua inserção nos textos constitucionais obriga a aceitação da dignidade como valor jurídico, como norma jurídico-positiva.

Falar em dignidade da pessoa humana hoje, supõe o reconhecimento de *status* especial do ser humano, diferenciado dos demais seres em razão de sua racionalidade, determinante, por sua vez, de sua sociabilidade, liberdade, responsabilidade e dimensão transcendente.<sup>85</sup> Justamente por sua condição de ser racional, a pessoa precisa viver em ambiente propício ao seu desenvolvimento, tanto individual como socialmente.

Na concepção liberal, das primeiras declarações de direitos, a questão da dignidade humana não era assunto que dizia respeito ao Estado, pois acreditava-se que quanto menos ingerência estatal na vida dos indivíduos, maior a esfera de liberdade e dignidade.<sup>86</sup>

A dignidade da pessoa humana passou a ser objeto de preocupação nas declarações de direitos humanos internacionais e nos textos constitucionais após a segunda guerra mundial. Foi, portanto, uma situação limite - o genocídio praticado contra os judeus e algumas outras minorias -, a causa ensejadora da positivação da dignidade da pessoa humana.

A Lei Fundamental alemã de 1949 teve, como preocupação central, a proteção da dignidade das pessoas, tanto é que o artigo 1º estabelece: *A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger.*

---

<sup>84</sup> BENDA, Ernesto. “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad” , in **Manual de Derecho Constitucional**, p. 118

<sup>85</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español**, p. 17

<sup>86</sup> BENDA, Ernesto. op. cit. p. 118

O reconhecimento da pessoa, com dignidade a ser respeitada, aparece no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais de 1950; na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1977; e outros. Surge também nas constituições italiana, de 1947; portuguesa, de 1976; espanhola, de 1978; russa, de 1993 e outras.

Enfim, a dignidade da pessoa humana passou a ser citada em vários documentos internacionais e constituições, sempre com caráter universalizante.<sup>87</sup> A Constituição do Peru (1979) é exemplo deste caráter universal, ao trazer em seu preâmbulo o seguinte texto : *Na fé na prioridade a pessoa humana e em que todos os seres humanos possuem a mesma dignidade e direitos de validade universal que existiam antes do Estado e lhe são sobrepostos.*

Ernesto Benda chama atenção para o fato de que, em um Estado de Direito, dificilmente se encontrarão fenômenos evidentes de vulneração da dignidade da pessoa humana, o que não significa que as autoridades não possam, sutilmente, atuar à margem dos fins constitucionais do Estado. Entre os grupos mais ameaçados por esta atuação inconstitucional, encontram-se as pessoas pertencentes às minorias étnicas ou religiosas, doentes mentais e delinqüentes.<sup>88</sup>

Segundo alguns autores, a positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição faz com que assuma o posto de princípio maior daquele Estado. Conseqüentemente, todos os outros direitos fundamentais existem para dar-lhe sustentação. São valores jurídicos fundamentais porque necessários à satisfação da dignidade da pessoa humana.

Segundo Miguel Angel Alegre Martinez:

*En efecto, y de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necessita vivir en un entorno que permita y favorezca*

---

<sup>87</sup> HÄBERLE, Peter. “A Humanidade como valor básico do Estado Constitucional”, in **Direito e Legitimidade**. Organizado por Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, p. 55

<sup>88</sup> BENDA, Ernesto. op. cit., p. 124

*el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de libertad e igualdad. Y por eso ambas se erigen en valores jurídicos fundamentales.*<sup>89</sup>

Uma outra forma de colocar a relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana é apresentada por Juan Andrés Muñoz Arnau:

*La dignidad de la persona es una de las medidas de los derechos fundamentales; es decir, uno de los criterios para su delimitación. Se erige en límite infranqueable de cualquier acción limitadora del Estado y a la vez debería ser la referencia para ese fenómeno que el Tribunal Constitucional ha denominado “fuerza expansiva” de los derechos fundamentales. Quiero decir que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales no es un fenómeno cuyo límite pueda encontrarse en barreras externas, extrañas a la propia racionalidad del derecho que no puede encontrarse en otro lugar que en la dimensión del hombre como persona.*<sup>90</sup>

Comentando a posição dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade<sup>91</sup> afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso logo no artigo 1º da Constituição, confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais. Os preceitos, isoladamente, como protetores de bens jurídicos avulsos, não se justificam, ganhando força enquanto “*ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos*”. O princípio da dignidade deve ser interpretado como

---

<sup>89</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op.cit. p. 19

<sup>90</sup> ARNAU, Juan Andrés Muñoz. **Los Límites do los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español**, p.49

<sup>91</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 97 e seg.

referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre). Isto porque a concepção antropológica consagrada dos direitos fundamentais é a do humanismo ocidental.

Ainda segundo Carlos Vieira de Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos consagrados na Constituição, o que muda é o grau de vinculação do direito ao princípio. Os direitos à vida, a liberdade física e de consciência, por exemplo, são explicitações de 1º grau da idéia de dignidade, atributos essenciais da dignidade dos homens. Já o direito de manifestação, direito a férias remuneradas, direito à saúde e educação, são exemplos de direitos decorrentes do primeiro conjunto e, por isso, são considerados de 2º grau em relação à dignidade da pessoa humana.

Com relação a possibilidade de discriminação entre nacionais e estrangeiros, o Tribunal Constitucional espanhol distingue três categorias de direitos fundamentais: os absolutos, os condicionais e os mínimos. Os absolutos são os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana e, como tal, não podem ser objeto de discriminação. Os condicionais são privativos dos espanhóis, pois dependentes da condição de cidadão. Os mínimos são os que permitem discriminação, desde que estabelecida por lei.<sup>92</sup> Mas mesmo no caso dos direitos mínimos, a regulamentação infraconstitucional não pode discriminar a ponto de fazer desaparecer o direito.<sup>93</sup>

A dignidade é um atributo da pessoa. Ela nasce com dignidade, é parte essencial da pessoa e, portanto, pré-existe ao Direito. Nasce com a positivação da dignidade, uma obrigação genérica de respeito à liberdade, à igualdade e aos demais direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana. O Tribunal Constitucional Federal alemão declarou que o princípio da dignidade da pessoa humana detém valor supra-constitucional, impondo-se, portanto, ao próprio poder constituinte.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> LUCAS, Javier de. “¿Derechos sin fronteras?” In **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**, p. 176-177.

<sup>93</sup> TREMPES, Pablo Pérez. “Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales”, in **Derecho Constitucional. Volumen I – El ordenamiento Constitucional. Derechos e deberes de los ciudadanos**, p. 162-163

<sup>94</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**, p. 17 , citando a decisão BVerfGE 80.367.373.

Se estiver correta a afirmação de que toda pessoa tem dignidade, a qual é característica do gênero humano, logo, também, estará correta a afirmação de que a dignidade humana não permite nem tolera discriminações.

Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas afirma:

*La dignidad de la persona humana no conoce de tendencias jurídicas, ideologías o políticas económicas...El hombre, por el sólo hecho de ser creado, posee el valor más reconocible y en mayor medida susceptible de protección de cuantos nunca han existido ni existirán: La Dignidad Humana.*

*Es a partir de la admisión de dicho valor de la persona humana como premisa básica da trabajo, cuando se debe empezar a hablar de Derechos Humanos. Por lo tanto, la raíz, la simiente, o se prefiere (utilizando términos filosóficos) el núcleo, la esencia, o bien empleando términos más jurídicos, la base o fundamento jurídico último de todo derecho fundamental se encuentra en la dignidad de la persona humana.<sup>95</sup>*

Se direitos fundamentais como liberdade e igualdade decorrem da dignidade da pessoa humana e a dignidade é condição indissociável do ser humano, logo, os direitos fundamentais são garantidos a todos, indistintamente.

Referindo-se ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela Constituição alemã, I. Von Münch afirma que: “ *al menos en la medida en que con ella los derechos fundamentales que la Ley Fundamental reconoce solo a los alemanes se transforman en derechos fundamentales vigentes en igual medida también para extranjeros.*”<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ-ARMS, Magdalena Lorenzo. **Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales – enunciados en el art. 53.1 de l Constitución española**, p.237.

<sup>96</sup> MÜNCH, I.von. “La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional” , In : Revista Española de Derecho constitucional, n. 5, 1982, pgs. 3-99 *apud* MARTINEZ, Miguel Angel Alegre, op. cit. p. 43, rodapé.

Ou seja, nas constituições em que se reconhece a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais inerentes ao ser humano alcançam nacionais e estrangeiros.

Todos os seres humanos têm dignidade e têm direito de preservá-la. Mesmo se alguém agir de maneira “indigna”, não renuncia a sua dignidade, porque não pode fazê-lo, nem que queira. Por estar atrelada à condição humana, é irrenunciável, integra a personalidade. Sempre haverá de ser mantido seu núcleo essencial, acompanhado dos direitos invioláveis do homem.<sup>97</sup>

O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença 120/1990, a este respeito manifestou o seguinte entendimento:

*“...en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre – también, qué Duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad (...) – constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.”<sup>98</sup>*

Pode-se questionar quais são os direitos invioláveis, inerentes ao homem, que decorrem da dignidade da pessoa humana. Esta é uma discussão importante, até para delimitar a abrangência da proteção da dignidade. No entanto, para tratar da questão proposta neste trabalho – direito à progressão do regime prisional para preso estrangeiro – é dispensável.

Torna-se dispensável, a discussão, à medida em que a problemática proposta envolve dois direitos fundamentais: liberdade e igualdade. A respeito

---

<sup>97</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op.cit. p. 28

<sup>98</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op. cit, p. 47

destes dois direitos não resta dúvida. Não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem respeito à liberdade e à igualdade.

A dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecida no texto constitucional, sujeita o Estado a uma ordem de valores. Ordem de valores que positiva determinado sistema axiológico, o qual fundamenta todo o ordenamento jurídico. Não se trata de meros princípios retóricos, mas do fio condutor, responsável pela coerência do sistema jurídico.

Não é, simplesmente, declaração ideológica feita no texto constitucional. É norma jurídica, a vincular as ações do poder público, regendo sua relação com os particulares e destes entre si.

Dentro desta perspectiva, são três as funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana: fundamento do ordenamento jurídico; orientador da interpretação constitucional; e promotor da integração do ordenamento.<sup>99</sup>

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado, estabelece um dever genérico de respeito aos direitos fundamentais por parte do poder público e também dos particulares.

O artigo 60, § 4º, IV, estabelece como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. A inclusão ou não do princípio da dignidade da pessoa humana, neste dispositivo, depende da interpretação constitucional que se faz da imutabilidade.

Pode-se entender que dignidade da pessoa humana integra os direitos individuais, então está explicitamente protegida pela cláusula da imutabilidade. Numa interpretação mais restritiva, direitos e garantias individuais seriam apenas os previstos no artigo 5º, e, neste caso, não haveria proteção explícita à dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar de outras questões relacionadas ao tema, como o princípio da anterioridade tributária, já se posicionou no sentido de que a proteção do artigo 60, 4º, IV, não se restringe ao artigo 5º.

---

<sup>99</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op.cit. p. 65

Mas, ainda que se admita a possibilidade da dignidade da pessoa humana não estar inserida na previsão de direitos e garantias do artigo 60, §4º, inciso IV, há uma proteção implícita. Afinal, os direitos e garantias individuais decorrem da dignidade da pessoa humana, e uma vez que estão protegidos, a dignidade também está. Há, de qualquer forma, limitação material implícita de modificação do princípio.

Segundo Miguel Ángel Alegre Martinez:

*“La dignidad es, en primer lugar, la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos es imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme su dignidad. La dignidad de la persona exige lo reconocimiento y respeto de esos derechos o, dicho de otro modo, la dignidad se articula en derechos que son expresión de las exigências derivadas de la naturaleza humana, de su racionalidad, de su vida moral y espiritual.”<sup>100</sup>*

Ainda segundo o autor, a dignidade da pessoa, além de configurar a razão de ser dos direitos invioláveis, funciona também como fim e limite. Funciona como fim tanto do reconhecimento de direitos como da previsão de garantias para protegê-los. Atua como limite quando impõe que os direitos de cada indivíduo sejam limitados pelo direito à dignidade alheia. E conclui:

*“Si ello es así, si la dignidad es un limite, el respeto a esa dignidad (ajena y propia) y a los derechos inviolables que son inherentes a la persona en razón de ella, es un deber genérico derivado de la propia dignidad.”<sup>101</sup>*

---

<sup>100</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op.cit., p. 74

<sup>101</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. Op.cit., p. 75

Quando se coloca a questão desta maneira – dignidade como razão, fim e limite dos direitos -, forçosamente há de se concluir que a dignidade está situada em um plano superior àquele dos direitos.

Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes, houve, após a segunda guerra mundial, mudança de paradigma, que erigiu a dignidade da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. Em resposta aos que entendem ser a isonomia a principal garantia constitucional, o autor responde ser, o princípio isonômico, essencial para busca do equilíbrio real, mas o objetivo final é sempre a concretização do direito à dignidade.<sup>102</sup>

Para Luiz Alberto David Araujo, a dignidade da pessoa humana deve servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais.<sup>103</sup>

A questão da dignidade da pessoa humana tem especial relevo quando se trata da dignidade dos presos. Segundo Humberto Quiroga Lavié:

*Es que la dignidad Del hombre, y su respeto por parte Del poder público, tiene una especial calidad ética cuando se trata de hacerla respetar respecto de aquellos que han delinquido: es en esas circunstancias cuando la respuesta social no puede ser la venganza, ni el oprobio a la condición humana, sino la sanción (la privación de un bien jurídico como la libertad o el patrimonio) para seguridad de los detenidos y no como castigo, como lo predica el preclaro texto de nuestra Constitución histórica.*

.....

*La dignidad humana conlleva diversas facetas desde el punto de vista jurídico. Una de ellas es el derecho al olvido – que, sin embargo, no lo podemos reputar absoluto – para permitirle al hombre redimirse de su pasado: para poder iniciar una nueva vida, en plenitud axiológica, y no pegada a la negatividad de un tiempo que ya a quedado atrás. El derecho al olvido es una variable del derecho a la vida: a la vida futura –*

---

<sup>102</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, p. 45 e seg.

<sup>103</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**, p.104

*no solo a la vida vivida – y merece tanta protección como el derecho a la vida desde la concepción. Es un dato existencial insoslayable, la vida no es solo vida pasada: es fundamentalmente, vida por vivir. Si no hubiera derecho al olvido estaríamos matando en vida a los seres humanos.*<sup>104</sup>

Alguns aspectos do exposto sobre a dignidade da pessoa humana são extremamente relevantes para a discussão do direito do estrangeiro progredir no regime prisional. Pode-se elencar os seguintes pontos:

1. A dignidade da pessoa humana, tal como está prevista no texto constitucional, constitui fundamento do Estado.

2. A positivação da dignidade da pessoa humana, na Constituição, transforma-a em princípio maior e faz com que todos os outros direitos fundamentais existam para lhe dar sustentação.

3. Assumindo que a dignidade é característica do gênero humano, não pode tolerar discriminações.

4. Por estar atrelada à condição humana, é irrenunciável, integra a personalidade.

5. Não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem respeito à liberdade e à igualdade.

6. Uma vez reconhecida no texto constitucional, o princípio da dignidade sujeita o Estado a uma ordem de valores, que positiva determinado sistema axiológico e fundamenta todo o ordenamento jurídico.

7. A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do ordenamento jurídico; como orientador da interpretação constitucional; e como promotor da integração do ordenamento.

---

<sup>104</sup> LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia**, p. 47- 48.

## CAPÍTULO 7

### INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Este trabalho propõe, em última instância, a realização de uma interpretação constitucional, qual seja, analisar se o preso estrangeiro, ainda que com decreto de expulsão, faz *jus* a progressão de regime prisional. Para tanto, é preciso primeiramente entender o que é a interpretação para, então, realizar a tarefa.

Interpretar a norma é atividade que consiste na extração do significado de um texto normativo ou na atribuição de significado à um texto normativo. A opção pelo verbo “extrair” ou “atribuir”, indica a forma como se entende a atividade interpretativa.

No primeiro caso, trata-se de atividade de mera revelação de sentido pré-existente, sentido que existe no próprio texto da norma. Aristóteles, em sua obra *Organon*, afirma que interpretar é buscar o significado verdadeiro das palavras, que se articulam em proposições.<sup>105</sup>

Esta posição é criticada por Konrad Hesse<sup>106</sup>, o qual afirma a impossibilidade de descobrir uma prévia vontade objetiva da Constituição ou do constituinte. Esta busca é por algo que não existe e, portanto, insistir nesta tese equivale a equivocar-se, desde o início, a respeito da problemática da interpretação constitucional.

No segundo caso, trata-se de atividade criadora, à medida que deve se construir a interpretação. Respeitadas as interpretações possíveis, trata-se de juízo decisório. Esta é a visão de interpretação de Canotilho<sup>107</sup>. Algo também próximo do que Hesse entende como processo de “concretização das normas constitucionais”.

---

<sup>105</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. “Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais”, in **Direito e Legitimidade**, p. 196

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, p 40

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p.208

Em ambos os casos, o objetivo é a solução de determinado caso concreto; a necessidade de interpretar surge quando enfrenta-se o caso concreto. O texto normativo, genérico e abstrato, cumpre sua função regulamentadora e revoga os dispositivos contrários. Mas no momento da aplicação concreta, imperativa é a atividade de interpretação.

De qualquer forma, a atividade interpretativa pressupõe não haver identidade absoluta entre a letra da lei e a norma, por isso não se pode assimilar a norma pela simples leitura isolada do texto legal. Nesse sentido é a posição de Francesco Ferrara:

*A lei, porém, não se identifica com a letra da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento, mas podem ser defeituosas. Só nos sistemas jurídicos primitivos a letra da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e procura-se a intenção legislativa.*<sup>108</sup>

Não se pretende aqui ter uma visão ingênua da interpretação, no sentido de ser atividade totalmente neutra. Primeiro, porque nenhuma interpretação é totalmente neutra a medida em que o intérprete carrega consigo uma gama de valores a ser utilizada, - mesmo inconscientemente -, no momento da interpretação.

Ronald Dworkin<sup>109</sup>, ao apresentar sua “interpretação construtivista”, afirma que as divergências de interpretação baseiam-se na visão que se tem a respeito da finalidade do direito. Coloca a questão da seguinte maneira:

Sobre o que estão realmente discordando os juízes que divergem acerca do Direito, ainda que concordem sobre os fatos? Eles estão discordando acerca de qual seria a interpretação correta da estória até aquele ponto, e discordam sobre isso porque a interpretação é teleológica, finalística, uma vez

---

<sup>108</sup> FERRARA, Francesco..**Interpretação e Aplicação das Leis**, p.128

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. “Direito, Filosofia e Interpretação”, palestra reproduzida no Cadernos da Escola do Legislativo.

que discordam sobre qual a melhor atribuição do objetivo ou da finalidade do empreendimento geral do Direito.

Explica, como visão possível, a do direito como forma de prover certeza e regulação, a fim de que a vida coletiva possa ser mais eficiente na medida em que as pessoas conheçam as regras, mesmo discordando delas. Trata-se de abordagem positivista. Outra forma de focar a finalidade do direito é reconhecer que ele serve ao propósito de estabelecer regras de conduta claras para as pessoas e, portanto, a previsibilidade é desejável, mas não é essencial. Essencial é que o direito faça mais pela comunidade, regendo-a por princípios e não por regras, as quais podem ser incoerentes com os princípios. É a primazia do princípio em detrimento da certeza e da previsibilidade. A visão que se tem do Direito interfere definitivamente no processo de interpretação e, conseqüentemente, nas decisões dos juizes.

No mesmo sentido, mas colocado de outra forma, posiciona-se Miguel Limón Rojas<sup>110</sup>, para quem é possível distinguir duas tendências na operação interpretativa: a Constituição compreendida como forma de organização da autoridade dentro de determinada sociedade; e vista como um instrumento garantidor da liberdade do indivíduo.

Em segundo lugar, a atividade de interpretação não é neutra porque sempre tem conseqüências no mundo jurídico e no mundo real, à medida em que diz respeito à solução de um caso concreto. Sabendo disso, o intérprete avalia os efeitos de sua decisão e isto, possivelmente, o influencia. Nesse sentido, explicita Celso Bastos:

*Não desconsideramos também que, muitas vezes, o intérprete visualiza as conseqüências que a interpretação trará ao mundo fático, realizando assim projeções possíveis para verificar se o resultado seria satisfatório.*<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> ROJAS, Miguel Limón. **La Interpretacion Constitucional**, p. 76

<sup>111</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p. 135

Assume-se aqui a posição de que todo texto legal deve ser interpretado. Segundo Ferrara, não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação<sup>112</sup>. Esta pode realmente ser muito maior em alguns casos do que em outros, nos quais a disposição é mais clara.

Não há, como pretendem alguns, a possibilidade de dispensa de interpretação. A expressão *in claris cessat interpretatio*, não revela a verdade sobre a atividade interpretativa. Isto porque a simples decisão sobre a aplicação de determinada norma ao caso concreto, pressupõe interpretação. Nesse sentido, a posição de Paulo Bonavides, ao afirmar: “não há norma jurídica que dispense interpretação”.<sup>113</sup>

Peter Häberle enfatiza não existir norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.<sup>114</sup> A interpretação é ainda mais necessária quando se trata de normas relativas a direitos fundamentais, pois dela depende a efetividade dos direitos. Segundo Häberle:

*Todas las propuestas de interpretación de los derechos fundamentales de las distintas teorías doctrinales en concurrencia se orientan a un robustecimiento esencial de la efectividad de los derechos fundamentales – en cualquier caso, bajo la Ley Fundamental. La por demás citada y jurídico-positivamente ordenada vinculación directa de los poderes públicos de los derechos fundamentales – pero no menos la vinculación indirecta de particulares (Drittwirkung) y la efectividad fiscal de lo derechos fundamentales se vaciarían de contenido si no concurriera una interpretación de los mismos. Fuerza vinculante presupone interpretación. ¡Incluso las normas de vinculación o efectividad precisan ser interpretadas!*<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> FERRARA, Francesco. op.cit. p. 129

<sup>113</sup> BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, p. 268.

<sup>114</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**.

<sup>115</sup> HÄBERLE, Peter. Fuerza normativa y efectividad de los derechos fundamentales, in **La Garantía Consitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia**, p. 277.

Todo texto legal deve ser interpretado, em especial os dispositivos do texto constitucional, os quais, por sua natureza de fundamento do ordenamento jurídico, têm caráter aberto e geral. O fato das normas constitucionais terem natureza diversa das demais normas exige a utilização de regras de interpretação também diferenciadas

Segundo Celso Bastos<sup>116</sup>, os fatores determinantes desta interpretação especial são:

1. As normas constitucionais, que dão fundamento a todo o ordenamento jurídico. Vale dizer, as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com as normas constitucionais. A compatibilidade ou incompatibilidade da norma infraconstitucional depende da interpretação que se faz da norma constitucional.

2. O caráter aberto das normas. Como norma fundante do ordenamento jurídico, não cabe à Constituição descer a minúcias, mas estabelecer as bases nas quais a legislação infraconstitucional deve se firmar. Com isso, grande parte das normas constitucionais são, na verdade, princípios.

3. A linguagem Constitucional. O caráter genérico e sintético da linguagem constitucional pode trazer a errônea idéia de lacuna constitucional. Quando o constituinte não trata de determinada matéria, deixa-a a cargo do legislador infraconstitucional. No caso da legislação infraconstitucional não regular dada matéria, deve-se proceder a uma integração analógica. Outra questão importante é a imprecisão dos termos utilizados.

4. Opções políticas feitas pela Constituição. As normas constitucionais, apesar de jurídicas, regulam relações políticas. Em razão da norma constitucional ser aberta e de linguagem imprecisa, é possível, por meio das interpretações, promover uma mutação informal da Constituição, para adequá-la aos novos parâmetros sociais.

A Constituição é interpretada por todos: estudiosos do direito, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder judiciário. Mas, indiscutivelmente, o papel

---

<sup>116</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p. 52 e seg.

preponderante é o do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Interpretação constitucional não significa apenas interpretação do texto constitucional. Haverá sempre interpretação constitucional quando houver envolvimento de norma Constitucional no processo de interpretação. Nesse sentido manifesta-se Rodolfo Luis Vigo:

*Creemos por nuestra parte, que la interpretación constitucional tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con elle fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución. Sirviéndonos del cuadro conceptual anterior, optamos por hablar “de” la interpretación de la Constitución y de la interpretación “desde” la Constitución, respectivamente.<sup>117</sup>*

A interpretação constitucional tem por finalidade principal garantir a supremacia da Constituição e a eficácia das normas constitucionais. Como se sabe, nem toda norma constitucional tem eficácia plena e aplicação imediata, sendo, grande parte das normas, de eficácia limitada. No entanto, a norma de eficácia limitada tem eficácia jurídica, ou seja, garante a vinculação de todos os poderes públicos ao mandamento constitucional.

Não incidindo diretamente no caso concreto, a norma constitucional vai sempre determinar o conteúdo e limite das normas infraconstitucionais com esta função, mesmo tratando-se de norma constitucional de princípio programático.

Outra função relevante da interpretação é a atualização dos conceitos vagos existentes na Constituição. Conceitos, na sua maioria, preenchidos com os valores existentes em determinada época e sociedade. Portanto, a interpretação consegue atualizar o sentido do texto, sem necessidade de reforma formal. É a chamada mutação constitucional, dada pelo exercício interpretativo.

---

<sup>117</sup> VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación Constitucional**, p. 83.

Isto implica no fato de que a interpretação sobre determinada questão pode e deve mudar, se a evolução social assim o requer. Nesse sentido, explica Ferrara:

*Não se pode afirmar a priori como absolutamente certa uma dada interpretação, embora consiga num dado momento o aplauso mais ou menos incontestado da doutrina e da magistratura. A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda obra científica, a interpretação progride, afina-se.*<sup>118</sup>

Apesar da palavra hermenêutica muitas vezes ser usada como sinônimo de interpretação, são coisas distintas.

Enquanto a atividade interpretativa visa a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, a hermenêutica visa instrumentalizar a atividade interpretativa. Ou seja, a hermenêutica estuda os métodos e regras de interpretação.

Uma vez que a Constituição é documento jurídico a distinguir-se dos demais, por razões já apontadas, foi preciso desenvolver regras interpretativas próprias. Em primeiro lugar, há alguns postulados, ou princípios de interpretação, que devem ser considerados para validar a interpretação constitucional. Funcionam como condições de interpretação. Celso Bastos explica:

*Os postulados, já se frisou, são pressupostos para uma válida interpretação. Os instrumentos hermenêuticos é que são propriamente recursos da interpretação. E isso se afirma já que, no tocante aos princípios, dir-se-ia mais corretamente serem verdadeiras limitações à atividade interpretativa, na medida em que não se pode interpretar em sentido que lhes seja contraditório, que olvide sua existência ou que não os positive. O sustentáculo natural da interpretação constitucional decorre da referência impositiva que o intérprete deve aos princípios.*<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> FERRARA, Francesco. op. cit. p. 131

<sup>119</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p. 99

São postulados da interpretação constitucional:

1. Supremacia da Constituição. Este postulado exige que toda interpretação seja feita “de cima para baixo”. Significa dizer, a norma constitucional nunca pode ser interpretada com base na norma infraconstitucional. É sempre a norma constitucional a determinante do alcance da infraconstitucional.

2. Unidade da Constituição. Deste postulado decorre a importância da interpretação sistemática. As normas constitucionais não existem de forma isolada. Integram um sistema e devem ser analisadas no conjunto. Esta consciência faz com que o intérprete busque harmonização das normas constitucionais ou a concordância prática.<sup>120</sup>

3. Máxima eficiência. Nenhuma norma constitucional pode ser considerada sem efeito. Ou seja, no processo de interpretação e concretização das normas, é preciso harmonizar as disposições aparentemente antagônicas, para que nenhuma delas perca a eficácia. Em cada caso concreto, determinada norma prevalecerá sobre a outra. Isto não significa que a outra seja ineficaz. É justamente a aplicação da norma ao caso concreto – interpretação – que irá levar a preponderância de uma ou outra norma, dependendo sempre do caso específico.

Hesse e Canotilho fazem referência ao princípio da força normativa da Constituição. Por este princípio, deve-se sempre dar preferência às soluções de interpretação que possibilitem a atualização normativa, garantindo, com isso, sua eficácia e permanência.<sup>121</sup>

Tendo sempre presente os postulados da interpretação constitucional, parte-se para atividade interpretativa em si, regida por determinados instrumentos. Entre estes instrumentos, destacam-se os seguintes:

1. O sentido coloquial da palavra. Sempre que possível, a interpretação do termo da norma constitucional deve ser feito pelo sentido mais comum. A

---

<sup>120</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op.cit,p. 234

<sup>121</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op.cit. p. 235; HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p.50

importância deste enunciado está no fato da Constituição ser documento jurídico-político, dirigido a todos os cidadãos, e não exclusivamente aos juristas. Pela mesma razão, deve-se interpretar segundo as regras sintáticas da linguagem comum.

2. O mesmo significado deve ser atribuído ao termo presente em mais de uma norma. Termo idêntico só pode ser interpretado de diferentes maneiras se houver justificativa para tanto.

3. Não se atribui o mesmo significado a termos distintos. Da mesma forma que o enunciado anterior, para que se possa proceder desta maneira, é preciso justificção.

4. Deve-se buscar o sentido da norma. Interpretação teleológica. A interpretação gramatical pura é muito pobre para a interpretação em geral, e, especialmente, para a constitucional.

5. Deve-se buscar a intenção do legislador no momento da elaboração normativa. Interpretação subjetiva. Pela mesma linha de raciocínio, há os que defendem a busca pelo sentido da norma no momento de sua criação. Estas duas formas de interpretação não permitem uma atualização informal dos textos constitucionais e, por essa razão, estão praticamente superadas.

6. Deve-se buscar a “vontade da lei”, pressupondo-se que se possa “extrair” e não “atribuir” o significado do e ao texto normativo.

Estes métodos de interpretação não se excluem, ao contrário, se somam. Para a interpretação constitucional válida, é preciso integração destes métodos, mas é natural que a justificativa da interpretação acabe recaindo sobre um dos métodos, escolhido como principal, o que não significa a não utilização de todos na atividade interpretativa.

Segundo manifestação do Tribunal Constitucional Federal alemão, a interpretação constitucional se dá a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica).<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> HESSE, Konrad . *Escritos de Derecho Constitucional*, p.39

Konrad Hesse rebate esta colocação, alegando que estas regras tradicionais de interpretação servem apenas de apoio para a justificativa das decisões do Tribunal. De fato, o Tribunal vale-se, hoje, de interpretação vinculada ao objeto e ao problema.

*Por tanto, las “reglas tradicionales de interpretación” que el Tribunal Constitucional Federal expresamente reconoce, solo ofrecen una explicación parcial acerca del modo e manera como el Tribunal contruye sus sentencias. Si en lugar de aquéllas lo que aparece es una multitud de consideraciones variadas, de modo que solo de forma imperfecta resulta posible reconocer principios seguros relativos a la utilización de estas consideraciones, la razón no estriba en una falta de corrección jurídica – por más que algunas sentencias del Tribunal Constitucional Federal puedan ser merecedoras de crítica – sino en el reiterado fracaso de dichas reglas. Restringirse as las “reglas tradicionales de interpretación” supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional; supone en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que solo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si, frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad.<sup>123</sup>*

De qualquer forma, independentemente do instrumental escolhido para interpretação, está só será realmente correta se tiver, como fundamento, os princípios constitucionais. Em toda e qualquer interpretação, os princípios são a linha mestra condutora do raciocínio. Segundo Rizzatto Nunes:

*“o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do*

---

<sup>123</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, p. 43

*sistema ético-jurídico em que se encontra para imediatamente e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.*<sup>124</sup>

Michel Temer lembra, a interpretação de uma norma levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios valorizados pelo constituinte.<sup>125</sup>

Os princípios permeiam todo o texto constitucional, alguns de forma explícita, outros não. São, eles, os vetores da interpretação constitucional, ao mesmo tempo em que são, também, objetos de interpretação. Mas, diferentemente das demais normas constitucionais, os princípios se interpretam com base em si próprios.

Cabe aqui uma distinção entre princípios e regras. Segundo Gomes Canotilho, regras e princípios são igualmente espécies de normas<sup>126</sup>. O que os diferencia é o seguinte:

- grau de abstração: muito maior nos princípios que nas regras.
- grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: as regras aplicam-se diretamente, enquanto os princípios precisam ser concretizados
- caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: posição diferenciada dos princípios e sua importância estruturante no sistema jurídico.
- “proximidade” da ideia de direito: os princípios estão ligados à ideia de “justiça”, enquanto as regras desempenham um papel meramente funcional.
- natureza normogénica: os princípios fundamentam as regras.

A doutrina estabelece, ainda, uma distinção entre os princípios, afirmando que há princípios gerais de direito e princípios constitucionais. Ambos são vetores da interpretação, diferenciados pelo grau de abrangência.

---

<sup>124</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, p.19

<sup>125</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, p.24.

<sup>126</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p.166/167. Nesse mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**, p. 198.

Enquanto os princípios gerais de Direito atingem todo o ordenamento, obrigatoriamente, os princípios constitucionais podem ter um alcance setorial.

Além disso, os princípios constitucionais são interpretados com fundamento nos princípios gerais de Direito. Celso Bastos elenca, como princípios gerais de Direito, os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. E acrescenta:

*De fato, os princípios gerais de Direito são verdadeiros valores, sendo princípios, vale lembrar, porque se concebem como origem, causa, gênese. Mas também possuem um aspecto teleológico, no sentido de que sua realização plena constitui a finalidade que o intérprete deve ter em mira.*<sup>127</sup>

Cristina M.M.Queiroz<sup>128</sup> vai além e propõe uma transformação na metodologia interpretativa constitucional. Esta transformação teria por base alguns elementos, entre eles, o reconhecimento dos direitos fundamentais serem elevados à norma fundamental do sistema jurídico (segundo a teoria de Dworkin). Desta forma, criaria-se um código binário de validade/invalidade das normas do sistema jurídico que contradissessem a norma fundamental. Esta teoria assenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade preferente, como valores supremos do ordenamento.

Gregorio Peces-Barba Martínez<sup>129</sup> propõe, também, que os direitos fundamentais funcionem como “norma básica de identificação de normas”, mas critica a tradicional distinção entre princípios e normas proposta por Dworkin, pela qual não se entende os princípios como normas, mas como padrões morais a exigirem justiça e equidade. Para ele, a argumentação de que as decisões judiciais devem ser opções sobre princípios morais, responde a orientação jusnaturalista que deve ser afastada. O autor entende os valores ou princípios (direitos fundamentais) como normas que, por seu caráter mais

---

<sup>127</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p. 146

<sup>128</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**, p. 19

<sup>129</sup> MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General**, p. 416-420

abstrato e geral, unificam, identificam e integram a totalidade das normas no sistema e no conjunto de subsistemas que o formam. Nesse sentido, os valores são critérios de justiça que só se realizam se incorporados ao Direito positivo, e com isso, fortalecem-se e potencializam.

No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade afirma, a ordem dos direitos fundamentais é positiva e não idealista e é revelada em preceitos jurídicos escritos. Trata-se de *ordem de valores cultural e não uma ordem de valores natural*.<sup>130</sup>

Na busca pela harmonização das normas constitucionais e atenção à unidade da Constituição, figura, com grande relevância, o princípio da proporcionalidade. Trata-se de princípio implícito, cuja sistematização é muito importante para o tratamento doutrinário e jurisprudencial do princípio da isonomia. Este princípio, também chamado princípio da razoabilidade ou da proibição do excesso, obriga o intérprete a avaliar se o meio escolhido para atingir determinado fim é o mais adequado e se é legítimo. Luis Roberto Barroso<sup>131</sup> explica, com clareza, como se dá esta verificação. Primeiramente, há de aferir-se o que ele chama de razoabilidade interna, isto é, a relação lógica entre a medida do Poder Público e o fim perseguido. Exemplifica:

*Se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque está rompendo a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre consumo de álcool e a contaminação.*

---

<sup>130</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 114.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 217. Vale observar que, por se tratar de questões essencialmente iguais, o caminho proposto pelo autor para verificação da razoabilidade é muito parecido com o que Celso Antônio Bandeira de Mello sugere para verificação do respeito ao princípio isonômico (ver capítulo sobre igualdade), a quem inclusive faz referência.

Demonstrada a razoabilidade interna da norma, deve-se proceder a checagem da razoabilidade externa, a verificação da compatibilidade da norma aos valores constitucionais.

Logicamente, esta avaliação deve ser feita respeitando-se a discricionariedade do legislador na eleição da melhor política legislativa. Pretende-se controlar somente os abusos e inconstitucionalidades.

Para auxiliar na tarefa de interpretação acerca do direito do preso estrangeiro, com decreto de expulsão, progredir no regime prisional, deve-se registrar dados importantes sobre a atividade interpretativa:

1. O objetivo da interpretação é a solução de determinado caso concreto.

2. A atividade interpretativa pressupõe que não há identidade absoluta entre a letra da lei e a norma.

3. A interpretação nunca é totalmente neutra, na medida em que o intérprete possui valores que, mesmo inconscientemente, utiliza ao interpretar. Mesmo o enfoque dado pelo intérprete ao Direito Constitucional é decisivo no resultado da interpretação. Entre os enfoques possíveis, tem-se a Constituição como forma de organização da autoridade dentro de determinada sociedade; e a Constituição como instrumento garantidor da liberdade do indivíduo.

4. A atividade de interpretação não é neutra porque todo ato interpretativo tem conseqüências no mundo jurídico e no mundo real, e o intérprete avalia os efeitos de sua decisão.

5. Há interpretação constitucional quando há envolvimento de norma Constitucional no processo de interpretação.

6. A interpretação constitucional tem por finalidade principal garantir a supremacia da Constituição e a eficácia das normas constitucionais.

7. A interpretação sobre uma determinada questão pode e deve mudar, se a evolução social assim o requer.

**8.** Nunca a norma constitucional pode ser interpretada com base na norma infraconstitucional. É sempre a norma constitucional a determinante do alcance da norma infraconstitucional.

**9.** A interpretação só estará correta se tiver como fundamento os princípios constitucionais, que devem ser a linha mestra condutora do raciocínio.

**10.** Os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, podem ser considerados como princípios gerais de direito.

**11.** O princípio da proporcionalidade deve sempre orientar o intérprete no sentido de verificar a existência de abusos por parte do legislador e sacrifícios desnecessários dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO 8

### CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O estudo do controle da constitucionalidade e dos instrumentos para a realização deste controle são importantes para solucionar a questão do tratamento desigual entre brasileiros e estrangeiros, no que tange ao cumprimento da pena. Se restar demonstrado que o tratamento desigual é inconstitucional, será preciso conhecer os meios de sanar esta inconstitucionalidade.

Controlar a constitucionalidade de lei ou ato normativo significa impedir a subsistência, no ordenamento jurídico, de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle de constitucionalidade por omissão. Mas, sobretudo, significa a garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição.<sup>132</sup> Em razão do último aspecto citado é que o controle da constitucionalidade é extremamente relevante para o desfecho desta tese.

A concepção de um controle constitucional das normas está intrinsecamente ligada aos conceitos de supremacia da constituição e de rigidez constitucional. Na verdade, é nas constituições rígidas que verifica-se a supremacia constitucional.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior esclarecem, a existência de uma Constituição rígida cria uma relação piramidal entre estas normas e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, que com ela devem guardar relação de necessária lealdade.<sup>133</sup>

Esta lealdade se dá obrigatoriamente em dois níveis: o formal e o material. Formalmente, a norma é compatível com a constituição se sua elaboração obedeceu ao rito procedimental estabelecido pela própria

---

<sup>132</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.559

<sup>133</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, p.25.

Constituição. Portanto, não tem relação com o conteúdo da norma, mas com o processo legislativo.

A norma será materialmente constitucional se inovar o ordenamento jurídico de forma a não afrontar o que diz a constituição, ou seja, se o conteúdo da norma for compatível com o texto constitucional.

Jorge Miranda, em sua obra *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, afirma:

*Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - uma norma ou um acto - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido.*<sup>134</sup>

Difere o que é “garantia da constituição” do que é “garantia da constitucionalidade”. A primeira é a garantia do complexo de normas formado pela Constituição, enquanto a segunda é a garantia de cada norma ou ato estar de acordo com a Constituição.

Trata-se de relação de implicação recíproca, na medida em que a “garantia de constitucionalidade” existe, especialmente, para proteger a “garantia de constituição”.

Cada norma ou ato infrator de dispositivo constitucional estará afetando a Constituição como um todo, pois as normas não existem isoladamente, mas dentro do sistema de normas chamado Constituição. Com isso, a agressão a uma norma específica gera quebra na integridade do sistema.

Isto não significa dizer que toda inconstitucionalidade pode ser alegada, genericamente, como violação da constituição em geral. Jorge Miranda esclarece:

---

<sup>134</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, p. 11

*Pela inconstitucionalidade transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo. Que se ponha em causa, com uma norma ou um acto inconstitucional, a Constituição em bloco e que se tenha de restaurar a integridade atingida, não podemos esquecer. Acrescentaremos, porém, que a inconstitucionalidade verifica-se pela desconformidade perante uma determinada norma constitucional, e só uma. A Constituição é posta em causa, através de uma norma determinada.*<sup>135</sup>

Desta forma, para o autor, sendo, a inconstitucionalidade, relação entre uma norma ou ato e uma norma constitucional determinada, a indicação de qual dispositivo constitucional está sendo violado é essencial para promoção do controle da constitucionalidade.

Quando se fala de controle da constitucionalidade, convém fazer distinção entre controle preventivo e repressivo da norma.

O controle preventivo é o exercido no decorrer do processo de elaboração da lei, antes de sua promulgação, impedindo que o ato normativo discordante da Constituição Federal ingresse no ordenamento jurídico.

Já o controle repressivo ocorre quando a norma inconstitucional já ingressou no ordenamento jurídico e precisa ser extirpada.

Tradicionalmente, há dois sistemas de controle repressivo e os países democráticos de direito adotam um deles. O primeiro é o sistema político, originário dos países europeus. Esse tipo de controle assenta-se na idéia de que o órgão controlador deve ocupar posição superior no Estado e ser distinto do Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição francesa de 1958, por exemplo, adotou este sistema e criou o Conselho Constitucional.

Mais conhecido e aplicado é o chamado controle jurisdicional, no qual a guarda da Constituição cabe ao Poder Judiciário. Este modelo de controle é criação jurisprudencial da Suprema Corte norte americana. Quando o juiz Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*, estabeleceu o *judicial review*,

---

<sup>135</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 239.

não havia, na Constituição americana, assim como não há até hoje, previsão de controle pelo judiciário dos atos do legislativo.

Não se pode esquecer, também, que o controle da constitucionalidade só justifica-se no Estado de Direito que, contrariamente ao Estado ditatorial, admite sua falibilidade e busca reforçar a Constituição.<sup>136</sup>

A história do controle da constitucionalidade no Brasil apóia este raciocínio. Conforme a situação política do país, o controle constitucional fica mais ou menos fortalecido. Para comprovar esta afirmação, vale a pena fazer breve histórico da evolução das formas de controle repressivo no direito brasileiro.

### **8.1. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil**

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, não trazia qualquer previsão de controle da constitucionalidade das normas. Ao Poder Legislativo era entregue a função de elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis. Cabia, ainda, ao Legislativo, a tarefa de velar pela Constituição.

Na Constituição da República, de 1891, havia a previsão do controle difuso da constitucionalidade, cópia do modelo americano. A previsão pátria era a de que cabia ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, em última instância, de matéria envolvendo tratado ou lei federal. Para defender o instituto do controle difuso em face do dogma da soberania do Parlamento, Rui Barbosa dizia tratar-se de poder de hermenêutica, e não poder de legislação.<sup>137</sup>

O texto constitucional de 1934 trouxe importantes inovações no tangente ao controle da constitucionalidade das normas. Instituiu a regra da declaração de inconstitucionalidade incidental, ou seja, pela via de exceção, exigir o voto da maioria dos membros do tribunal ao qual estava submetido o litígio. Estabeleceu a possibilidade do Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarado

---

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira . **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**, p.28,29

<sup>137</sup> BARBOSA, Rui .. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. Trabalhos Jurídicos**, p. 83. *apud* MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**, p.233

inconstitucional pelo Poder Judiciário. Dá-se, então, efeito *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal. Introduziu, no direito constitucional brasileiro, a representação interventiva, por meio da qual o Procurador Geral da República provocava o Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade de lei relativa à intervenção, de competência do Senado. Foi, portanto, a Constituição de 1934 a introdutora das primeiras formas de controle direto da constitucionalidade.

Com o período Getúlio Vargas, outorga-se a carta de 1937, inspirada no modelo fascista<sup>138</sup>, extremamente autoritária. Como controle da constitucionalidade e autoritarismo são coisas incompatíveis, dá-se natural retrocesso nesta questão. Manteve-se o controle difuso, mas com nova regra que praticamente anulava o controle judicial. Quando a norma era declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República podia submetê-la a votação no legislativo, o qual, por maioria de dois terços, tornava a decisão sem efeito. Além disto, declarado estado de emergência ou estado de guerra, o judiciário não podia conhecer atos do governo.

A Constituição de 1946 restaura a democracia e resgata o controle da constitucionalidade. Restabelece o controle difuso em sua plenitude ampliando os casos de questionamento também para leis estaduais confrontadas com a Constituição. A Ação Direta Interventiva teve sua feição alterada. O Procurador Geral da República passou a ser competente para representar, junto ao Supremo Tribunal Federal, pela intervenção federal. A decretação da intervenção passou a ter, como pressuposto de validade, a procedência da ação.

A emenda constitucional n. 16, de 1965, inovou ao introduzir o controle abstrato de normas federais e estaduais. A iniciativa desta Ação Direta de Controle da Constitucionalidade era do Procurador Geral da República. O efeito da declaração de inconstitucionalidade era *erga omnes*, e sua validade a partir da publicação da decisão no órgão oficial da União. A emenda também estabeleceu a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição Estadual.

---

<sup>138</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p.67.

A Constituição de 1967 não alterou as formas de controle da constitucionalidade previstos na Constituição de 1946. No entanto, não repetiu a regra de controle das leis e atos municipais pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Somente com a emenda n.1 de 1969, admitiu esta modalidade de controle para casos de ação interventiva no município. A inovação trazida pela Constituição de 67/69, no referente ao controle da constitucionalidade, foi instituída pela emenda n. 7 de 1977. Tratou-se da representação de interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual frente a Constituição. Cabia ao Procurador Geral da República questionar o Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação de determinada lei ou ato normativo, para por fim as demandas judiciais que, porventura, estivesse gerando. Instituto muito parecido com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, criada pela emenda n. 3 da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 avançou muito em relação ao controle da constitucionalidade, ampliando as formas e pessoas legitimadas a atuar.

Abandona-se aqui o relato histórico do controle da constitucionalidade para ingressar no estudo das formas atuais de controle.

## **8.2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988**

Nosso sistema acolhe tanto a forma preventiva como repressiva da constitucionalidade. A constituição prevê o controle preventivo em dois momentos distintos: nas decisões das comissões parlamentares responsáveis por verificar a adequação do projeto ao texto constitucional (art. 58) e no momento da sanção presidencial (art. 66 § 1º).

No caso das comissões, a previsão de controle encontra-se no Regimento Interno de cada casa legislativa. No regimento do Senado está prevista a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (art. 72, III). No regimento da Câmara dos Deputados é a Comissão de Constituição, Justiça e Redação (art. 32, III). Isto não significa que a constitucionalidade do projeto em tramitação não possa ser questionado em outro momento do processo legislativo. Qualquer Deputado ou Senador é competente para levantar a

questão sempre que julgar pertinente. Trata-se, inclusive, de um dever implícito na atuação parlamentar.

Cabe ao Presidente da República sancionar ou vetar projeto de lei (art.84, IV, V). No caso de veto, o Presidente pode vetá-lo integralmente ou parcialmente, sendo proibido apenas o veto de palavras isoladas. A justificativa para o veto pode recair sobre a existência de inconstitucionalidade ou por contrariedade ao interesse público (art. 66 § 1º), podendo de qualquer forma ser derrubado pelo voto da maioria absoluta do Congresso Nacional (art.66 § 4º).

Mas a força do controle da constitucionalidade encontra-se, realmente, no momento posterior à publicação da norma. Trata-se do controle repressivo, que, no ordenamento jurídico brasileiro, é jurisdicional, ou seja, entregue ao Poder Judiciário.

O controle repressivo jurisdicional pode realizar-se por duas vias distintas. Pela via indireta, também chamada de controle difuso, via de exceção; ou pela via direta, também conhecida como de controle concentrado, via de ação.

Na via indireta, o objeto principal da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da norma, questão incidental no processo, mas a solução do caso concreto. Pleiteia-se, no caso da via de exceção, o direito ao não cumprimento de norma que o indivíduo acredita inconstitucional. A decisão sobre a obrigatoriedade ou não do cumprimento da norma passa pela decisão de ser, ou não, a norma, inconstitucional.

Caberá ao juiz da ação decidir a questão que lhe foi colocada. Para atingir este fim, precisa, obrigatoriamente, resolver sobre a constitucionalidade da norma. O artigo 97 da Constituição Federal exige que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo só seja declarada pelos Tribunais pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Por tratar-se de questão envolvendo norma constitucional, o caso pode chegar até o Supremo Tribunal Federal, o qual exerce o “controle terminal”<sup>139</sup>, que se opera depois de esgotadas as instâncias inferiores.

Portanto, qualquer indivíduo, com direito lesado ou ameaçado de lesão, estará legitimado a provocar o judiciário sobre a questão. Qualquer membro do judiciário, competente para decidir o caso concreto, está legitimado a declarar a inconstitucionalidade da norma questionada. O efeito desta decisão é *inter partes*.

Ou seja, o interessado defende-se da aplicação da lei inconstitucional, mas, ainda que declarado inconstitucional, este ato normativo continua válido em relação à terceiros, contra quem continuará produzindo efeitos normais. A declaração não anula a lei, só impede sua aplicação ao caso concreto.

O fundamento constitucional da chamada via de exceção é o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

No entanto, o artigo 52, X da Constituição, abre a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, ter efeito *erga omnes*. Isto porque autoriza o Senado Federal a suspender a execução da norma declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1988 preocupou-se, também, com a inconstitucionalidade derivada da inércia do legislador e do Poder Público em geral, os quais têm o poder-dever de normatizar certos direitos previstos constitucionalmente – em normas de eficácia limitada - para que venham a ter plena eficácia social. O constituinte criou o controle de inconstitucionalidade por omissão, o qual materializa-se por duas formas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, como direito fundamental e é forma de controle da inconstitucionalidade por omissão pela via difusa. Diz o dispositivo: *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a*

---

<sup>139</sup> VITORINO, António. **Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementariedade?**, p.76.

*falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Desta forma, o Mandado de Injunção exige caso concreto e o legitimado para propô-lo deve estar sendo prejudicado em seus direitos, pela inércia do Poder Público.

O artigo 102, I, trata dos casos nos quais a competência para julgar o Mandado de Injunção é do Supremo Tribunal Federal.

Flávia Piovesan esclarece, a omissão pode ser total ou parcial, sendo que a última corresponde à deficiência ou insuficiência da atividade do legislador, especialmente quando esta deficiência implicar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, sobre a possibilidade de impetração do Mandado de Injunção, acredita que a interpretação teleológica do instituto leva à equiparação da norma regulamentadora inconstitucional com a ausência de norma regulamentadora, pelo fato da norma contrária à Constituição ser ineficaz. Por este entendimento, ambas são passíveis de Mandado de Injunção. Admite, entretanto, não ser esta a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já se manifestou no sentido da não admissão do Mandado de Injunção nestes casos.<sup>140</sup>

A previsão de instrumento desta natureza poderia significar uma revolução na ordem jurídica e mesmo social, caso fosse aplicado com a amplitude inicialmente imaginada. No entanto, o resultado dos Mandados de Injunção impetrados deixou nítida a interpretação restritiva do instituto.

Breve análise das decisões do Supremo Tribunal Federal traz claro o posicionamento da Corte, não disposta a realizar o que entende ser substituição da vontade do legislador. Há três linhas de conduta adotadas frente aos casos de procedência do Mandado de Injunção.

Uma delas, a mais comum, é dar ao Mandado de Injunção o mesmo efeito da Ação Direta da Inconstitucionalidade por Omissão, ou seja,

---

<sup>140</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Constitucional Contra Omissões Legislativas**, p. 120

reconhecer a omissão e dar ciência ao órgão estatal omissor. Assim, o instituto não terá efeitos constitutivos.<sup>141</sup>

Nova postura assumiu a Corte frente ao disposto no artigo 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>142</sup>. O dispositivo prevê indenização àqueles que se viram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência de determinadas Portarias do Ministério da Aeronáutica. O prazo estabelecido para regulamentação legislativa era de doze meses, a partir da promulgação da Constituição. Ao julgar procedente a ação, deu os efeitos costumeiros, quais sejam, declaração de inconstitucionalidade pela inércia e comunicação ao órgão responsável pela edição da lei. Mas admitiu que os impetrantes prejudicados pleiteassem em juízo as respectivas indenizações.

Ao que parece, o Supremo Tribunal Federal apenas reconhece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário quando se trata de uma lesão a direito decorrente de inércia que desrespeitou prazo constitucional estabelecido. Ou seja, quando a Constituição estabelece prazo para elaboração da norma e este prazo é ignorado pelo legislador, tem-se aí caso de possível ressarcimento pelo Poder Judiciário<sup>143</sup>.

A terceira modalidade de decisão, quanto aos efeitos da declaração de procedência do Mandado de Injunção, surgiu em decorrência do artigo 195, § 7º da Constituição, combinado com o artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>144</sup>

A regra dizia que as entidades beneficentes de assistência social que atendessem às exigências legais, estavam isentas de contribuição para seguridade social. No entanto, a lei não existia e as entidades permaneciam sem direito a isenção. O prazo estabelecido pelo artigo 59 do ADCT para a regularização da situação era de seis meses, a contar da promulgação da Constituição. Neste caso, além dos efeitos usuais, o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>141</sup> MI 107

<sup>142</sup> MI 283-5

<sup>143</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**, p. 165.

<sup>144</sup> MI 232-1

estabeleceu prazo de seis meses para que a norma fosse editada, caso contrário, os impetrantes passariam a ter direito a isenção.

Conforme se verifica, a expectativa gerada pela criação do Mandado de Injunção, ação constitucional que viria suprir no caso concreto a omissão legislativa, dando plena eficácia aos direitos constitucionais, viu-se frustrada.

Outra forma de controle é a via direta, na qual, a norma, em tese, será questionada. Não há caso concreto, mas interpretação em abstrato. As ações previstas como controle concentrado, são três: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A mais antiga, no nosso ordenamento, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Até a Constituição de 1969, somente podia ser proposta pelo Procurador Geral da República, o qual, para agravar a situação, era nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*. A Constituição de 1988 ampliou muito a legitimidade ativa desta ação, passando a legitimados o próprio Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF). A Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal não constavam do texto original, tendo sido acrescentados pela Emenda constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal entende que nem todos têm a mesma legitimidade. A jurisprudência da Corte estabeleceu a necessidade de uma legitimação especial para alguns deles.

Desta forma, para que a Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa Distrital, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de âmbito nacional possam ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade, devem demonstrar a pertinência temática entre o objeto da ação e seu interesse específico.

Já no caso do Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, a legitimação ativa é universal.

A norma questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade deve ser lei ou ato normativo federal ou estadual pós-constitucionais. O Supremo Tribunal Federal entende que eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a constituição vigente deve ser resolvida pela jurisdição ordinária, de acordo com os princípios de direito intertemporal, *lex posterior derogat priori*.<sup>145</sup>

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o conceito de ato normativo, Alexandre de Moraes conclui que:

*...quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle da constitucionalidade, como ato normativo.*<sup>146</sup>

No caso da ação direta, a competência para julgar é originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a).

A Lei n. 9.868 de 1999 estabeleceu o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ao discipliná-las, introduziu algumas novidades, especialmente no referente aos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Declarada a procedência ou improcedência da ação, o efeito será *erga omnes* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28 § 1º da Lei n. 9.868/99).

---

<sup>145</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p. 160

<sup>146</sup> MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, p.583

O efeito *erga omnes* e vinculante da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi posteriormente incorporado à Constituição, pela emenda n.45, de dezembro de 2004.

De acordo com a Lei 9.868/99, uma vez declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal poderá, por voto de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia *ex nunc* ou a partir de outro momento a ser fixado (art. 27 da Lei n. 9.868/99). Daí, pode-se deduzir, a regra é o efeito retroativo (*ex tunc*) da declaração.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por sua vez, tem como objetivo impedir à Constituição permanecer socialmente ineficaz em razão da omissão dos Poderes Públicos que devem regulamentá-la. Os legitimados ativos são os mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É um instrumento de pressão jurídica. Os efeitos da procedência da ação são de duas ordens distintas: se a inércia advir de um dos Poderes, simplesmente se dará ciência ao referido Poder para adotar as providências necessárias; se advindo de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art 103 §3º da CF).

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade foi instituída pela Emenda n. 3, de 1993, e tem como finalidade atestar a validade da norma. Apesar de cuidar do controle das normas em abstrato, foi pensada para resolver um problema concreto: a grande quantidade de processos na justiça federal.

Para atender a este fim, a Emenda n. 3 estabeleceu, no artigo 102, § 2º: a decisão, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A decisão não reforça ou diminui a densidade normativa, mas simplesmente outorga, à norma, imunidade especial perante as incidentais arguições de inconstitucionalidade. A Emenda n. 45 manteve esta disposição,

tendo apenas modificado a redação do parágrafo, para acrescentar, também, a Ação Direta da Inconstitucionalidade.

Os legitimados para propositura da ação eram, inicialmente, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador Geral da República (art. 103 § 4º). Com a Emenda n. 45, os legitimados para propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade passaram a ser os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Revogado o § 4º do artigo 103, a ação foi incluída no *caput* do artigo 103. O objeto da ação deve ser norma ou ato normativo federal.

Por fim, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, § 1º da Constituição, que diz o seguinte: *A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei.*

A última parte da redação explicita o caráter limitado da norma. É norma de eficácia limitada de princípio institutivo, que só adquiriu eficácia social com a edição da Lei n.9.882 de 1999.

A Lei, ao estabelecer o objeto da argüição, primeiramente repetiu o que diz a norma constitucional, ou seja, terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Em seguida, acrescentou a possibilidade de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Esta segunda parte cria forma de controle da constitucionalidade ausente do texto constitucional. Entrega ao Supremo Tribunal Federal competência não prevista constitucionalmente, e que não poderia ser estabelecida por norma infraconstitucional. Portanto, a Argüição, que deve ser coadjuvante no sistema de controle da constitucionalidade, já nasce inconstitucional. Esta é a posição da maior parte da doutrina.<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.**; ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.**

A verificação de inconstitucionalidades do gênero não é novidade no nosso ordenamento. A Ação Declaratória de Constitucionalidade, quando criada, em 1993, teve sua constitucionalidade questionada por grande parte da doutrina e foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acabou por ser declarada constitucional pela maioria dos votos.<sup>148</sup>

Os legitimados para propositura da Argüição são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade . A eficácia é contra todos e o efeito, vinculante.

O artigo 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, diz que *não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*

Importante ressaltar, o caráter subsidiário da ação não decorre do texto constitucional, mas foi inspirado em dispositivos análogos, quais sejam, o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido, para a verificação da subsidiariedade, a necessidade de, a cada caso, ser analisada a eficácia da outra opção de ação referida na lei. Ou seja, a outra opção de medida tem que ser tão efetiva quanto a argüição.

Diante do número de ações previstas constitucionalmente para promoção do controle da constitucionalidade, fácil concluir, o problema do controle da constitucionalidade no nosso sistema jurídico não reside na falta de mecanismos. O problema, como aponta Gilmar Ferreira Mendes, é a ineficácia da simples declaração de nulidade para solução de muitos dos problemas existentes relacionados a questões de inconstitucionalidade.

*Não são poucos os que apontam a insuficiência ou a inadequação da declaração de nulidade da lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão.*<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> **Ação Declaratória de Constitucionalidade.** Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>149</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade**, p.30 e segs.

Como aponta o autor, a questão da igualdade é um dos problemas cuja solução mostra-se mais difícil, porque o princípio da isonomia tanto pode exigir tratamento igualitário como diferenciado.

Se a norma concede vantagem a determinado grupo, em detrimento de outro na mesma situação, tem-se “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*”. Esta exclusão do benefício para determinado grupo pode ser explícita ou concludente.

Gilmar Ferreira Mendes explica que o fato da igualdade sempre pressupor uma relação, leva à chamada inconstitucionalidade relativa, ou seja, inconstitucionalidade da relação normativa.

*O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Esta relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (“relative Verfassungswidrigkeit”) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (“die Unterschiedlichkeit der Regelung”).<sup>150</sup>*

Diante desta inconstitucionalidade relativa, a simples declaração de nulidade da norma dificilmente atenderá ao espírito do princípio isonômico.

Analisando a questão, tem-se as seguintes situações:

1. A norma está excluindo explicitamente determinado grupo do direito à certo benefício, de forma a ferir o princípio da igualdade. Declarar a nulidade da norma só fará com que todos percam o direito ao benefício, o que parece errado. A solução talvez seja declarar a inconstitucionalidade só do dispositivo legal excludente.

2. A norma traz uma exclusão inconstitucional concludente e não explícita. O que deve fazer o Supremo Tribunal Federal? Declarar a

---

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 45

inconstitucionalidade da norma não atenderá ao pleito do demandante e ainda prejudicará os demais. Não há dispositivo discriminatório explícito para ser declarada nulidade.

O melhor caminho, e talvez o único, parece ser o recurso à *interpretação conforme a Constituição*, postulado do Direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira.

A *interpretação conforme a Constituição* pressupõe dupla presunção: subjetiva, o legislador realizou sua função dentro dos limites constitucionais (*favor legislatoris*); e objetiva, a lei ajusta-se aos parâmetros estabelecidos pela Constituição (*favor legis*).<sup>151</sup> Toda norma jurídica presume-se constitucional até prova da existência de vício de inconstitucionalidade, de forma explícita e manifesta. Tal princípio é necessário para manutenção da ordem jurídica, pois seria o verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com os preceitos constitucionais.

Jorge Miranda<sup>152</sup> ensina, a alegação de inconstitucionalidade tem obrigatoriamente que vir acompanhada da indicação de qual dispositivo constitucional está sendo violado. Isto para tornar possível proceder às seguintes operações:

Primeiramente, é preciso interpretar o referido dispositivo constitucional, explicitar qual o seu sentido e alcance. Esta interpretação, de fundamental importância, logicamente deve ser sistemática.

O próximo passo é analisar se a norma ou ato impugnado cabe, ou não, dentro do sentido preestabelecido para a norma constitucional aparentemente violada. Em outras palavras: feita a interpretação da norma constitucional indicada, procede-se à interpretação da norma infraconstitucional atacada.

Nesta operação, o juiz deve buscar, na norma impugnada, sempre que possível, o sentido de acordo com a interpretação oferecida para o dispositivo

---

<sup>151</sup> LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 280.

<sup>152</sup> MIRANDA, Jorge **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, p. 249,250

constitucional indicado. As aplicações deste princípio de aproveitamento das normas são três:

1. Entre as interpretações possíveis para mesma norma, deve o juiz optar pela que seja constitucional;

2. Deve-se reduzir ou aumentar o alcance da norma infraconstitucional para fazê-la coincidir com o sentido dado à norma constitucional;

3. Se a mesma lei traz vários dispositivos, alguns constitucionais e outros não, deve-se aproveitar, da norma, a sua parte constitucional e declarar a nulidade do restante.

Assim, a técnica da *interpretação conforme a Constituição* consiste na escolha de uma linha de interpretação para determinada norma legal, em meio a outras que o texto comportaria. Permite, dentro dos limites e possibilidades oferecidos pelo texto, excluir, da norma, o sentido produtor de resultado contrário à Constituição, e afirmar outro sentido, compatível com a Lei Maior.

Gilmar Ferreira Mendes, ao colocar a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do texto legal como limite à interpretação conforme a Constituição, é incisivo:

*Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, admissível se não configurar violência contra expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.*<sup>153</sup>

No entanto, o texto, como limite absoluto da *interpretação conforme a Constituição*, não é o que aparece, por exemplo, na medida liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127-8, proposta pela Associação dos

---

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, p.270-271; MENDES, Gilmar Ferreira. e MARTINS, Ives Gandra. **Controle Concentrado da Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868 de 10-11-1999**, p. 298.

Magistrados Brasileiros contra alguns dispositivos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94).

Entre os dispositivos questionados, estão os parágrafos 2º e 3º do artigo 7º, que estabelecem o seguinte:

*Art. 7º, §2º- O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.*

*§3º - O advogado somente poderá ser preso em flagrante delito, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto o inciso IV deste artigo.*

Em relação ao § 2º, a liminar suspendeu a eficácia da expressão desacato por desrespeito ao artigo 5º, X da Constituição, e porque, segundo voto do Ministro Paulo Brossard, *o desacato representa a negação de tudo quanto a Constituição exige para o regular funcionamento do Poder Judiciário, sujeito ao regime da ordem, da disciplina, do respeito, da cortesia, da compostura, inerentes à sua existência.*

No referente ao § 3º, procedeu-se a *interpretação conforme a Constituição*, e determinou-se que a proteção não abrange o crime de desacato. Ou seja, apesar do crime ser afiançável, o advogado pode ser preso em flagrante. O texto literal, do parágrafo 3º, não permite esta interpretação, a qual seguramente teve, por base, a busca de harmonização do dispositivo legal com os valores e princípios constitucionais. O que se entende como verdadeiro espírito da *interpretação conforme a Constituição*.

De forma a facilitar a discussão acerca da solução para o problema da vedação de progressão de regime prisional para o preso estrangeiro em situação irregular, alguns pontos devem ser ressaltados:

1. A Constituição vigente tanto aceita o controle da constitucionalidade pela via direta como pela via indireta.

2. Enquanto o resultado da via indireta atinge somente as partes envolvidas, o resultado da via direta é para todos e tem efeito vinculante para os órgãos do Poder Público.

3. Apesar da previsão de inúmeras ações dedicadas ao controle da constitucionalidade pela via direta – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – depara-se, freqüentemente, com a inadequação da declaração de nulidade da lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão.

4. O fato da igualdade sempre pressupor uma relação leva à inconstitucionalidade relativa, ou seja, inconstitucionalidade da relação normativa, chamada, pela doutrina alemã, de inconstitucionalidade concludente.

5. A *interpretação conforme a Constituição* parece o único caminho para resolver questões de inconstitucionalidade concludente, nas quais as normas não são, de per si, inconstitucionais.

## **CAPÍTULO 9**

### **ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No primeiro Capítulo foram apresentados casos concretos levados ao Supremo Tribunal Federal e referentes ao tema proposto. Ao final, analisando os acórdãos, extraiu-se uma conclusão a respeito da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e uma série de argumentações, oferecidas para justificar as decisões. Estas argumentações são o ponto de partida para a demonstração da tese de que o estrangeiro, mesmo com decreto de expulsão, tem direito à progressão de regime prisional. Os estudos realizados nos capítulos anteriores servirão para fundamentar a reflexão sobre a matéria e rebater a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

A posição do Supremo Tribunal Federal é a seguinte:

**A progressão de regime no cumprimento da pena do estrangeiro irregular é totalmente vedada, sendo considerado irregular o estrangeiro que não possui visto de permanência (e, portanto, não tem residência fixa nem possibilidade de trabalhar) ou tem contra si decreto de expulsão. Esta vedação se aplica tanto ao regime semi-aberto, com ao aberto e ao livramento condicional.**

Passa-se agora ao elenco de argumentações, para que sejam discutidas uma a uma:

**1. A diferença de tratamento imposta no cumprimento da pena não fere o princípio da igualdade, afinal, a vedação ao benefício não atinge ao estrangeiro pelo simples fato de ser estrangeiro, mas por estar irregularmente no país.**

Antes de discutir este argumento, é importante lembrar que, habitualmente, o estrangeiro condenado criminalmente tem a expulsão decretada. Assim, mesmo tratando-se de estrangeiro regular, passa à situação de irregular imediatamente após a expulsão. Logo, os estrangeiros presos encontram-se, normalmente, em situação irregular.

Há diferença necessária de tratamento normativo entre brasileiros e estrangeiros. O estrangeiro, pelo simples fato de ser estrangeiro, sofre limitações às quais não está sujeito o brasileiro. Não pode ingressar no país sem autorização, permanecer além do tempo permitido, trabalhar. Todas estas questões estão ligadas à soberania do Estado e justificam-se plenamente. Assim como se justificam as limitações de ordem constitucional como não poder votar ou se candidatar a cargo eletivo, não ter legitimidade para ingressar com ação popular e outras situações que dizem respeito ao exercício da cidadania. Há direitos exclusivos do cidadão.

A verificação da discriminação inconstitucional não é simples, na medida em que o tratamento desigual não só é permitido pelo princípio isonômico, como exigido em determinados casos. A inconstitucionalidade na relação com o estrangeiro só aparece quando o tratamento desigual deixa de ser justificado e proporcionado.

Imagine o caso concreto: duas pessoas praticam o mesmo crime, são processadas e sentenciadas a mesma pena. Iniciam, juntas, o cumprimento da pena imposta. Têm o mesmo comportamento na prisão e, em tese, chega para ambas o momento da progressão para o regime semi-aberto. Uma terá direito ao benefício e outra não. Por quê? Porque um é brasileiro; o outro, estrangeiro.

Deveria parecer sensível a qualquer pessoa que este tratamento desigual não atende ao princípio da igualdade previsto na Constituição, pois há, nesta situação, injustiça patente.

Apesar da injustiça ser gritante, não é fácil localizar no que consiste a inconstitucionalidade, não derivada de norma específica, mas da interpretação constitucional equivocada. É da interpretação literal da conjugação de alguns textos legais – artigo 114 da Lei de Execução Penal, artigo 83 do Código Penal, artigos 48, 49, 97 e 98 do Estatuto do Estrangeiro, que surge a norma

discriminatória inconstitucional Trata-se, portanto, de algo denominado, pela doutrina constitucional alemã, de inconstitucionalidade concludente.

A interpretação, que veda a progressão de regime ao preso estrangeiro em situação irregular no país, é inconstitucional, por ignorar o valor maior do nosso ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana. A questão em pauta é a liberdade no seu sentido mais primitivo – liberdade física – direito inerente ao ser humano, não ao cidadão. O princípio da dignidade da pessoa humana é atingido pela violação dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade.

Algumas afirmações sobre o princípio da igualdade, retiradas do capítulo referente ao tema, orientarão a demonstração de que o tratamento desigual dado ao estrangeiro é incompatível com o princípio isonômico. Para sistematizar o raciocínio, as afirmações serão numeradas e discutidas individualmente.

**a) O princípio da igualdade também é violado se situações desiguais recebem tratamento normativo igual.**

O artigo 114, da Lei de Execução Penal, e o artigo 83, do Código Penal, estabelecem, como requisito objetivo para concessão da progressão para o regime aberto e livramento condicional, a “possibilidade de trabalho honesto”. A exigência de trabalho só é dispensada para os maiores de setenta anos, os gravemente enfermos, as gestantes e as mulheres com filhos menores ou portadores de deficiência física ou mental.

O preso estrangeiro irregular nunca poderá atender a este requisito, pois está impedido de trabalhar por força dos artigos 48, 97 e 98 do Estatuto do Estrangeiro.

Fica claro que brasileiros e estrangeiros estão em situação totalmente desigual neste caso. Um pode trabalhar, o outro está legalmente impedido. No entanto, a lei faz a mesma exigência aos dois. Situações desiguais, tratadas da mesma maneira, ferem o princípio da igualdade. Ou se retira a exigência de trabalho para o estrangeiro ou se permite que o estrangeiro preso possa trabalhar, para ter direito ao regime prisional mais benéfico.

**b) Deverá ser considerada lei individual restritiva inconstitucional toda lei que imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de um círculo de pessoas, as quais, embora não determinadas, podem ser determináveis através da conformação intrínseca de lei. O importante não é o enunciado lingüístico da lei, mas seus efeitos.**

Esquematisando a questão, de forma simplificada, tem-se o seguinte quadro:

Texto legal 1: Para ter direito à progressão, de regime prisional para meio aberto ou livramento condicional, é preciso trabalhar.

Texto legal 2: O estrangeiro em situação irregular não pode trabalhar.

Norma extraída da interpretação literal dos textos legais 1 e 2: Preso estrangeiro, em situação irregular, não tem direito à progressão para o regime aberto e tampouco para o livramento condicional.

Os artigos 114, da Lei de Execução Penal, e 83, do Código Penal, exigem, para ter direito ao regime aberto e ao livramento condicional, que o condenado demonstre estar trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Correspondem, no esquema, ao texto legal 1.

Os artigos 97 e 98 da Lei 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro - proíbem o trabalho remunerado aos estrangeiros com visto de turista, de trânsito, ou temporário na condição de estudante. Portanto, em tese, o estrangeiro condenado criminalmente, mas com visto de trabalho, poderia progredir para o regime aberto. Ocorre que o artigo 49 do Estatuto do Estrangeiro estabelece que a decretação de expulsão gera cancelamento do registro do estrangeiro. De acordo com o artigo 48, o registro é condição *sine qua non* para obtenção de emprego; logo, o estrangeiro, com decreto de expulsão, não poderá trabalhar. Estes dispositivos legais correspondem, no esquema, ao texto legal 2.

A norma extraída da interpretação literal dos dispositivos legais 1 e 2 é a que veda a progressão de regime prisional ao preso estrangeiro em situação irregular, e que vem sendo reiteradamente afirmada nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O problema não reside nas normas citadas, genéricas e constitucionais, mas na interpretação literal destas normas, quando conjugadas no caso concreto. A interpretação literal leva à chamada inconstitucionalidade concludente, pois produz a discriminação de um grupo específico de pessoas, os estrangeiros presos. O efeito desta discriminação é a negação do direito à liberdade ao estrangeiro.

A interpretação sistêmica destas normas, iluminada pelos valores constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, levaria a outro resultado.

**c) O princípio da igualdade não cobre desigualdades produzidas por meros fatos, salvo se tiverem relevância jurídica. São relevantes juridicamente quando existir, no ordenamento jurídico, um princípio do qual derive a necessidade de uma igualdade de trato entre os desigualmente afetados.**

Em suas decisões, o Supremo alega não ser direcionada para o estrangeiro a exclusão do benefício da progressão, mas para aquele que não preenche os requisitos legais, pretendendo, com isso, justificar a discriminação perpetrada.

Afirma, portanto, que a desigualdade deriva de fato concreto, ou seja, a impossibilidade do estrangeiro em situação irregular atender aos requisitos exigidos por lei.

Desigualdades geradas por meros fatos só interessam ao princípio isonômico se, no ordenamento jurídico vigente, houver princípio a exigir tratamento igualitário. Há, na Constituição brasileira, dois princípios gerando a necessidade de correção desta desigualdade: o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ambos os princípios exigem que a desigualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, gerada por fato concreto, seja corrigida, pois liberdade e dignidade são direitos a demandarem tratamento igualitário para todos os seres humanos.

**d) A questão da igualdade é sempre relacional. Só se pode ser igual ou diferente de alguma coisa ou de alguém. No entanto, não basta estabelecer qual o referencial. É preciso dizer em que aspectos reside a igualdade ou a diferença. O reconhecimento de que as pessoas são diferentes é latente. Para saber se um tratamento diferenciado é constitucional ou não, precisa-se analisar se a diferença apontada como justificativa para o tratamento desigual, é relevante ou não.**

Apesar do Supremo Tribunal Federal insistir que ser estrangeiro não impede o benefício, isto só é verdade em tese. De fato, o estrangeiro que pratica crime no Brasil, normalmente é expulso, e o Supremo entende que o decreto de expulsão impede a progressão de regime prisional. Logo, a concessão do benefício é vedada ao estrangeiro. A nacionalidade é o fator determinante para a diferença de tratamento.

A nacionalidade pode ser fator determinante para o tratamento legal diferenciado, desde que se justifique. Para analisar a constitucionalidade, ou não, da discriminação, é preciso verificar em quais aspectos os envolvidos se diferenciam e se estes aspectos legitimam a desigualdade.

Como a relação comparativa é entre brasileiros e estrangeiros condenados criminalmente, verifica-se, como aspectos que os distinguem e os igualam, os seguintes:

Diferença: a nacionalidade. O brasileiro, ainda que esteja com os direitos políticos temporariamente suspensos (art. 15, III da CF), é cidadão, integra a sociedade que atingiu e para ela regressará. O estrangeiro pertence a outro núcleo social e será definitivamente expulso do Brasil.

Semelhança: são seres humanos. Apesar de serem diferentes em relação ao país de origem, são igualmente seres humanos. Ambos delinqüiram e estão pagando por seus erros.

O tratamento diferenciado se dá em relação ao direito à liberdade na acepção mais primitiva, a de não permanecer encarcerado indevidamente. É direito previsto como fundamental, pelo artigo 5º da Constituição, e diz respeito ao ser humano em geral. Não se trata de direito ligado à cidadania, mas inerente ao homem. Como o que distingue o preso estrangeiro do nacional é a

condição de cidadão, claro está que o tratamento desigual entre brasileiro e estrangeiro, neste caso, não se justifica. A nacionalidade não pode ser considerada relevante para justificar o tratamento diferenciado no que tange à liberdade, direito do ser humano e não do cidadão.

**2. A passagem para o regime semi-aberto é vedada porque a vigilância sobre o preso é menor. Isto abre, em tese, a possibilidade de fuga, a qual pode vir a frustrar a execução do decreto de expulsão.**

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal entende que até mesmo a progressão para o regime semi-aberto está vedada ao estrangeiro com decreto de expulsão.

Permitir a ida para instituto prisional de menor vigilância e, portanto, com maior liberdade, parece colocar em risco a autoridade do Poder Executivo nacional. Isto porque a possibilidade de fuga aumenta e, conseqüentemente, a chance de frustração do decreto de expulsão.

E a possibilidade de fuga do brasileiro, não é a mesma? Não se coloca em cheque a autoridade do Poder Executivo, ao qual está sujeito no cumprimento da pena, e do Poder Judiciário, que determinou o cumprimento da sentença?

Parece que a fuga de um condenado estrangeiro, independentemente da periculosidade, é sempre mais grave que a fuga de um condenado brasileiro.

O que justifica esta posição? A existência de um decreto de expulsão? A possibilidade, em tese, da fuga impedir a expulsão? Não parece argumento suficientemente forte a justificar tratamento desigual de tamanha importância.

**3. O regime aberto e o livramento condicional são vedados porque, uma vez tendo o Poder Executivo declarado o estrangeiro “indesejável” e expedido decreto de expulsão, não pode, o Poder Judiciário, devolvê-lo ao convívio social. Uma atitude do Poder Judiciário, neste sentido,**

**configuraria um desrespeito à decisão do Poder Executivo e colocaria em risco a “harmonia entre os Poderes”.**

Admite-se, a liberdade do condenado estrangeiro com decreto de expulsão gera situação materialmente complicada. Afinal, se alguém foi declarado “indesejável” a ponto de ser expulso do país, não deveria circular livremente.

Deve-se avaliar é se esta incoerência – ter o estrangeiro expulso circulando livremente - tem força suficiente para sustentar o tratamento desigual em relação ao direito à liberdade.

O argumento de que decisão do Supremo Tribunal Federal, colocando em liberdade o estrangeiro com decreto de expulsão, afronte a posição do Presidente da República e abale a harmonia entre os Poderes, talvez tivesse cabimento num Estado ditatorial, no qual o Poder Executivo sobrepõe-se, claramente, aos demais Poderes, e quando os limites do respeito ao texto constitucional e aos direitos humanos são ditados pelo Chefe do Executivo.<sup>154</sup>

O sistema de “freios e contrapesos” referidos pela doutrina americana visa o controle recíproco entre os Poderes para que, num trabalho conjunto, zelem pelo respeito à Constituição.

Não se está sugerindo que o Poder Judiciário exerça controle sob o decreto de expulsão, além do que lhe cabe legalmente. Pretende-se é que o Poder Judiciário não deixe de cumprir seu papel, de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, por submissão a decisão do Poder Executivo.

Reconhece-se a dificuldade da situação – estrangeiro expulso circulando livremente – mas a questão de fato não pode sobrepor-se ao direito. E o direito do estrangeiro é ter acesso ao mesmo tratamento do nacional no referente ao cumprimento da pena. Cabe, ao judiciário, exercer seu papel de baluarte dos

---

<sup>154</sup> Analisando a situação dos direitos fundamentais dos presos, Iñaki Rivera Beiras alerta para o fato de que todas as limitações aos direitos fundamentais dos presos tem origem em uma doutrina que, nascida no âmbito do Direito Administrativo da Alemanha “decimonónica”, procurou configurar um espaço alheio ao controle judicial, confiando a Administração a capacidade de regulamentação de várias questões, entre elas, a penitenciária. Esta situação refletia as tensões existentes entre Executivo e Judiciário, na qual o primeiro não admitia ser controlado em determinadas atividades. BEIRAS, I.R. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría**, p. 368

direito fundamentais, concedendo, ao estrangeiro, o mesmo direito à liberdade oferecida ao nacional.

Não se trata de questão burocrática, mas da concessão, ou não, de liberdade a um homem. Ficar preso em regime fechado dez anos ou cinco anos faz muita diferença. Ignorar esta diferença significa desrespeitar o ser humano como tal. Significa reconhecer que a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro não passa de discurso vazio de significado.

O problema prático cabe ao Poder Executivo resolver, extrapola a esfera do Poder Judiciário. Caberá ao Poder Executivo decidir se prefere o estrangeiro expulso no país até o momento final do cumprimento da pena, para depois expulsá-lo, ou se prefere fazê-lo no momento de sua libertação condicional. Questão discricionária do Presidente da República, no exercício da soberania estatal.

#### **4. Assim como a decretação, o momento da expulsão é decisão discricionária do Presidente da República e o Judiciário nada pode fazer a respeito.**

A assertiva de que a decisão sobre a expulsão e o momento adequado para sua efetivação é ato discricionário do Presidente da República está correta. Ao Poder Judiciário só cabe a análise da legalidade da medida no que tange a ocorrência de hipótese permissiva e a inexistência de situações impeditivas.

Apesar de não ser o ponto central deste trabalho, fazer um exercício, a respeito de qual seria o melhor momento para a expulsão, é bastante relevante para discussão do tema.

Pode-se argumentar, de forma bastante prática, que o estrangeiro condenado deve ser expulso imediatamente, a fim de não ocupar lugar nos presídios já superlotados, sustentados pelos contribuintes. A posição contrária, da expulsão se dar após o cumprimento da pena, baseia-se na preocupação com a questão da impunidade. Afinal de contas, a expulsão equivale à não punição, na medida em que o estrangeiro é libertado, para ser mandado embora.

É importante ressaltar, uma vez expulso, o estrangeiro não pode mais voltar ao Brasil, salvo se o decreto for revogado. Se retornar, será novamente expulso, sem necessidade de novo decreto, incidindo ainda na prática de crime contra administração da justiça, artigo 338 do Código Penal. Também é interessante lembrar que, embora tenha ficado determinado pela Convenção de Havana de 1928 a obrigatoriedade de todo país receber seus nacionais quando expulsos, o estrangeiro pode optar por ser mandado para outro lugar, desde que aceito.

Considerando que a solução de expulsar o estrangeiro sem cumprimento da pena pode trazer sensação de impunidade e que a exigência de cumprimento integral da pena, para efetivar-se a expulsão, gera o problema material em relação à progressão de regime prisional, deve-se buscar caminho alternativo.

A solução intermediária seria a seguinte: chegado o momento de progressão para o regime aberto ou livramento condicional, o Judiciário concederia o benefício ao preso estrangeiro e, antes de colocá-lo em liberdade, comunicaria a decisão ao Executivo Federal, o qual decidiria pela expulsão imediata ou não. Ou seja, na medida em que o estrangeiro passa a ter direito à liberdade, o Presidente da República decide se ele volta ao convívio social ou se o expulsa antes disso.

Ainda assim, a possibilidade do estrangeiro ser expulso antes do cumprimento integral da pena imposta pode gerar indignação. Deve-se enfatizar este ponto, o problema só se coloca a partir do momento no qual, legalmente, o condenado tem direito à progressão de regime. Portanto, a punição ocorreu, a supressão da liberdade foi a mesma para brasileiros e estrangeiros e ambos foram igualmente punidos.

Bobbio<sup>155</sup> afirma haver direitos do homem que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, porque nunca postos em concorrência com outros direitos, também considerados fundamentais. São casos raros, pois, na maioria das vezes, a escolha de um direito, em detrimento de outro, é duvidosa. Dá dois exemplos: o direito de não ser escravizado e o

---

<sup>155</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 20-21

direito de não ser torturado. O primeiro contrapõe-se ao direito de escravizar e o segundo, ao de torturar. Nestes dois casos, a escolha parece fácil e nem precisa ser justificada, por ser decisão moralmente aceita. No caso da progressão de regime do preso estrangeiro, a que direitos se contrapõe? Se a questão for entre o direito à liberdade *versus* o direito de punir da sociedade<sup>156</sup>, a solução fica difícil. No entanto, não pode ser esta a contraposição porque, como já visto, a questão da liberdade coloca-se no momento em que a lei permite a concessão de liberdade (mesmo condicionada) ao infrator. Talvez a dicotomia correta seja: direito à liberdade *versus* direito da sociedade punir mais severamente o estrangeiro. Neste caso, não pode haver direito da sociedade sobrepondo-se ao direito à liberdade.

Aos que continuam indignados com esta possibilidade pergunta-se: o condenado brasileiro também não será solto? Não são, ambos, seres humanos com o mesmo direito à liberdade e dignidade?

A resposta negativa para esta última questão só demonstra uma coisa: comportamento xenófobo. A xenofobia não pode ser aceita por nenhum Estado que se diga comprometido com os valores e direitos humanos.

O artigo 1º, III, da Constituição, traz, como fundamento do Estado brasileiro, a “dignidade da pessoa humana”. “Pessoa humana” não tem sexo, nem raça, nem cor, nem nacionalidade. Trata-se do gênero humano. Ao mesmo tempo, no artigo 4º, II, há a afirmação de que a República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”. “Direitos humanos”, não são direitos vinculados à determinada nacionalidade, mas a todos os homens indistintamente. Os dois dispositivos referidos são coerentes e completam-se.

José Damião de Lima Trindade, ao tratar de evolução histórica e jurídica dos direitos humanos, constatando a distância entre o Direito e a realidade, comenta:

*O problema não reside no conceito, reside na realidade.  
Configura-se uma relação em que, entre dispor formalmente de*

---

<sup>156</sup> Poderia contrapor *direito à liberdade X direito de punir do Estado*, mas a colocação procura seguir o exemplo do Bobbio, colocando no pólo oposto ao estrangeiro as pessoas integrantes da sociedade.

*instrumentos jurídicos para a proteção dos Direitos Humanos e efetivamente levá-los à prática, medeia, com cansativa freqüência, uma distância trágica – que se nutre de visões conservadoras de mundo, “razões de Estado”, interesses de classe e de grupos, preconceitos irracionais persistentes, ou “resignação” objetivamente cúmplice”.*<sup>157</sup>

Como já dito, o momento da expulsão é ato discricionário do Chefe do Executivo. No entanto, se a opção pela efetivação da expulsão coincidissem com o direito à progressão para o regime aberto ou livramento condicional, resolveria a aparente incoerência de ter um indivíduo declarado “indesejável” reintegrado ao convívio social.

É preciso reforçar, não é esta a questão central. A inconstitucionalidade não se encontra na decisão acerca do momento da expulsão, mas no indeferimento da progressão de regime prisional ao preso estrangeiro.

Mesmo se o decreto de expulsão permanecer inalterado, prevendo a expulsão após o término da sentença, não se pode subtrair, do estrangeiro, o direito à progressão de regime, porque estaria subtraindo-se, em última instância, o que a progressão significa: direito ao convívio social, direito à liberdade.

**5. A progressão de regime tem como finalidade reintegrar, aos poucos, o condenado à sociedade. Não há interesse em promover a progressão de regime do estrangeiro expulso, uma vez que ele não será jamais reintegrado a sociedade brasileira.**

Cabe aqui reflexão acerca do sentido da pena, que deve, fundamentalmente, ser útil para a sociedade. Há tempos superou-se a idéia da pena como vingança. Ela tem, hoje, como ideal ser instrumento de ressocialização. Não há como aceitar outra fundamentação para o direito de punir do Estado senão o cuidado e a melhora da sociedade como um todo.

---

<sup>157</sup> TRINDADE, José Damiano de Lima. “Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos”, in **Direitos Humanos. Construção da Liberdade e da Igualdade**, p. 161

O Brasil assumiu compromisso neste sentido quando ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, o qual, em seu artigo 5º, 6, estabelece que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social do condenado. O Pacto, internalizado pelo Decreto n.678/92, refere-se a todos os condenados quando afirma que, para efeito da Convenção, pessoa é todo ser humano.<sup>158</sup>

A intenção é que o indivíduo praticante de ilícito possa voltar ao convívio social, recuperado e redimido de seus erros. A progressão de regime é etapa fundamental para esta reinserção social.

Ao justificar o tratamento desigual entre brasileiros e estrangeiros, a Corte Suprema afirmou que a progressão de regime só interessa no trabalho de ressocialização do condenado e, uma vez que o estrangeiro não vai ser reinserido, não precisa haver progressão.

Este raciocínio está logicamente correto, mas do ponto de vista jurídico-constitucional não poder ser aceito. É argumentação inadmissível em um Estado que se diz respeitador da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade e que tem, entre seus objetivos, *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, conforme afirma o art 2º da Constituição Federal.

É discurso que remete à idéia de cumprimento da pena como algo totalmente dissociado do indivíduo, só interessando à sociedade. Como esta sociedade não vai mais ter que conviver com este indivíduo, então sua recuperação de nada lhe interessa. Ora, se a recuperação do indivíduo não interessa à sociedade, para que mantê-lo preso? Por que não expulsá-lo imediatamente?

---

<sup>158</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao referir-se à Convenção Americana de 1969 afirmou: “Os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e a Convenção Americana em particular, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objetivo e fim é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes.” Corte Interamericana de Direitos Humanos, Série A, n 2º, par. 29. *Apud* SANCHO, Ángel G. Chueca. **La Expulsión de Extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos**, p. 28

Parece ser única função da pena, nestes casos, a vingança. A sociedade vinga-se do indivíduo que a agrediu, sem preocupar-se com o caráter ressocializador da medida.

A adoção de postura como esta, de quem não se interessa pela ressocialização do criminoso pelo simples fato de que ele vai ser mandado para outro país, é incompatível com a descrição constitucional de Estado que se rege, nas relações internacionais, por princípios como o da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º II e IX).<sup>159</sup>

Ou seja, não interessa ao Estado brasileiro em que situação o estrangeiro vai chegar em seu país de origem ou em qualquer outro. Interessa “passar o problema adiante”, sem preocupar-se com o ser humano ou mesmo com o a sociedade que irá recebê-lo. Definitivamente, esta atitude não é compatível com os compromissos assumidos pela Constituição.

**7. Apesar de vedada a progressão de regime, se esta for concedida e a decisão transitar em julgado, não se pode revertê-la. Isto seria um desrespeito à coisa julgada.**

A posição de não reverter a decisão em nome da coisa julgada está absolutamente correta. A proteção à coisa julgada está prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e não pode ser ignorada. Ora, se a coisa julgada é respeitada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, porque não a dignidade da pessoa humana?

Já foram discutidas as razões pelas quais o Supremo entende não ser possível a concessão de progressão de regime para o preso estrangeiro em situação irregular e a mais forte delas é o respeito ao decreto de expulsão. Permitir, a preso estrangeiro, passar de regime fechado para semi-aberto, significa possibilidade de fuga; para o aberto e livramento condicional, a incoerência do estrangeiro, declarado indesejável por decreto do Presidente da

---

<sup>159</sup> Flávia Piovesan afirma que o artigo 4º da Constituição simboliza a “reinserção do Brasil na arena internacional”, rompendo com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta em favor da proteção dos direitos humanos. PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 66-69

República, circular livremente. Além disso, significa desrespeito à decisão do Chefe do Executivo, podendo comprometer a harmonia entre os Poderes.

No entanto, quando a Suprema Corte depara-se com um caso de “erro”, no qual o preso nestas condições passou para o regime aberto ou livramento condicional, admite não ser possível reverter a decisão, por respeito à Constituição. Interpreta o caso concreto de forma que os motivos “impeditivos” da concessão do benefício ao preso estrangeiro sucumbem perante a força da proteção constitucional à coisa julgada.

Por que razão não se interpreta o direito à progressão de regime do preso estrangeiro da mesma forma, garantindo a preponderância do direito à igualdade e à liberdade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana?

Constata-se, das decisões apresentadas no primeiro capítulo, preocupação voltada especialmente para questões práticas, como a possibilidade de fuga, a impossibilidade do estrangeiro com decreto de expulsão trabalhar ou mesmo circular livremente, e a inutilidade da progressão de regime prisional nestes casos.

Como visto no capítulo VII, a interpretação nunca é atividade neutra, entre outras razões porque o intérprete avalia os efeitos de sua decisão no mundo jurídico e no mundo real. A preocupação com as questões de fato, de forma alguma irrelevantes, levaram a cristalização da solução jurídica que resolve estes problemas, mas desrespeita os valores maiores da Constituição.

Chega-se, finalmente, ao ponto fulcral da questão: interpretação constitucional.

Vedar a progressão do preso estrangeiro para o regime semi-aberto porque eventual fuga poderia frustrar o cumprimento do decreto de expulsão é interpretação que desrespeita, de maneira absoluta, o direito à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira, afirmar que o preso estrangeiro não tem direito ao regime aberto e livramento condicional e, portanto, não tem direito à liberdade, porque decreto do Presidente da República o impede, é inversão total de valores.

No entanto, é possível chegar a estas decisões se o método utilizado para interpretação constitucional for o literal. Na interpretação literal tem-se, de um lado, como requisito para a progressão de regime, a possibilidade de trabalhar e, de outro, o decreto de expulsão, impedindo o preso estrangeiro trabalhar. No raciocínio que não leve em conta os valores constitucionais, o resultado é o preso estrangeiro com decreto de expulsão não ter direito à progressão de regime prisional.

Procedendo-se à interpretação sistemática, chega-se a resultado totalmente diverso. Antes de demonstrar esta afirmação, é preciso lembrar alguns pontos importantes acerca da interpretação constitucional:

**1. A interpretação constitucional tem por finalidade principal garantir a supremacia da Constituição e a eficácia das normas constitucionais.**

Sempre que há envolvimento de norma constitucional no processo de interpretação, tem-se interpretação constitucional, com suas características próprias. A finalidade maior da interpretação constitucional é garantir a prevalência das normas constitucionais mas, ainda assim, é preciso proceder a interpretação do sentido e alcance destas normas.

**2. A atividade interpretativa pressupõe a não existência de identidade absoluta entre a letra da lei e a norma.**

A norma não é a letra da lei, mas sim o que se constrói de sua interpretação, podendo envolver a conjugação de mais de uma lei e da própria Constituição, como é o caso em questão. Tem-se aqui, de forma simplificada, o envolvimento do Estatuto do Estrangeiro, do Código Penal, da Lei de Execução Penal e da Constituição Federal.

**3. A interpretação nunca é totalmente neutra, na medida em que o intérprete possui valores, ainda que inconscientemente, utilizados ao interpretar. Mesmo o enfoque que o intérprete dá ao Direito**

**Constitucional é decisivo no resultado da interpretação: a Constituição como forma de organização da autoridade dentro de determinada sociedade; e a Constituição como instrumento garantidor da liberdade do indivíduo.**

Em toda atividade interpretativa, os valores do intérprete interferem. Enxergar a Constituição como forma de organização da autoridade ou como instrumento garantidor da liberdade faz muita diferença no momento da interpretação. Propõe-se aqui a visão conciliadora destes dois enfoques, ou seja, de Constituição como instrumento garantidor da liberdade, dentro de determinada organização de poder.

**4. A atividade de interpretação não é neutra porque todo ato interpretativo tem conseqüências no mundo jurídico e no mundo real, e o intérprete avalia os efeitos de sua decisão.**

Como acomodar no país o estrangeiro que já foi declarado indesejável por decreto do Presidente da República, quando chega o momento da progressão para o regime aberto? A dificuldade material inerente a esta situação acaba por influenciar na decisão. Como o estrangeiro está impedido de cumprir um dos requisitos para progressão, o problema resolve-se facilmente por meio de interpretação literal. A construção de interpretação sistemática da Constituição é desprezada, porque levaria a resultado envolvendo todas as dificuldades fáticas já citadas.

**5. Nunca a norma constitucional pode ser interpretada com base na norma infraconstitucional. A norma constitucional sempre determina o alcance da norma infraconstitucional.**

A interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso do preso estrangeiro, está privilegiando a norma infraconstitucional em detrimento da norma constitucional. Ao interpretar de forma literal os textos legais implicados, produz solução inconstitucional, por desigualar pessoas em situação semelhante, apenas pelo fato de uma delas ser estrangeira. A afirmação de que a discriminação decorre da circunstância especial de ter sido

decretada expulsão e não pelo fato de ser estrangeiro não é verdade; à medida em que o estrangeiro é condenado criminalmente, habitualmente, tem decretada sua expulsão. Assim, o estrangeiro nunca pode progredir para regime prisional mais benéfico.

A interpretação constitucional que privilegia a legislação infraconstitucional está equivocada por desprezar o fato do estrangeiro estar sendo discriminado simplesmente pelo fato de ser estrangeiro, e prejudicado em relação a um direito – a liberdade – para o qual não importa a nacionalidade, por tratar-se de direito do homem enquanto ser humano e não enquanto cidadão.

**6. O princípio da proporcionalidade deve sempre orientar o intérprete no sentido de verificar a existência de abusos por parte do legislador e sacrifícios desnecessários dos direitos fundamentais.**

Luís Roberto Barroso<sup>160</sup> ensina, o princípio da razoabilidade é desrespeitado nas seguintes circunstâncias: se não há relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; se há outro meio que atinja o fim pretendido mas com menos ônus a um direito individual; se não há proporcionalidade na medida, ou seja, o que se perde é mais importante do que se ganha.

No caso da proibição de progressão de regime para o preso estrangeiro com decreto de expulsão, tem-se o sacrifício do direito à liberdade em nome da garantia de efetivação do decreto do Poder Executivo. Indiscutível a relevância do decreto de expulsão e a importância de sua efetivação, mas será este o meio mais adequado para atingir o fim pretendido? A medida implica em sacrifício desnecessário do direito à liberdade. Se o fim pretendido é garantir a expulsão, o Poder Público poderia fazê-lo no momento em que, legalmente, o estrangeiro teria direito à liberdade por meio da progressão de regime. O sacrifício do direito individual à liberdade é desproporcionado.

Se o sacrifício é desproporcionado em relação a proibição de passagem para meio aberto e livramento condicional, o que dizer da vedação à

---

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 234

progressão para regime semi-aberto? Como pode cerceamento de liberdade tão grave ser justificado pela possibilidade, em tese, do preso fugir e, com isso, frustrar o decreto de expulsão?

A vedação de progressão de regime como meio para garantir a expulsão é totalmente inconstitucional, por sacrificar desnecessariamente a liberdade dos estrangeiros e, com isso, ferir o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

**7. A interpretação só estará correta se tiver como fundamento os princípios constitucionais, que devem ser a linha mestra condutora do raciocínio. Os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana podem ser considerados como princípios gerais de direito.**

A interpretação sistemática da questão, fundamentada nos princípios constitucionais, leva à conclusão de não se poder discriminar o preso estrangeiro, negando-lhe direito à progressão de regime, pelo simples fato de ser estrangeiro. Isto porque impedir a progressão significa, em última instância, impedir o acesso à liberdade, direito de todos os homens e não exclusivamente dos cidadãos. Desigualar pessoas que deveriam ser tratadas da mesma forma fere o princípio da igualdade. No presente caso, esta desigualdade atinge o direito à liberdade dos envolvidos. Atingidos os direitos à igualdade e à liberdade, forçoso concluir pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro.

A interpretação literal das normas conjugadas leva à solução equivocada, desrespeitando os valores supremos da Constituição por ignorá-los, o que é inadmissível na interpretação constitucional.

Considerando que as normas não são, de per si, inconstitucionais, a forma de sanar a inconstitucionalidade é proceder a *interpretação conforme a Constituição*, respeitando os princípios constitucionais gerais como vetores da atividade interpretativa.

No caso da progressão de regime prisional para o preso estrangeiro irregular, as normas previstas do art. 114, da Lei de Execução Penal, e no

artigo 83, do Código Penal, bem como os artigos 49 e 98 do Estatuto do Estrangeiro, continuariam válidas, pois não são inconstitucionais. Seria declarado inconstitucional somente a proibição de trabalho para o preso estrangeiro. Isto porque esta proibição gera a impossibilidade de usufruir de benefício que deve ser oferecido a todos, indistintamente.

Portanto, a conseqüência da *interpretação conforme a Constituição* seria a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que leva a proibição de trabalho para o estrangeiro preso, porque esta interpretação acaba por gerar discriminação inconstitucional. Inconstitucional por diferenciar brasileiros e estrangeiros em aspecto no qual eles são idênticos, tanto uns como os outros são seres humanos e têm direito à liberdade. A interpretação que negar este direito ao estrangeiro estará ferindo o direito à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Os artigos do Estatuto do Estrangeiro referentes a possibilidade de trabalho são os seguintes:

*Art. 48 – Salvo o disposto no 1º, do artigo 21, a admissão de estrangeiro a serviço de entidade pública ou privada, ou a matrícula em entidade de ensino de qualquer grau, só se efetivará se o mesmo estiver devidamente registrado.*

*Art. 97 – O exercício de atividade remunerada e a matrícula em estabelecimento de ensino são permitidos ao estrangeiro, com as restrições estabelecidas nesta Lei e no seu Regulamento.*

*Art. 98 – Ao estrangeiro que se encontra o Brasil ao amparo do visto de turista, trânsito ou temporário, de que trata o artigo 13, item IV, bem como as 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.*

Assim, procedendo a *interpretação conforme a Constituição*, tem-se que os artigos 48, 97 e 98 devem ser interpretados de forma a não incluir, na vedação de atividade remunerada, o estrangeiro preso que depender do trabalho para ter direito à progressão de regime prisional para meio aberto e livramento condicional.

Mas qual o caminho adequado para provocar o Judiciário em relação a esta questão?

O caminho sempre possível e o mais natural, nestes casos, é a via de exceção, sendo o *Habeas Corpus* o instrumento apropriado para salvaguarda do direito de liberdade.

Portanto, qualquer instância do Poder Judiciário pode ser convocada a manifestar-se, sendo que, por tratar-se de matéria constitucional, a questão pode chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, não haveria declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, mas declaração de inconstitucionalidade da interpretação que tem como resultado a conclusão do preso estrangeiro não poder trabalhar e, portanto, não ter direito à progressão de regime prisional. Esta declaração seria fruto de *interpretação conforme a Constituição*, uma vez que, respeitados os valores constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não se admite interpretação que vede a progressão de regime ao preso estrangeiro.

Outra possibilidade seria resolver, de forma definitiva, o assunto por meio da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. De acordo com a lei 9.882/99, a Argüição tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Os preceitos fundamentais violados são a dignidade da pessoa humana (art. 1º,IV), a igualdade e a liberdade (art. 5º, caput). Pode-se questionar qual o alcance da expressão preceito fundamental, mas indiscutivelmente, por mais restrita que possa ser a interpretação, os direitos citados integram este núcleo.

A expressão “atos do Poder Público” inclui os atos de natureza normativa, legislativa e judicial. No caso, a lesão à dignidade, igualdade e liberdade advém da interpretação equivocada que se faz da conjugação do

artigo 114 da Lei de Execução Penal, artigo 83 do Código Penal, e dos artigos 48, 97 e 98 do Estatuto do Estrangeiro.

Também aqui, o pleito seria a *interpretação conforme a Constituição* para explicitar que não se aplica a proibição de trabalho ao preso estrangeiro em situação irregular, para que possa ter direito à progressão de regime prisional e, com isso, atender aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Resta ainda verificar o requisito da inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade, previsto pela norma infraconstitucional. A subsidiariedade da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem sido entendida não como a mera impossibilidade de utilização de outros meios processuais, mas como a impossibilidade de utilização de outro meio que atinja os mesmos resultados, ou seja, com a mesma eficácia. Já se discutiu aqui a viabilidade de discussão dos casos concretos pela via de exceção. No entanto, o resultado da via de exceção é *inter partes*, e não tem efeito vinculante. Assim, não oferece os mesmos resultados da Argüição.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade esbarra com o problema das normas objeto de discussão, por serem anteriores à Constituição de 1988, e, portanto, não poderia ser utilizado este meio.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, impetrado pelo jurista e advogado Luís Roberto Barroso, no caso da polêmica questão sobre o aborto de feto anencefálico.<sup>161</sup>

Na petição inicial, Luís Roberto Barroso solicita que, no caso do não conhecimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ação seja recebida alternativamente como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para tanto, argumenta que, apesar dos dispositivos questionados serem anteriores a promulgação da Constituição vigente, pode-se admitir Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois pleiteia-se não a declaração de nulidade de nenhuma norma, mas a *interpretação conforme a Constituição*, sem redução de texto. Explica que o sentido da proibição de

---

<sup>161</sup> ADPF n. 54/DF

questionamento de normas produzidas anteriormente à Constituição, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, é o seguinte: dado o fenômeno da recepção, ou as normas preexistentes à Constituição são recepcionadas ou não. Se estiverem materialmente em desacordo com o novo texto, sofrem espécie de revogação tácita. Portanto, o Supremo não pode declarar nula norma já tacitamente revogada, pela não recepção.

No caso em tela, o pedido não é de nulidade da norma, mas de *interpretação conforme a Constituição*, sem redução de texto. Seria, em tese, admissível, neste caso, a Ação Direta da Inconstitucionalidade.

Esta argumentação é pertinente e poderia, realmente, servir como solução alternativa no caso de não conhecimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O importante é encontrar o instrumento, individual ou coletivo, que permita ao judiciário refletir detidamente sobre a questão e desfazer este equívoco de interpretação que acaba por impor, ao estrangeiro, tratamento discriminatório inconstitucional.

## CONCLUSÃO

Do estudo realizado, chega-se a algumas conclusões acerca do tratamento dado atualmente ao preso estrangeiro em situação irregular, do equívoco neste tratamento e qual o caminho correto a trilhar. De forma esquematizada, tem-se o seguinte:

1. Ao estrangeiro em situação irregular no país é vedado o direito à progressão de regime prisional. Os argumentos utilizados para justificar esta posição são: a) proibição do estrangeiro em situação irregular exercer trabalho remunerado, condição essencial para concessão do benefício; b) existência, na maioria dos casos, de decreto de expulsão a ser efetivado após o cumprimento da sentença; c) a desnecessidade de aplicação da progressão de regime prisional ao preso estrangeiro, o qual será expulso após o cumprimento da pena.

2. Analisando o primeiro argumento (a) tem-se que a proibição de trabalhar decorre da interpretação literal da conjugação de normas do artigo 83 do Código Penal, artigo 114 da Lei de Execução Penal e artigos 48, 97 e 98 do Estatuto do Estrangeiro.

3. A interpretação literal das normas citadas, ignora os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que deveriam servir de vetores à interpretação constitucional, e resolve o problema pela aplicação literal das referidas normas.

4. Neste caso, a interpretação despreza o princípio da igualdade, ao permitir a discriminação entre brasileiros e estrangeiros em relação à liberdade, direito não ligado à condição de cidadão, mas à condição de ser humano.

5. Há direitos que são do cidadão, como direito a votar e ser votado, e há direitos do ser humano enquanto tal. O direito à progressão de regime prisional diz respeito ao direito à liberdade física do indivíduo, direito independente da nacionalidade para ser usufruído. Portanto, não se pode desigualar brasileiros e estrangeiros no direito à liberdade.

6. Atingidos os direitos à igualdade e liberdade, deve-se concluir pela violação do direito à dignidade da pessoa humana, do qual decorrem.

7. Como fundamento do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana é princípio positivado que não pode, em hipótese alguma, ser desprezado na atividade interpretativa. Também os princípios da liberdade e igualdade, como princípios gerais da Constituição, têm a função de guiar o intérprete.

8. Procedendo à interpretação sistemática, iluminada pelos citados valores supremos do ordenamento jurídico, chega-se à conclusão de não se poder negar, ao estrangeiro preso, o mesmo regime de cumprimento de pena que o aplicado ao preso nacional.

9. Portanto, para respeitar a Constituição, é preciso proceder a *interpretação conforme a Constituição*, por meio da qual declare-se a constitucionalidade das normas infraconstitucionais citadas, desde que, quando conjugadas, sejam interpretadas de forma a excluir o estrangeiro preso da vedação de trabalho remunerado. Isto porque, a impossibilidade de trabalhar gera, entre brasileiros e estrangeiros presos, tratamento diferenciado inconstitucional.

10. O instrumento jurídico para provocar esta *interpretação conforme a Constituição* tanto pode ser o *Habeas Corpus*, no caso concreto, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na declaração em tese.

11. Ao analisar o segundo argumento (b) verifica-se uma desconsideração do Supremo Tribunal Federal a respeito de sua função primordial de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos.

12. Vedar a progressão para o regime semi-aberto, por entender que a existência do decreto de expulsão impede o benefício, é perpetrar desigualdade sem qualquer fundamento, é desconsiderar o estrangeiro como ser humano, com direito à igualdade e à dignidade.

13. Já a progressão para o regime aberto e livramento condicional gera situação materialmente desconfortável, na medida em que o estrangeiro

declarado indesejável, por decreto do Presidente da República, passará a circular livremente no território nacional. No entanto, esta questão prática não pode obstar a concretização dos valores constitucionais, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana.

**14.** Garantir o direito à progressão de regime prisional ao estrangeiro irregular não é afrontar a decisão do Poder Executivo, nem tampouco invadir a sua competência, mas, sim, garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais, competência constitucional entregue ao Supremo Tribunal Federal.

**15.** O momento da expulsão é decisão discricionária do Chefe do Poder Executivo Federal, podendo realizá-la quando achar conveniente. Tratando da questão prática, cabe ao Executivo decidir se prefere expulsar o estrangeiro no momento em que ele tiver direito ao benefício da progressão para regime aberto ou livramento condicional, ou mantê-lo no país até o cumprimento integral da pena.

**16.** Conferindo o terceiro argumento (c), percebe-se o descaso absoluto com a questão da ressocialização do condenado.

**17.** A pena tem, hoje, não só caráter retributivo, mas também educativo. A progressão de regime tem, como finalidade, promover a reinserção paulatina do condenado à sociedade e é considerada fundamental para o sucesso de sua reintegração social.

**18.** A ausência de interesse na reeducação do condenado, só porque é estrangeiro e será expulso, demonstra desprezo pela dignidade do ser humano e desrespeito em relação ao Estado para qual será enviado, posições incompatíveis com os compromissos assumidos na Constituição Federal de 1988.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais: Na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ARNAU, Juan Andrés Muñoz. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.

ASÍS, Rafael de. *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

AVILÉS, María Del Carmen Barranco. *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

BENDA, Ernesto. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros editores, 1993.

BAPTISTA, Luiz Olavo, RODAS, João Grandino, SOARES, Guido Fernando Silva (organizadores). *Normas de Direito Internacional: Tomo II: Direito Internacional da Pessoa*. São Paulo: LTr, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos: La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Volume I: Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*, 1980.

CAMPOS, German J. Bidart. *Los Equilíbrios de la Libertad*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editora, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª edição, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho e Lenguaje*. Argentina: Abelardo-Perrot, 1972.

CASTELO BRANCO, Tales, *Da Prisão em Flagrante*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CATOIRA, Ana Aba. *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CENEVIVA, Walter. *Directo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CERUTI, Raúl A. e RODRÍGUEZ, Guillermina B. *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Direito, filosofia e interpretação*. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, 1997.

EDWARDS, Carlos Enrique. *Régimen de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad : Ley 24.660*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pelegrini, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direito Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editor Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Editora. Forense, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Imigração e atividade do estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

GORAIEB, Elizabeth. *A Extradicação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas Compulsórias, a Deportação, a Expulsão e a Extradicação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre; Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *A Humanidade como valor básico do estado Constitucional*. In *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fuerza normativa y efectividad de los derechos fundamentales*. In *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991

HERNÁNDEZ, Jesús María Casal. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1991.

HUESO, Lorenzo Cotino. *La singularidad militar y el principio de igualdad: Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

KIPER, Cláudio Marcelo. *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi – José Luis Depalma, 1998.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los Derechos Humanos Y su Defensa ante la Justicia*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1995.

LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramática: sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Atos do Colóquio Marc Ancel, 1991.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

LUCAS, Javier de. *¿Derechos sin fronteras?* In *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos do Preso*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid Y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona: como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Leon: Ed. Universidad de Leon, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES Gilmar Ferreira (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Controle Concentrado de Constitucionalidade : Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MARTINS NETO, João Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Manual de Execução Penal: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

PACES-BARBA, Gregório. *Los Derechos del Extranjero*. In *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. Barcelona: Antonio Marzal editor, 1997.

PINILLA, Ignacio Ara. *Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad*, in *El Principio de Igualdad*, organização de Luis García San Miguel, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2000.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

POND, Roscoe. *Liberdade e Garantias Constitucionais*. São Paulo: IBRASA, 1976.

POSSE, Hotensia D.T. Gutiérrez. *Los Derechos Humanos y las Garantías*. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1988.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contratos e Trabalho de Estrangeiros no Brasil e de Brasileiros no Exterior*. São Paulo: Editora LTr, 2000.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral. Vol. II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

RINCÓN, José Suay. *El principio de Igualdad em la Justicia Constitucional*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

RIQUERT, Marcelo Eduardo e JIMENEZ, Eduardo Pablo. *Teoria de la Pena Y Derechos Humanos: Nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y Aplicación de la Pena*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: enunciándolos en el art. 53.1 de la Constitución española*. Granada: Editorial Comares, 1996.

ROJAS, Miguel Limón. *La Interpretación Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

SALDANHA, Nelson. *Direitos Humanos: Considerações Históricas – Críticas*. In *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003.

SANCHO, Ángel G. Chueca. *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido Editorial, 1998.

SAUCA, José María. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid Y Boletín Oficial del Estado, 1994.

SEPINUCK, Stephen L. e TREUTHART Mary Pat (editado por). *The Conscience of the Court: Selected Opinions of Justice William J. Brennan Jr. on Freedom and Equity*. Illinois: Southern Illinois University, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

STRENGER, Irineu. *Direitos e Obrigações dos Estrangeiros no Brasil: Pessoa Jurídica, Pessoa Física*. São Paulo: Editora LTr, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TREMPS, Pablo Pérez. *Las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales*. In *Derecho Constitucional. Vol I: El ordenamiento constitucional. Derechos e deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos*. In *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. (organizador) *Direitos Humanos: Normatividade Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

VITORINO, António. *Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementariedade?* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1993.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Livramento Condicional e Prática de Execução Penal*. São Paulo: Edipro, 2001.