

SOBRE A TRANSFERÊNCIA E A RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS ESTRANGEIROS

ABOUT TRANSFER AND RE-SOCIALIZATION OF FOREIGN PRISONERS

Aderruan Tavares¹

RESUMO: Os direitos humanos são tema da pauta hodierna e devem guiar as ações dos Estados no trato com os seus presos, independentemente da nacionalidade, garantindo o mínimo existencial a essa parcela da população. Nesse sentido, a possibilidade de ressocialização dos apenados decorre da expansão protetiva e da afirmação dos direitos humanos. Contudo, a ressocialização dos presos estrangeiros pode ser dificultosa, considerando diversos fatores como diferença linguística, cultural e moral, etc.

Palavras-Chaves: Presos Estrangeiros. Direitos Humanos. Transferência. Ressocialização.

RESUME: Human rights are the issue of the current agenda and should guide the States' actions in their relationship with prisoners, independently of nationality, ensuring the minimum existential for them. Thus, the possibility of rehabilitation of prisoners arises from the protective expansion and affirmation of human rights. However, the rehabilitation of foreign prisoners can be troublesome, considering various factors such as linguistic, cultural and moral difference, among others.

Keywords: Foreign Prisoners. Human Law. Transfer. Rehabilitation.

1. INTRODUÇÃO

As condições dos cárceres no Brasil estão constantemente à beira da total falência. Avolumam-se, na imprensa, notícias que fazem o diagnóstico da atual situação dos presos em estabelecimentos prisionais no Brasil², multiplicam-se dados oficiais sobre essas condições³; e eles não são nada animadores. A falta de estrutura dos locais de abrigo

¹ Aluno Especial no Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Assessor-Chefe no Conselho Nacional de Justiça

² <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml>. Acesso em: 31.07.2019

³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 15.07.2019

e de material humano público revelam o descompromisso estatal para com o problema carcerário brasileiro. E a tendência é de piora deste sistema.

As cadeias se assemelham a um depósito de seres humanos, que, quase em sua totalidade, se encontram sem esperança de melhoria da situação carcerária e social. Falar de direitos humanos para essa população esquecida pode parecer uma falácia, uma utopia, ou soar um tanto quanto prepotente, ainda mais se proferida sem ações efetivas com o fim de melhorar essas condições.

O encarceramento em situações degradantes agrava o problema da marginalização, o que impede a ressocialização dos presos, além de provocar a submissão dos presos a severas humilhações, contribuindo para a “mortificação” da personalidade do apenado⁴, que fica sem perspectiva de retorno ao “padrão normal” da sociedade, daí resultando, inclusive, o termo “marginal” popularmente conferido a esta massa de encarcerados. O perfil dos encarcerados no Brasil possui uma característica estrutural e histórica de encarceramento de homens jovens, negros e pobres⁵, a partir de medidas autoritárias e, por vezes, cruéis de controle social daquelas que não se apresentam como “padrão de cidadão”.

A ressocialização de presos estrangeiros em solo nacional tem sua importância na medida de sua possível categorização como um direito humano do apenado. Importa mencionar a extrema dificuldade em que o Estado brasileiro encontra para ressocializar os presos nacionais; no caso dos presos estrangeiros, essa dificuldade é muito maior, devido a diversos fatores, tais como língua, cultura, distância dos familiares, etc. Com isso, o Estado brasileiro, por meio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem intensificado a prática de transferência de presos estrangeiros para que cumpram parte da pena imposta pelas autoridades brasileiras no seu país de origem, ou que brasileiros apenados no exterior cumpram pena em nosso território.

O presente estudo tem o objetivo de destacar a condição dos presos estrangeiros, que, malgrado seja pequena a sua participação numérica nos presídios brasileiros se comparada com as dos nacionais, estão distantes do seu país de origem, convivem com a discriminação acentuada à já dispensada aos presos nacionais, seja em

⁴ PASTORE, 2011, p. 21

⁵ WERMUTH e NIELSSON, 2017, p. 59

virtude da cultura diversa, seja por causa da língua, o que dificulta, sobremaneira, a comunicação entre os próprios presos e entre a estrutura administrativa carcerária e os estrangeiros, razão pela qual o tratamento do estrangeiro pelos atores da execução penal pode revelar muito sobre como o Poder Público brasileiro trata esse “outro”. Dessa forma, os acordos de transferência de presos estrangeiros possibilitam que o estrangeiro, que tenham sido condenados à pena privativa de liberdade, principalmente, cumpra parte da sua pena em solo brasileiro e o restante em seu país de origem, com o intuito precípua de ressocialização, motivo que faz com que esses tratados se revistam eminentemente de caráter humanitário, a ponto de receber especial atenção em nosso ordenamento jurídico.

No presente artigo, tecer-se-á considerações sobre as condições de encarceramento, a concessão de benefícios, a ressocialização e o processo administrativo de transferência dos presos estrangeiros, efetivado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, à luz da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, doravante Lei de Migração. Com isso, intenta-se verificar se a transferência internacional de pessoas condenadas, notadamente no caso do Brasil, tem caráter humanitário e se, pelo menos, contribui para a minoração dos efeitos deletérios do cárcere.

Para tanto, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica a partir das referências bibliográficas, análise de dados estatísticos da Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Recorrerá-se à identificação e análise de decisões e acórdãos que possuam objeto referente a problemas ligados aos presos estrangeiros.

2. O ENCARCERAMENTO DOS PRESOS ESTRANGEIROS

As condições dos cárceres brasileiros refletem a mínima preocupação que a sociedade brasileira confere aos seus próprios presos. Salvo raríssimas exceções, o sistema carcerário brasileiro não tem a capacidade de ressocializar nenhum detento. Muito pelo contrário. No atual modelo de falência do sistema carcerário, o sistema carcerário provoca a “dessocialização”, termo utilizado por Ana Bela Rodrigues⁶, que significa o processo inverso da ressocialização.

⁶ RODRIGUES, 2011

Para René Ariel Dotti⁷, a superlotação e a violação dos direitos fundamentais são as principais causas das frequentes rebeliões e motins de presos, que deixaram de ser pontuais e reservados a grandes estabelecimentos penais, multiplicando-se por todo o território nacional. Os presos mais perigosos, quase todos membros de facções criminosas, instituem um verdadeiro poder paralelo dentro de um sistema que deveria primar pela disciplina e atendimento, captam novos presos, quase sempre condenados e presos por crimes não tão graves, reinventam o *modus operandi* criminoso para que o crime faça ser compensatório, sem contar as situações nada raras em que provocam rebeliões, matam agentes carcerários e policiais, crianças e parentes de membros de grupos rivais.

Anthony Giddens entende que as condições dos cárceres, sob uma perspectiva média global, se apresentam de forma que há uma completa segregação do preso em relação à sociedade, o que não tem contribuído para o ajustamento das condutas dos presos ao padrão normativo da sociedade. Resulta daí um maior recrudescimento por parte dos encarcerados, que começam a se portar no sentido de que a “violência é algo normal”, por estarem em contato com criminosos mais experientes e serem cooptados pelas organizações criminosas, dando azo ao que se chama de “universidade do crime”. Contudo, malgrado as prisões não tenham se mostrado eficazes no combate ao crime, é fato que há uma forte pressão social a favor do encarceramento massivo. Não há solução fácil, assume o sociólogo inglês. Entende que, a despeito da noção geral de que as prisões não consigam ressocializar os detentos, é possível verificar que elas impeçam as pessoas de cometerem crimes. Lado outro, pode ser extremamente difícil de se alcançar uma meta razoável de ressocialização, casos as prisões sejam lugares extremamente desagradáveis. “Porém, quanto menos rigorosas foram as condições das prisões, maior será a perda do efeito intimidador da detenção”⁸.

O que move e, sobremaneira, justifica o sistema carcerário é a punição a indivíduos. Contudo, a punição da forma atual realizada tem se mostrado muito severa e tem retirado massivamente a dignidade dos apenados. Mas “se direitos humanos é para humanos direitos”, por que se preocupar com os presos? Atualmente, os apenados do

⁷ DOTTI, 1999, p. 421

⁸ GIDDENS, 2005, pp. 198-199

sistema carcerário brasileiro podem ser “eliminados” da sociedade sem maiores cerimônias, uma vez que as forças repressivas, respaldadas por parcela significativa da população, consideram aquelas vidas indignas, desmerecedoras de serem vividas, desprovidas de existência relevante (Wermuth e Nielsson, 2017: p. 51). Nesta perspectiva, Thomas Mathiesen (2006, p. 145), a despeito de considerar uma tarefa difícil, defende a diminuição ou até mesmo a abolição das prisões, porquanto estas nunca cumpriram com a punição digna, mesmo nos países mais desenvolvidos, tais como Noruega, Suécia e Inglaterra.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias–InfoPen⁹, mantido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, dá-se conta que, em julho de 2017, a população carcerária perfazia o total de 726.254 pessoas nos presídios brasileiros, com expectativa de crescimento, para um total de 368.049 mil vagas em unidades prisionais. Desta gama de encarcerados, 2.161 eram estrangeiros, sendo que “56% dos estrangeiros que se encontram no sistema prisional brasileiro são provenientes do continente americano, 25% vêm da África e 13% da Europa”. São Paulo, com 1421 presos estrangeiros, Paraná, com 136, Mato Grosso do Sul, com 143, e Rio de Janeiro, com 91 presos, eram as unidades da federação que mais possuíam encarcerados estrangeiros. Em relação a São Paulo, destaca-se a unidade prisional Cabo PM Marcelo Pires da Silva, situada na cidade de Itaí – SP e única voltada exclusivamente para presos estrangeiros, que encarcera 49% de todos os nacionais de outros países.

Os dados apresentados revelam uma tendência atual do Brasil à abertura para outros países. Considerando que somos um país com uma grande economia, algumas pessoas de outras nações se sentem atraídas pelas oportunidades de trabalho ou de estudo que poderão ter em solo brasileiro. É o caso dos bolivianos que trabalham (muitos são verdadeiramente escravizados¹⁰) nas fábricas do ABC paulista. Ademais, a extensão territorial do Brasil tem papel relevante nessa análise, porquanto, em razão das fronteiras

⁹ InfoPen, julho/2017: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 21.07.2019

¹⁰ <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/bolivianos-em-situacao-de-trabalho-escravo-sao-encontrados-em-fabrica-em-itaquaquetuba-diz-policia.ghtml>. Acesso em: 31.07.2019

com outros países da América do Sul e os diversos aeroportos internacionais, oportuniza-se maior entrada de estrangeiros.

Em relação especificamente aos presos estrangeiros, impende mencionar que as mesmas mazelas que afligem os presos nacionais também se verificam no caso daqueles. Contudo, a situação dos estrangeiros nos cárceres brasileiros é agravada pela diferença cultural, desconhecimento da língua portuguesa e o esquecimento (ou desconhecimento da situação) por parte dos seus nacionais. A falta de acompanhamento do cumprimento da pena por parte das embaixadas também é algo assustador. Segundo constatação dos Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça¹¹, pouquíssimos dos presos estrangeiros têm tido a oportunidade de receber visitas ou mesmo uma assistência jurídica por parte do Poder Público do seu país de origem. Na grande maioria dos casos, as defensorias públicas são as responsáveis pela defesa jurídica e administrativa (casos de expulsões e transferências) desses presos.

A questão do desconhecimento da língua pode ser atenuada, se o preso conhece a língua do país ou quando conhece língua da mesma raiz linguística (português, italiano e espanhol, por exemplo), situação que pode amenizar as condições desfavoráveis aos estrangeiros¹². Daí a importância da presença dos consulados e da estruturação das defensorias públicas com a contratação de tradutores, ou mesmo com o crescente conhecimento de diversas línguas por parte dos defensores. Outra possibilidade é a disposição de cursos da língua portuguesa aos presos estrangeiros, de forma facultativa, medida esta que vem efetivada pela Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva¹³. É importante pontuar que a falta de efetiva comunicação poderá levar à falha na defesa do estrangeiro.

Nesta ordem de ideias, vale a advertência de João Marcelo de Araújo Júnior, no sentido de que o sistema criminal brasileiro é assaz rigoroso em relação à criminalidade do estrangeiro, no notadamente no que se refere ao tráfico de drogas. “As penas aplicadas, em geral, são mais elevadas que as impostas aos brasileiros pelos

¹¹ <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 02.07.2019

¹² MIOTO, 1986: p. 126

¹³ Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/unica-prisao-para-estrangeiros-no-brasil-reune-86-nacionalidades-e-ensina-portugues.ghtml>. Acesso em: 29.07.2019

mesmos crimes. Além disso, em razão da própria condição de estrangeiro, a prisão provisória lhe é quase sempre imposta”¹⁴.

Sob outras perspectivas, o problema “estrangeiro encarcerado” não é uma peculiaridade nossa. Esther Giménez-Salinas¹⁵ aduz que na Espanha, a despeito de a Constituição espanhola assegurar a igualdade jurídica entre os presos nacionais e os presos estrangeiros, assim como a nossa, a prática penitenciária é diversa. Relata as mesmas dificuldades que os presos estrangeiros encontram no Brasil, como dificuldade de comunicação e de ressocialização, e, mesmo tendo padrão de conduta correto perante a administração penitenciária, têm pedido de permissão de saída regularmente denegado, o que não ocorre com os nacionais espanhóis¹⁶.

Na Itália, atualmente, a preocupação que se tem notado é quanto a relação entre o fluxo migratório e o encarceramento de estrangeiros. Em recente estudo de 2018, em contraposição às ideias lançadas nas últimas eleições italianas, notadamente pelo grupo antimigração, Patrizio Gonnella¹⁷ concluiu que o aumento do fluxo migratório para a Itália não resultou no aumento de encarcerados no país. Na verdade, segundo o estudo, nos últimos dez anos os estrangeiros presos diminuíram em termos absolutos para algo perto de 2 mil presos, o que corresponde à queda de 0,7% para 0,39% de estrangeiros nos cárceres italianos, a despeito do aumento em 2 milhões de estrangeiros como novos residentes na Itália.

Nesta perspectiva, as controvérsias que cercam a migração forçada de venezuelanos ao estado de Roraima, na atualidade, têm suscitado severos debates sobre situação dos estrangeiros residentes de Pacaraima-RR, considerando relatos de que com a vinda dos venezuelanos, a percepção quanto à criminalidade tem aumentado¹⁸. Embora não seja tema para este trabalho, segundo Zygmunt Bauman¹⁹, a migração pode despertar

¹⁴ Araújo Júnior, 1994: pp. 96-105

¹⁵ GIMÉNEZ-SALINAS, 2012

¹⁶ O mesmo pode ser verificado na Noruega, por exemplo:
<https://www.jus.uio.no/ikrs/english/research/news-and-events/research-news/2016/ugelvik-damsa-prison.html>. Acesso em: 05.06.2019

¹⁷ GONELLA, 2018

¹⁸ <https://wwwh.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 31.07.2019

¹⁹ BAUMAN, 2016, p. 14

uma versão xenófoba até então desconhecida para aquela realidade social. Isso porque o aumento desse “outro” em terras alheias é sentido no comércio, nas ruas, nas cadeias, e geralmente o relaciona com tudo de mal que possa vir a ocorrer na região.

De toda sorte, a presença dos venezuelanos em Roraima deve ser enfrentada com inteligência, respeito e tolerância, voltando-se para o benefício deles e dos brasileiros²⁰. O desafio é deveras enorme. Jünger Habermas²¹ entende que imigrantes podem expandir ou multiplicar as perspectivas de interpretação da realidade constitucional comumente compartilhada. A abertura aos imigrantes, em uma sociedade liberal, tem o poder de mudar a característica da comunidade. Contudo, fica o alerta de Norberto Bobbio²², “não se pode ser intolerante sem ser fanático”.

No Brasil, o encarceramento, quer de nacionais, quer de estrangeiros, possui contornos dramáticos. A situação complexa é constatada a partir da inoperância do Poder Político, Administrativo e Judiciário. A questão carcerária não parece ter importância política. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADPF 347-MC/DF, em uma decisão que aferiu a estrutura e a função dos atores públicos afetos ao sistema carcerário, em especial do DEPEN e do CNJ, declarou o estado de coisas inconstitucional²³ no sistema carcerário brasileiro, ao entender que vigora neste sistema uma permanente violação generalizada de direitos humanos, notadamente ao que tange à dignidade, higidez física e integridade psíquica de todos os envolvidos no encarceramento do Brasil. A despeito da crítica de possível ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, é certo que a questão do sistema carcerário chamou a atenção da mais alta Corte do país. Provavelmente, não se espera que a decisão do Supremo tenha efetividade de forma imediata, ou até mesmo se consideramos um médio prazo, mas, inegavelmente, é um ato jurídico (carregado de contornos políticos, frise-se) de importante simbologia.

²⁰ Para uma visão ampliada sobre a situação prisional do estado de Roraima no contexto da migração dos venezuelanos, Cf.: Relatório de Visitas Prisionais do Conselho Nacional do Ministério Público, Estado de Roraima, 2018.

²¹ HABERMAS, 1996, p. 514

²² BOBBIO, 1990, p. 233

²³ Sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais cf. Giorgi, Faria e Campilongo, 2015; Marmelstein, 2015; Andréa, 2018.

A sociedade civil é certamente a maior vítima do descaso com o sistema carcerário. Ao falar de direitos humanos dos presos, também se busca a efetivação de todos os direitos humanos daqueles que estão fora das cadeias. Segundo José Pastore²⁴, na década de 10, foram assassinadas algo perto de 500 mil pessoas em nosso país, sendo que a maior parcela desses assassinados é formada por jovens, o que gera a consequente perda de potencial de desenvolvimento social e econômico, sem contar o principal: a vida dessas pessoas. O autor ainda cita o problema dos dependentes químicos de drogas que se tornam “inutilizados para o trabalho”. Daí, por si só, sobressai a importância do papel da ressocialização de todos os presos do nosso sistema carcerário.

3. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL PARA OS PRESOS ESTRANGEIROS

Em relação à concessão benefícios de progressão para os presos estrangeiros, a jurisprudência se portava com certa dificuldade em se garantir alguns benefícios na execução penal aos eles²⁵. Muito longe de ser uma questão de desconhecimento da situação dos presos estrangeiros pelos magistrados, advogados, defensores e promotores, o cumprimento de alguns benefícios por parte de estrangeiros, tais como livramento condicional e progressão ao regime aberto, era visto com desconfiança tendo em vista que muitos estrangeiros são presos no país sem possuir quaisquer vínculos, o que facilitaria eventual fuga, ou mesmo, a situação de indigência. A propósito, para Paulo César Busato²⁶:

²⁴ PASTORE, 2011

²⁵ Como exemplo: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO DO PAÍS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Um dos requisitos para obtenção do livramento condicional, previsto no artigo 83, inciso III, do Código Penal, é a aptidão do preso de manter a própria subsistência, mediante trabalho honesto. 2. No caso em exame, o decreto de expulsão será cumprido após o término da prisão, de sorte que não terá o paciente oportunidade de exercer nenhuma atividade em solo brasileiro. 3. A negativa do benefício não implica descumprimento da Constituição Federal, que não faz distinção entre presos brasileiros e estrangeiros. A questão é que o paciente não preenche os requisitos para o atendimento de sua pretensão. 4. Coação ilegal não caracterizada. 5. Ordem denegada. (HC 156.668/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010)

²⁶ BUSATO, 2016

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

Analisando a jurisprudência sobre este assunto, Artur de Brito Gueiros Souza, Procurador Regional da República no Rio de Janeiro, no Seminário sobre Presos Estrangeiros, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em julho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro²⁷, elencou 4 (quatro) argumentos dos quais os Tribunais se valem para negar benefícios aos presos estrangeiros. São eles: 1) pendência de processo de expulsão ou a expulsão já decretada gera efeitos em desfavor do estrangeiro que cumpre pena; 2) eficácia do art. 1º, do Decreto n. 4.865/42, que proíbe a concessão de *sursis* aos estrangeiros que se encontrem no país em caráter temporário; 3) desconfiança com relação àquele que, sem maiores vínculos com a nossa sociedade, encontrar-se-ia propenso a empreender fuga; e 4) proibição contida na legislação de estrangeiros, com relação à obtenção de emprego formal por parte do estrangeiro em situação irregular.

Em relação ao primeiro argumento, o precedente é o HC nº 56.311/SP da relatoria do Ministro Moreira Alves, em que ficou decidido que seria inadmissível a concessão de livramento condicional a preso estrangeiro, cuja expulsão tenha sido decretada. Contudo, esse precedente foi superado pela decisão no HC nº 97.147, em 04/08/2009, sendo o Ministro Cezar Peluso redator para o acórdão, decidindo-se que “o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena”. Dessa forma, o Supremo alinhou a sua jurisprudência à necessidade de reconhecimento da igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros determinada pelo *caput* do art. 5º da CF/88²⁸.

²⁷ <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/106-seminario-sobre-presos-estrangeiros-edicao-rio-de-janeiro>. Acesso em: 31.07.2019

²⁸ Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em 2014, decidiu que “o fato de estrangeiro estar em situação irregular no país, por si só, não é motivo suficiente para inviabilizar os benefícios da execução penal” (HC 274.249-SP, Rel. Min. Marilza Maynard - Desembargadora convocada do TJ-SE).

Ao que tange ao segundo argumento, a proibição do o art. 1º do Decreto-lei nº 4.865, de 23/10/42²⁹, que ainda neste ano de 2019, inacreditavelmente continua em vigor, advém da simples condição de preso estrangeiro, ou seja, trata-se de uma “penalidade” que o apenado sofre apenas por ser estrangeiro, típica característica do Direito Penal do Inimigo, em que se pune a pessoa pelo que ele é e não pelo o que ele fez. Assim, parece-nos que o citado artigo não foi recepcionado pela atual Constituição, que determina a igualdade entre estrangeiros e brasileiros.

Referente ao terceiro argumento, a possibilidade do empreendimento de fuga não pode ser obstáculo para a concessão de benefício de liberdade, não só por ser desprovido de embasamento legislativo, mas também por uma “penalidade” pela simples condição de o preso ser estrangeiro. O preso estrangeiro não pode arcar com as consequências de um ineficiente controle das condições de cumprimento da pena, sendo que, não obstante, segundo Paulo César Busato³⁰, a fuga do estrangeiro, a menos que seja para o seu país natal, é mais remota do que a do nacional, por não possuir, em regra, laços afetivos no Brasil. Isto é, se há o temor de fuga dos presos estrangeiros, que seja providenciada a sua transferência assim que findar o tempo para o regime fechado para o seu país de origem ou que se crie mecanismos eficazes de controle. Tudo menos constranger o preso estrangeiro a cumprir integralmente uma pena no regime fechado, em total desacordo com os princípios da individualização da pena e da culpabilidade.

O último argumento trazido por Artur de Brito Gueiros Souza, trata-se, a nosso sentir, da grande barreira para a concessão de progressão ao regime aberto e o deferimento do livramento condicional, diante dos requisitos exigidos pela Lei de Execução Penal, na esteira do art. 114 da Lei de Execução Penal³¹, que condiciona a concessão do benefício do regime aberto à comprovação do efetivo exercício do trabalho

²⁹ Art. 1º É proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário

³⁰ BUSATO, 2016

³¹ Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - 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.

ou da eminência de fazê-lo. Contudo, o equívoco parte da premissa equivocada de que o preso estrangeiro estaria de forma irregular ou de forma temporária.

Nos termos do art. 76 do Código Civil, o preso tem domicílio necessário, o que implica dizer que o preso estrangeiro tem residência fixa no país, enquanto cumpre a pena. Assim encontra-se em situação legal e de forma permanente, uma vez que está submetido à tutela do Poder Público, que deve velar por sua integridade física e moral. Não há como supor que o preso estrangeiro, durante o cumprimento de pena, seja enquadrado como em situação irregular.

O Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução Normativa CNIg nº 110, de 10 de abril de 2014, que permite a concessão, em virtude de decisão judicial, de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros em cumprimento de pena no Brasil. Com isso, o preso estrangeiro estaria apto a requerer cédula de identidade de estrangeiro, perante a Polícia Federal. Com este documento, o Ministério do Trabalho pode expedir carteira de trabalho e previdência social – CTPS. Ademais, após esse processo, o preso estrangeiro estaria em plenas condições de buscar emprego e teria mais condições de obter a concessão de benefícios de liberdade na execução da sua pena³².

³² Não obstante a norma, ainda há, em determinados casos, de se buscar a via judicial para a expedição de carteira de trabalho em benefício a preso estrangeiro. Cita-se como exemplo: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. CUMPRIMENTO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PERMANÊNCIA NO BRASIL. EMISSÃO CTPS. CABIMENTO. 1. Deve prosperar o pleito de expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do impetrante, com validade até o cumprimento da pena ou efetivação de seu ato de expulsão do país. 2. A Resolução Normativa n.º 110 de 10/04/2014, do Conselho Nacional de Imigração, autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional, dispondo em seu art. 1º. 2. Já acerca da emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), dispõe a Portaria n.º 4 de 26/01/2015, da Secretária de Políticas Públicas de Emprego: Art. 1º A emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para estrangeiros com estada legal no País será feita exclusivamente pelas Superintendências, Gerências e Agências Regionais do Trabalho e Emprego, após serem devidamente habilitadas pela Coordenação de Identificação e Registro Profissional. 3. Nota-se, assim, que o aluído dispositivo garante a expedição de CTPS tão somente aos estrangeiros com estada legal no País. 4. Não obstante, de acordo com o art. 95 da Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do estrangeiro), o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis e não se deve olvidar que o direito fundamental do homem ao trabalho está expressamente previsto no art. 6º do Texto Maior. 5. Igualmente, mostra-se oportuna a análise do art. 17, itens 1 e 7, da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (Resolução n.º 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas). 6. Por todo o exposto, não é razoável que se exija a permanência do estrangeiro em território nacional durante todo o cumprimento de pena privativa de liberdade, objeto de liberdade condicional, sem que possa exercer legalmente atividade laborativa que lhe garanta as condições mínimas de subsistência e de vida digna, aumentando, inclusive, de modo considerável, a possibilidade de voltar a delinquir. 7. Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Excelentíssimo Desembargador Federal Johanson de Salvo, em decisão

Outro ponto que é de importância para a efetivação dos direitos dos presos, em especial, à transferência do apenado ou à sua expulsão, é a necessidade da definição de marcos temporais seguros por parte do Poder Judiciário. Atualmente, dada a falta de normativo, cada juiz da execução penal permite a transferência internacional ou a expulsão considerando um marco diferente; uns quando satisfeitos os requisitos para a progressão de regime ao semiaberto, outros, para a concessão do livramento, e assim por diante.

Defendemos que a própria sentença condenatória fixe o marco, tendo em vista que o juiz da execução penal apenas, por óbvio, executa a pena, não podendo, *sponte propria*, inovar materialmente na pena do condenado. Certamente os marcos que melhor atendem aos interesses do Estado brasileiro e dos presos estrangeiros são a progressão de regime ou o livramento condicional, o que vier a ocorrer primeiro. Assim, o apenado estrangeiro irá cumprir corporalmente parte de pena em solo brasileiro, o que atende à satisfação social imediata e até mesmo à organização política interna e à efetividade do Poder Judiciário, bem como poderá cumprir o resto da pena no seu país de origem, com maior possibilidade de ressocialização, em caso de transferência de pessoa condenada, nos termos do art. 103 e seguintes da Lei de Migração e dos tratados e acordos firmados para este fim.

O Conselho Nacional de Justiça, em 13 de novembro de 2012, editou a Resolução nº 162, com o fim de dispor sobre as comunicações de atos processuais ou materiais de interesse dos presos estrangeiros. Por esse ato normativo do CNJ, a autoridade judiciária é obrigada a comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias (art. 1º). Há ainda o dever de o juiz da execução comunicar à missão diplomática do Estado de origem do preso estrangeiro, ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias: a progressão ou regressão de regime, a concessão de livramento condicional e a extinção da punibilidade (art. 2º).

monocrática proferida no Reexame Necessário n.º 0022135-97.2012.4.03.6100/SP. 8. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 358965 - 0009457-79.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 10/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/11/2016)

4. PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE PESSOA CONDENADA

A transferência de presos estrangeiros parte de um pressuposto que pode ser duramente constatado a partir da inoperância dos atores públicos de feição executiva punitiva de fazer valer um digno cumprimento de pena, considerando todas as dificuldades que envolvem o massivo encarceramento no país. Com isso, vê-se na transferência uma forma de minorar os impactos dos efeitos nocivos do encarceramento indigno, notadamente quanto à ressocialização³³.

O processo administrativo de transferência de apenados estrangeiros se processa no Ministério da Justiça e Segurança Pública, competindo ao seu órgão denominado Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) realizar a análise de admissibilidade do pedido de transferência de pessoa condenada, seja de forma ativa, ou seja, a aquela em que o Brasil faz o pedido de transferência do brasileiro condenado e preso no exterior, seja de forma passiva, quando o Brasil recebe o pedido para transferir condenado estrangeiro para seu país de origem.

A tramitação acontecerá de forma diversa a depender do tipo de transferência e seguirá os trâmites definidos nos arts. 103, 104 e 105 da Lei de Migração e da Portaria nº 89, de 14 de fevereiro de 2018, editada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Logo abaixo, traçaremos linhas gerais sobre os pedidos de transferência, com o alerta de que poderá haver variação a depender do acordo realizado entre o Brasil e algum país. Requisito imperativo e inafastável, entretanto, é a concordância do estrangeiro ou brasileiro em ser transferido.

Em se tratando de transferência passiva, que poderá ser feita pelo Estado do nacional preso ou pelo próprio preso, o pedido inicial será encaminhado para o DRCI, que irá providenciar toda a documentação requerida pelo acordo pertinente ao caso. Após, o Departamento irá encaminhar a documentação traduzida para o país do peticionante. Esse Estado, concordando com o pedido de transferência, caso feito diretamente por seu nacional, irá providenciá-la, arcando com os custos da transferência. Aqui, sobreleva a

³³ ALMEIDA ET AL, 2016: p. 200

importância da convergência funcional dos defensores públicos e advogados, membros dos ministérios públicos, magistrados e agentes consulares ou da embaixada no sentido de fazer chegar ao conhecimento do DRCI o pedido do preso estrangeiro que deseja ser transferido.

Caso se trate de transferência ativa, que pode ser feito diretamente pelo brasileiro preso no estrangeiro ou pelo Estado brasileiro, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) remeterá a documentação necessária cobrada por tratado ou acordo internacional de transferência de pessoa condenado e preenchidos os requisitos do art. 104 da Lei de Migração, ao juiz da Vara de Execuções Criminais da comarca onde residam os familiares mais próximos do apenado brasileiro, requerendo uma vaga em estabelecimento adequado. Trata-se de obrigatoriedade imposta ao sistema de justiça em providenciar uma vaga para o apenado, em virtude do caráter humanitário da transferência e do compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil. Até por ter esse caráter, o Brasil está obrigado a receber o seu nacional. Após a aquiescência do outro Estado, o Brasil deverá providenciar o aparato para ir buscar o seu nacional, arcando com os custos da transferência.

Segundo dados oficiais da Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas, setor interno do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI/SNJ/MJ, na série histórica de 1998 a 2019, foram realizadas 166 transferências passivas, com destaque para 86 transferências para Espanha, 22 para o Reino Unido e 16 para Portugal, conforme se nota da tabela abaixo.

País	98	99	01	02	03	04	05	06	07	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	Total ³⁴
Argentina	-	2	-	-	-	5	-	1	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-	1		11
Canadá	2	-	2	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		8
Chile	-	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-		6
Espanha	-	2	-	-	-	-	2	1	3	2	-	8	6	10	10	16	17	4	2	3	86
Israel	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Noruega	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Paraguai	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	2	5	3	4	-	-	-	-		16
Portugal	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	2	1	1	1	3	2		12
Reino dos Países Baixos	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-		3

³⁴ Nos anos 2000 e 2008 não houve transferências passivas

Reino Unido	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2	4	4	5	-	4	-	1	22	
Total por ano	2	9	2	2	1	5	2	3	4	2	2	13	17	20	21	20	22	7	8	4	166

Fonte: Coordenação de Extradicação e Transferência de Pessoas Condenadas/DRCI/SNJ/MJ

As informações demonstram que os países ricos efetuam mais transferências, talvez por disporem de mais recursos financeiros, ou por terem maior preocupação com seu nacional em solo estrangeiro.

Quanto às transferências ativas, há informação de que, na mesma série histórica, houve 187 transferências, com destaque para 113 transferências de brasileiros presos em Portugal, o que correspondente a 60% das transferências ativas realizadas pelo Estado brasileiro.

País	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	Total ³⁵
Argentina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1		2
Bolívia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-		2
Chile	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-		1
Espanha	4	1	2	3	3	2	-	3	5	2	5	2	7	3	4	-	-		46
Estados Unidos	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	-		2
Hong Kong	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Jordânia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-		1
México	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	1	-	-	-	-	-		3
Moçambique	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-		1
Panamá	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-		2
Paraguai	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	-	-	1	-		4
Peru	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-		2
Portugal	-	-	-	-	-	8	10	9	11	5	24	4	20	4	9	2	5	2	113
Reino unido	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	1	-		4
Rússia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1		1
Turquia	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2
Total por ano	4	1	2	3	4	10	10	13	16	8	34	10	28	10	15	7	8	4	187

Fonte: Coordenação de Extradicação e Transferência de Pessoas Condenadas/DRCI/SNJ/MJ

Segundo as informações acima, verifica-se que o Estado brasileiro tem efetivado mais transferências ativas do que passivas, quer em números absolutos, quer em relação à quantidade maior de países envolvidos no procedimento de transferências. Ademais, a quantidade de brasileiros apenados no exterior e transferidos para o Brasil,

³⁵ No período de 1998 a 2001, não houve transferências ativas.

demonstra que o Estado brasileiro tem se preocupado com a situação do brasileiro encarcerado no exterior.

Ainda quanto às transferências passivas, segundo dados do *Ministero della Giustizia* da Itália³⁶, no final de Março de 2019, os cárceres italianos continham 130 presos brasileiros, perfazendo um total de 0,6% da massa de presos estrangeiros naquele país. Contudo, não há informação de transferência passiva desses brasileiros para o nosso país. Isso se dá em parte por ausência de acordo bilateral para transferência de presos entre Brasil e Itália sobre a transferência de pessoas condenadas³⁷.

A toda evidência, as informações das tabelas acima nos dizem mais do que a própria singeleza dos números pode nos causar. A partir delas é possível traçar algumas percepções referentes a fluxos migratórios, sabemos ser de diversos os motivos possíveis, a maior ou menor preocupação do Estado com o seu nacional. É certo que os dados apontam que a relação entre Brasil e a Espanha e Portugal tem conferido os melhores resultados em termos de transferências de presos, tanto passiva quanto ativamente.

5. RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESOS ESTRANGEIROS

Após a II Guerra Mundial, considerando as tragédias ocorridas por ela, os estados passaram se a preocupar com a legitimidade democrática do poder. Assim, muitas democracias surgidas após este período foram moldadas por um elevado comprometimento judicial com o poder, notadamente, vital comprometimento com as normas de direitos humanos. Essas novas estruturas de Estado foram fortemente influenciadas por normas internacionais de direitos humanos³⁸.

Para Norberto Bobbio³⁹, a proteção dos direitos humanos não pode ser separada, porque extremamente conexa, da democracia e da paz. Esta proteção é a base

³⁶Disponível:https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page;jsessionid=MEni0wYqsWUalbw65oPG1WpJ?facetNode_1=0_2&facetNode_2=3_1_6&facetNode_3=0_2_10&facetNode_4=0_2_10_3&contentId=SST183040&previousPage=mg_1_14. Acesso em 02.05.2019

³⁷ Para a análise do panorama de transferências de presos estrangeiros no Cone Sul da América Latina, cf.: Almeida et. al, 2016.

³⁸ THORNHILL, 2017: pp. 497-498

³⁹ BOBBIO, 1990, p. 254

das constituições democráticas na proporção em que a paz é pressuposto necessário para a efetiva tutela dos direitos humanos quer em nível nacional, quer internacional. A busca pela “paz perpétua” só pode ser alcançada com a progressiva democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com a efetiva tutela desses direitos em âmbito interno. Portanto, há uma simbiose necessária entre direitos humanos, democracia e paz; sem o reconhecimento e tutela dos direitos humanos não há democracia; sem democracia esvaem condições mínimas para a resolução pacífica dos conflitos sociais.

A ressocialização encontra espaço na perspectiva humanitária que permite novas possibilidades de ordens individuais e sociais, ainda que a realidade dos fatos tem demonstrado o sentido oposto. Thomas Mathiesen entende que a ideia que enlaça a ressocialização, orientada para o retorno do indivíduo da forma que ele era antes de cometer o crime, é tão antiga quanto a própria concepção de prisão em si. Ademais, o sociólogo norueguês pontua que pouca coisa mudou sobre a própria ideia de ressocialização e práticas subjacentes desde o século XVII, quando tem início o formato de punição que hoje conhecemos, notadamente pela presença de quatro vigas que a sustentam, variando de tempos em tempos, de espaço em espaço: trabalho, estudo, moral e disciplina⁴⁰.

A ressocialização de presos tem importância não somente para objeto das funções da pena, mas também com o reconhecimento do preso como sujeito de direitos e deveres, o que faz dela um procedimento público de caráter humanitário e matriz restauradora social, na medida em que tende a garantir direitos básicos a essa parcela da população, na mesma proporção em que possibilita a diminuição de reincidência e retroalimentação criminais. A propósito, as suas bases humanitárias encontram precedentes históricos na doutrina de Cesare Beccaria e, no Brasil, ainda no século XIX, nas ideias vanguardistas do Padre Diogo Feijó, destacado político liberal do fim do Império, que defendia a necessidade de imposição de pena ao condenado, mas mediante uma forma que não excluísse a sua dignidade⁴¹.

Assim, defendemos que a ressocialização tem a função de evitar a reincidência penal, minorar os efeitos da criminalização dentro dos presídios e possibilitar

⁴⁰ MATHIESEN, 2006, p. 29-30

⁴¹ TOMÉ e KARAM, 2016: pp. 225-226

novas perspectivas de vida aos egressos do sistema carcerário, sem contar que é um fator de autêntica medida de política pública voltada para a segurança pública.

Na doutrina pátria, verifica-se que o termo “ressocialização” (que o preferimos) é o mais utilizado para o processo de retorno dos reclusos à convivência em sociedade. Contudo, sem adentrar no acerto da concepção terminológica, há registro do uso do termo “socialização”, partindo da premissa que os reclusos, por estarem nessa situação, não foram em momento nenhum integrados à sociedade. Há expressões como “readaptação social” ou “reintegração social”.

A Constituição Federal de 1988 silenciou expressamente quanto à perspectiva de ressocialização do preso, mas por uma interpretação teológica da nossa constituição, a partir de um objeto de estudo que evidencie os malefícios da reincidência para a segurança pública, resta indubitável que a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II), a segurança como direito social (art. 6º, *caput*) e a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade da comunidade em geral (art. 114, *caput*) convergem para a necessidade do desenvolvimento de medidas públicas com o fim de promover e efetivar a ressocialização de presos. No plano infraconstitucional, expressamente a Lei de Execução Penal tem por objeto “a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º), o que denota cunho ressocializador desse dispositivo, na linha do desiderato constitucional acima defendido.

A nosso sentir, o processo ressocializador é intrínseco ao cumprimento de pena. A busca pela redução das taxas de reincidências é algo a ser perseguido, tanto em favor do recluso quanto da sociedade. Compreender que os presos retornam, de uma forma ou outra, ressocializado ou não, para a sociedade também é um forte argumento para que aqueles que não têm muito apreço pelos direitos dos presos, mas temem por uma sociedade aterrorizada pelos altos índices de criminalidade. Ainda que se veja um utilitarismo nesta função da ressocialização, não é um fator que deve ser relegado ou afastado da discussão do tema que envolve tanto a segurança pública quanto a dignidade dos apenados.

Os estabelecimentos penais, no caso do Brasil, pelas condições acima rapidamente comentadas, podem produzir um efeito “dessocializador”, expressão cunhada pela jurista portuguesa Anabela Miranda Rodrigues. Para ela, as prisões

produzem um efeito que intimida os reclusos, o que faz surgir um estímulo de adaptações às regras de vida em sociedade. Contudo, segregam a pessoa reclusa do seu “estatuto jurídico normal”, atingindo a sua personalidade, favorecem a “aprendizagem de novas técnicas criminosas” e propõem valores e normas contrários às oficiais. Com isso, a prevalência da questão da segurança, com o fim exclusivo de prevenir a fuga e o controle regular da vida do preso convertem a prisão, em si mesma, um mecanismo dessocializador como ‘instituição total’, num ciclo vicioso que expõe o recluso a uma grande violência, fator a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e, portanto, na configuração das atitudes com que procura lidar com a situação. Por essa razão, segundo a professora portuguesa, a principal função hodierna das prisões deveria ser a de evitar a dessocialização, ou seja, os reclusos devem ser considerados como partes da sociedade, sendo, pois, detentores de direitos fundamentais⁴².

Ademais, Thiago Minagé tece críticas ao caráter execucional das penas nos estabelecimentos brasileiros, não acreditando que o sistema carcerário, da forma que hoje se apresenta, tenha as mínimas condições de ressocializar alguém. “Pelo contrário, nas condições atuais, cada vez mais, é possível constatar em reportagens e pesquisas a revelação de que, ao ser presa, uma pessoa tem maior probabilidade de voltar a delinquir”⁴³.

Na mesma linha de pensamento, Eugênio Zaffaroni, com base na teoria agnóstica (ou negativa) da pena, entende que a pena em si é uma manifestação de poder, ou seja, um ato político, sem qualquer consideração para com os envolvidos no ato criminoso, sejam vítimas ou autores, cabendo ao sistema jurídico limitar os efeitos maléficos e reflexos advindo do processo punitivo, o que não verifica na prática. Assim, a pena não teria realmente qualquer justificação lícita que não uma de cunho meramente autoritário⁴⁴.

As tentativas de minorar os efeitos quase que irreversíveis do sistema carcerário ainda são incipientes e contingenciadas por políticas públicas pouco efetivas, sendo raras as medidas que possuem efetividade no plano e vida dos encarcerados. Marden Marques Soares Filho destaca alguns exemplos de medidas do Departamento de

⁴² RODRIGUES, 2001: p. 46

⁴³ MINAGÉ, 2016: p. 253

⁴⁴ ZAFFARONI ET AL, 2011: pp. 108-112)

Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF⁴⁵, do Conselho Nacional de Justiça, que tentam ser efetivas e que, a despeito das dificuldades estruturais, têm dados alguns resultados. Cita medidas que empreendem um conjunto articulado de ações intersetoriais, com desdobramento em três planos de atuação: (1) processual-cartorial, (2) administrativo-penitenciário e (3) social, com aptidão de construir soluções consensuais e humanitárias no âmbito do sistema prisional, “permitindo-se que os próprios atores locais compreendam os problemas e gargalos que devem enfrentar e solucionar para promover a melhoria de qualidade e maior presteza na administração da justiça de execução penal”⁴⁶.

Pois bem. Como se sabe, os presos estrangeiros, em regra, estão distantes da sua terra natal, dos seus parentes, da sua cultura, dos seus costumes, da sua religião e de pessoas que falam a sua língua. A ressocialização de um apenado em outro país, considerando essas circunstâncias, é algo difícil de acontecer, dadas todas essas contingências de ordem natural, temporal e circunstancial. Soma-se a isso o descaso das autoridades do país do apenado, o que influencia negativamente no processo ressocializador.

No tocante à assistência consular, que na concepção de Adolfo Maresca significa o conjunto de funções que o cônsul desenvolve em favor de seus nacionais para facilitar sua permanência no território do Estado receptor⁴⁷, verifica-se que a sua ausência, principalmente em relação aos nacionais de países pobres, tem se revelado bastante preocupante.

Nos termos do art. 36 da Convenção de Viena de Relações Consulares de 1963, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 61.078/1967, o Estado deve comunicar imediatamente, desde que a pedido do recluso, ao consulado a prisão do respectivo nacional, conservando-se o direito dos representantes consulares de livremente se comunicarem com o recluso. O art. 38 das Regras Mínimas para Tratamento de Recluso da ONU também assegura o direito de o preso estrangeiro se comunicar com os seus nacionais. A intervenção consular se faz importante na medida em que possibilita

⁴⁵ Sobre as funções do DMF, cf. Murta, 2019

⁴⁶ SOARES FILHO, 2019: p. 334

⁴⁷ *apud* SALA, 2006

ao apenado o entendimento quanto aos seus direitos processuais e materiais no Estado estrangeiro e inibe possível ação discriminatória do estrangeiro.

A título de exemplo de atuação de consulado na defesa dos direitos de presos estrangeiros, o DMF/CNJ, recebeu em outubro de 2011 uma petição (processo PETAVU nº 2011.02.00.000463-1), em que um nacional britânico, recluso na Penitenciária Nelson Hungria, Contagem/MG, reclamava da dificuldade de recebimento de cartas encaminhadas por seus familiares da Grã-Bretanha, de recebimento de visita de representantes do consulado britânico e da falta de concessão de benefícios na execução penal. Imediatamente, após ser intimado pelo CNJ, o British Consulate-General São Paulo confirmou as reclamações do seu nacional, bem como denunciou outros fatos, como por exemplo, “o mesmo nos relatou que extraiu o próprio dente, pois já não conseguia mais suportar a dor em que se encontrava”. Em virtude da reclamação encaminhada, o Poder Judiciário mineiro verificou que o apenado teria benefício desde 01/02/2012, oportunidade em que fora posto em liberdade.

Poder-se-ia perguntar sobre a real necessidade de um apenado estrangeiro, sem a mínima intenção de, após o cumprimento da pena, continuar a residir no país, ser obrigado a se integrar à nossa sociedade. Esse certamente é o grande questionamento que permeia e fundamenta os acordos de transferência internacional de pessoas condenadas. Defendemos que a possibilidade de ressocialização é a garantia efetiva de cumprimento de um direito humano ligado essencialmente à proteção da dignidade da pessoa humana, consoante previsto no art. 10, §3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A possibilidade de os presos estrangeiros cumprirem a pena integralmente em regime fechado, em decorrência de possível entendimento jurídico refratário aos direitos dos presos estrangeiros, poderá trazer inúmeros prejuízos para eles, principalmente, considerando que quanto mais tempo o preso estrangeiro permanece em outro Estado, mais remoto será o desejo de retornar ao seu país de origem⁴⁸, sem contar a contingência de ser recrutado pelas facções criminosas que agem dentro dos presídios.

Com isso, reputa-se que a melhor medida é a transferência dos presos estrangeiros que queiram terminar o cumprimento da pena em seu país de origem, sem prejuízo da garantia de permanência do apenado no Brasil, caso assim deseje com o fim

⁴⁸ MIOTO, 1986: p. 138

de se integrar à sociedade brasileira, não lhe podendo ser negado nenhum benefício da execução penal, exclusivamente por sua condição de estrangeiro.

6. CONCLUSÃO

Na seara da execução penal, os direitos humanos densificam o conjunto protetivo interno aplicável aos reclusos. A relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais deve ser de complementaridade, jamais de exclusão, o que requer efetividade no sistema de incorporação dos direitos humanos. Ao tomar os direitos individuais como pano de fundo das medidas protetivas estatais e ao reconhecer que a razão de existir do Estado é a proteção do indivíduo, toda ação estatal deve ser voltada para a proteção desses direitos inafastáveis da pessoa humana, resguardando o seu núcleo de dignidade. A norma que melhor alcançar o desiderato constitucional ou humanitário internacional de proteção dos direitos individuais deve ser a aplicada, não importando a sua hierarquia normativa no ordenamento jurídico.

No caso dos presos estrangeiros, há que tomá-los em sua especificidade, dadas as peculiaridades e contingências que os cercam, ainda que a legislação aplicável seja a mesma aplicada aos presos nacionais. Há que se reconhecer os mesmos direitos aos estrangeiros, não se podendo vedá-los pelo simples fato de serem estrangeiros, porquanto isso afronta o espírito constitucional da busca por uma sociedade mais justa e equilibrada para todos. Em que pese representem 0,6% da população carcerária brasileira, os presos estrangeiros têm as possibilidades de defesa sensivelmente prejudicadas, quer pela língua, quer pela consciência da juridicidade interna, o que, por si só, já leve à necessidade da inclusão diferenciada desse “outro”, o estrangeiro, por parte de atuação também diferenciada do Poder Público, considerando todos os seus atores estruturais. A Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva é um exemplo dessa atuação.

A pretensão de ressocialização dos presos estrangeiros em solo brasileiro não passa de uma retórica, considerando que o Poder Público brasileiro não tem obtido êxito nem mesmo na ressocialização dos seus nacionais. No caso dos estrangeiros, como dito, a questão da língua, consciência jurídica, cultura e costumes diversos limitam, ou mesmo eliminam, a possibilidade de ressocialização no país. Com isso, reputamos ideal que o preso estrangeiro cumpra a pena no Brasil apenas de forma parcial, podendo ser

transferido, caso os requisitos dos acordos de transferência e da Lei de Migração sejam satisfeitos, principalmente com a sua concordância, para que cumpra o resto da pena no seu país de origem, próximo de seus familiares e dentro de sua cultura.

A transferência humanitária do preso estrangeiro, a nosso sentir, satisfaz a finalidade punitiva, possibilita a minoração das angústias do cumprimento da pena, afasta possíveis efeitos deletérios próprios do cárcere brasileiro e atende aos reclamos de proteção, efetivação e promoção dos direitos humanos e fundamentais do preso estrangeiro. Não se trata, à toda evidência, de expulsar o estrangeiro por vias utilitaristas ou de modo velado, mas sim de possibilita-lhe o cumprimento de pena menos agressivo do ponto de vista humanitário. Assim, a transferência de presos estrangeiros é um mecanismo de possibilidades humanitárias.

Portanto, pelo acima exposto, verifica-se que a transferência internacional de pessoas condenadas, notadamente no caso do Brasil, tem caráter humanitário e contribui significativamente para a minoração dos efeitos deletérios do cárcere em relação a este grupo de pessoas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Letícia Núñez, GONÇALVES, Agnes Félix, MACÊDO, Nathan Bueno. Sistema Penitenciário e as Relações Internacionais: Uma Análise Sobre a Transferência de Presos no Cone Sul. **Dossiê Punição e Controle Social: degradações carcerárias em América Latina e Europa.**, v. 2, p. 194-209, 2016.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. ***Estrangeiro: um menos tolerado. Controle e reação social no Brasil. Movimentos de poblacion, integração cultural y paz.*** Eguzkilore, San Sebastian, nº 7º, Extraord., dic., 1994, pp. 96-105.

BAUMAN, Zygmunt. **Strangers at Our Door.** Malden, MA: Polity, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 1ª edição. Ed. Einaudi: Torino, 1990

BUSATO, Paulo César. **Execução Penal e cidadania global**. Gen Jurídico, 2016.
Disponível em: <https://bit.ly/31dBD69>.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penal**. In: *Revistas dos Tribunais*, vol. 768, p. 421 e s. 1999.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4ª Edição. Porto Alegre: editora Artmed, 2005.

GIMENEZ-SALINAS, Esther. “**Extranjeros em prison**”. **Movimientos de población, integración cultural y paz**. Eguzkilore, San Sebastian, nº 7, Extraord., dic., 1994.
Disponível em: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivckeiguzkilore_num_extr7/es_extra7/adjuntos/gimenezsalinas.pdf Acesso: 13/9/2012

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19.09.15: disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>, acesso em: 24.05.19;

GONNELLA, Patrizio. **Stranieri in cárcere: il grande bluff populista**. Disponível: <https://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/wp-content/uploads/2018/06/XIVrapporto-sulle-condizioni-di-detenzione-stranieri-in-carcere.pdf>. Acesso em 02.05.2019

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Padro (org.) **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on Trial**. 3rd ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MIOTTO, Armida Bergamini. “Presos estrangeiros; preocupação da ONU”. **Revista da Faculdade da Universidade Federal do Goiás**. 10 (1-2): 119-141, jan./dez. 1986.

MURTA, João. 10 anos do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Accountability judicial e políticas públicas judiciárias no âmbito do sistema de execução Penal. In: **CNJ e a efetivação da justiça**. Orgs: LAMACHIA, Claudio, FERREIRA, Antônio Oneildo, MONTEIRO, Valdetário Andrade. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019

NOWAK, Manfred. “Discurso Inaugural”. **12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, Salvador**, 2010. Anais do workshop. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.

PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALA, Martha Gallardo. “Origem, conceito e aplicação da assistência consular a presos estrangeiros”. *Lex. Revista do Direito Brasileiro*, v. 23, p. 31-43, 2006.

SOARES FILHO, Marden Marques. Projetos de Reinserção Social da Pessoa Condenada do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): um desafio para o Sistema de Justiça Criminal. In: **CNJ e a efetivação da justiça**. Orgs: LAMACHIA, Claudio, FERREIRA, Antônio Oneildo, MONTEIRO, Valdetário Andrade. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THORNHILL, Chris. The sociology of constitutions. In: **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 13, pp. 493-513, 2017

TOMÉ, Semiramys Fernandes; KARAM, Andrea Maria Sobreira. Reflexões sobre a construção de uma perspectiva de humanização das penas através das convicções de Diogo Feijó. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3, n. 2, p. 214-230, mai./ago. 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. “Crônica de uma morte anunciada”: a instauração do “paradigma do campo” e o colapso do sistema penitenciário brasileiro. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 47-73, mai./ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I: Teoria geral do direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.