


ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

DIREITO INTERNACIONAL E ENCARCERAMENTO:

Violações a direitos e garantias fundamentais de presas e presos estrangeiros na Execução Penal Brasileira

Derecho internacional y la política de encarcelación: Violaciones a los derechos y garantías fundamentales de presas y presos extranjeros en la ejecución penal brasileña

Ana Luiza Brinati MEDINA¹ 
Thiago ALMEIDA²

“O presídio é um palanque de tortura como eram as senzalas, mas hoje das periferias e dos pobres. Se houvesse outro público lá dentro, podíamos não pensar nisso. Mas não tem como, é algo muito seletivo”.

Coordenador Nacional da Pastoral Carcerária – Pe. Valdir Silveira

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 08 jun. 2020

Verificação de Plágio: 10 jun. 2020

Decisão final: 09 jul. 2020

Editor: CASTILHO, R. da S.

Correspondente: MEDINA, A. L. B.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto, no que concerne a princípios e paradigmas do Direito Internacional, firmados através de tratados e convenções internacionais; e a disposições da execução penal brasileira, por meio da Lei de Execução Penal e outros dispositivos; a análise do encarceramento de presos estrangeiros no Brasil por crimes cometidos em território nacional. Este exame perpassará pela observação de uma série de violações a garantias fundamentais do preso – seja ele estrangeiro ou não – no que concerne à política carcerária nacional, elevando-se o enfoque ao fato de que a violação tende a ser ainda mais incisiva no que tange aos presos estrangeiros, por sua condição cultural e linguística, além de seu afastamento territorial. Será realizada abordagem sobre o conceito de soberania, entendendo-se que o Estado brasileiro, embora possua autonomia para legislar sobre matéria penal interna, está sujeito ao controle externo por convenções e tratados internacionais sobre direitos

¹ Graduanda em Direito, pela Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: < analubrinati@gmail.com >. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-0467-9968> >.

² Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito Público, pela Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: < thiago.almeida@terra.com.br >. ORCID: < Não informado >.

humanos dos quais é signatário, de modo a se garantir a preservação do direito internacional à dignidade da pessoa humana. Em relação às soluções de cunho imediato, trataremos daquelas já adotadas em âmbito internacional, como o sistema de peticionamento internacional, a antecipação da expulsão do preso, a sua transferência antecipada e a deportação sumária. Como solução a longo prazo, abarcando maior complexidade, ter-se-á a necessidade de revisão do modelo atual de política carcerária, bem como da própria jurisdição constitucional, que deve oferecer um campo de coerência e integridade não só aos processos que envolvam estrangeiros, como a todos os demais, sem casuísmos e divergências entre cortes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Prisão de estrangeiros no Brasil. Violações a direitos e garantias fundamentais. Política de encarceramento. Dignidade da pessoa humana.

RESUMEN: Este artículo tiene como objeto, con respecto a los principios y paradigmas del derecho internacional, firmado a través de tratados y convenciones internacionales; y con respecto a las disposiciones de la ejecución penal brasileña, a través de la Ley de Ejecución Penal y otras; el análisis del encarcelamiento de prisioneros extranjeros en Brasil por delitos cometidos en territorio nacional. Este examen pasará por la observación de una serie de violaciones a las garantías fundamentales del prisionero, ya sea extranjero o no, con respecto a la política penitenciaria nacional, lo que aumenta el enfoque en el hecho de que la violación tiende a ser aún más incisiva en el con respecto a los presos extranjeros, debido no solo a su condición cultural y lingüística, como también a su distanciamiento territorial. Se realizará un acercamiento al concepto de soberanía, entendiendo que el Estado brasileño, aunque tiene autonomía para legislar en materia penal nacional, está sujeto a control externo por parte de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos con los que ha firmado acuerdos, para garantizar la preservación del derecho internacional a la dignidad de la persona humana. Las soluciones de corto plazo serán aquellas ya tomadas en el contexto internacional: el sistema de petición internacional, la anticipación de la expulsión del prisionero, su transferencia y deportación sumaria. Como solución a largo plazo, que abarca una mayor complejidad, será necesario revisar el modelo actual de la política penitenciaria, así como la jurisdicción constitucional en sí, que debería ofrecer un campo de coherencia e integridad no solo a los procesos que involucran a extranjeros, como todos los demás, sin casuística y sin diferencias entre cortes.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Prisión de extranjeros en Brasil. Violaciones a derechos y garantías fundamentales. Política de encarcelación. Dignidad de la persona humana.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro se desenvolve a partir de um Estado Democrático de Direito de caráter representativo, isto é, um modelo em que, subjugados aos ditames da lei estão a população e seus representantes, sendo que estes últimos devem sempre exercer suas funções com base na vontade e nas necessidades do povo.

Enquanto Estado soberano, isto é, ente que possui autonomia em relação aos demais, o Brasil coloca-se em posição equiparada, no cenário mundial, às demais nações, o que lhe garante a possibilidade de decidir acerca de suas políticas internas, no que concerne, inclusive, ao *modus operandi* de seu sistema penal. Entretanto, para garantir a visibilidade do país enquanto em conformidade com os preceitos internacionais, o Brasil celebra diferentes Tratados e Convenções junto a outros países, acordos esses que têm em seu bojo, precipuamente, o objetivo de proteção aos direitos humanos.

Entretanto, como se vislumbrará a partir do presente estudo, embora signatário de acordos internacionais sobre direitos humanos, o Brasil não vem adotando, no que tange ao seu modelo de encarceramento, métodos que garantam um dever básico dos países em relação à sua população: a proteção à dignidade da pessoa humana, direito humano internacional. Na verdade, a situação se põe às avessas, com constantes violações não só a direitos fundamentais de presos brasileiros, mas também a tais garantias concernentes àqueles estrangeiros. Serão realizadas, em razão disso, diferentes observações voltadas à forma como essas violações ocorrem no sistema brasileiro, comparando a práxis jurídica com os preceitos e prerrogativas trazidos tanto pelos dispositivos legais quanto pelo que dispõem os acordos internacionais.

O objetivo deste estudo é apontar as inúmeras deficiências no modelo de encarceramento brasileiro, considerando-se que o país é um dos que possui a maior população carcerária no mundo. Com isso, busca-se demonstrar que esse sistema³ ostenta condição de massiva violência, sendo “um Estado de Coisas Inconstitucional”, conforme disposto pelo próprio STF na ADPF nº 347/DF. Além disso, buscam-se possíveis soluções para o dilema vivenciado no contexto atual, soluções essas que podem tanto ser imediatas, e já adotadas pelos Estados em relação a tais dilemas, evitando-se a inserção ainda maior de presos no sistema carcerário brasileiro, quanto mediatas, com a revisão, mais complexa do modo de execução penal e da própria atuação jurisdicional, que vem apresentando decisões casuísticas e contraditórias, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o que demonstra uma jurisdição constitucional que não está sendo bem exercida.

Para o presente exame, adotar-se-á a análise bibliográfica como método de pesquisa. Como marco teórico, os juristas Rogério Tair e Ana Luisa Zago de Moraes serão utilizados. O primeiro, doutor em Direito Internacional pela USP, em razão de seu trabalho voltado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Rogério Tair possui importantes publicações voltadas à efetividade na proteção dos direitos humanos e profundo conhecimento sobre o tema, razão pela qual se faz essencial sua adoção na presente análise.

A segunda autora, Ana Luisa Zago de Moraes, doutora em Ciências Criminais pela PUCRS com a tese “Crimigração: a relação entre política migratória e criminal no Brasil”, será adotada neste estudo em razão de sua vivência junto à Defensoria Pública da União, além de sua pesquisa voltada principalmente aos temas de Direito

³ Segundo o Dicionário Aurélio (2019), “sistema” é a “Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”. No ambiente jurídico-penal, principalmente no que tange à execução penal, há quem defenda a ausência da ideia de sistema carcerário ou mesmo de sistema penal, em razão de esses dois institutos não apresentarem a organização necessária para o atendimento de suas declaradas finalidades. Assim, concebê-los como sistemas seria um meio de torna-los diversos do que são na prática: violadores de direitos humanos, desorganizados e contrários ao que está disposto nos textos legais, no que concerne à Execução Penal.

Internacional dos Direitos Humanos, Direito Penal Internacional e Direito Migratório. Ambos serão essenciais para o enriquecimento deste exame, possibilitando a redação de uma obra concisa e clara, que demonstre e comprove as mazelas vivenciadas pelo modelo de encarceramento brasileiro, profundamente precário no que tange a presos brasileiros e – mais incisivamente - a presos estrangeiros.

2 A SOBERANIA BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 SOBERANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, segundo consta no caput do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. José Afonso da Silva afirma que uma democracia se baseia no princípio da soberania popular, impondo a participação direta e substancial da população na “coisa pública”, não só por meio da escolha de seus representantes, mas também pelo controle de seus exercícios (SILVA, 1987, p. 19-20). Além disso o Estado Democrático de Direito, além de atender às demandas da sociedade, num contexto histórico específico, deve sempre se submeter ao denominado Princípio da Legalidade, o qual supõe a submissão de todos aos ditames legais de uma Constituição, bem como de leis infraconstitucionais (SILVA, 1987, p. 20).

O Estado brasileiro, após um longo contexto ditatorial de repressão e opressão de massas, passou a adotar, em 1988, o modelo democrático de direito acima definido. Nesse momento, é elaborada uma Constituição Federal que, em seu texto, traz uma série de direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de se abandonarem os abusos, arbitrariedades e violência que haviam marcado os anos de 1964 a 1985, impondo a todos a submissão aos dispositivos constitucionais.

O primeiro ponto a se analisar envolve o artigo 1º, inciso I, da Carta Maior, em que se constitui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro a soberania.

Rogério Tair define que a soberania de um Estado se dá em três diferentes dimensões. A primeira delas seria a econômica, sendo a “capacidade autônoma de cada Estado definir os instrumentos necessários à administração da sua atividade econômica” (TAIAR, 2009, p. 14). A segunda seria a soberania política, considerada “a permissibilidade de cada Estado decidir sobre o regime político interno e a faculdade de participar como membro autônomo e legítimo frente aos demais Estados” (TAIAR, 2009, p.14). E, finalmente, a soberania jurídica, que não só confere a legitimidade internacional, no âmbito legal, como também garante a capacidade jurídica para a celebração de acordos e tratados internacionais, capazes de promover parâmetros para a criação de “regras de convivência entre os diferentes Estados, sem que tais celebrações impliquem afronta à soberania jurídica e à soberania política” (TAIAR, 2009, p.14).

Entretanto, para que um Estado seja considerado soberano, este deve, em primeiro lugar, promover a proteção da dignidade da pessoa humana, considerada requisito essencial para o exercício desse próprio poder (TAIAR, 2009, p. 253). Em razão disso é que, junto à soberania, consta, no art. 1º, inciso III da CF/88 (BRASIL, [2016]) a dignidade da pessoa humana como sendo mais um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ingo Wolfgang Sarlet define que a dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...]. (2006, p.60)

Deve-se entender, assim, que, sendo garantia intrínseca ao conceito de pessoa humana a vida com dignidade, isto é, com o mínimo existencial para exercício de seus direitos e deveres enquanto ser humano dotado de subjetividades, é dever do próprio Estado não só zelar por sua proteção, reprimindo qualquer ato atentatório a esse direito, como também promover meios de se efetivarem as condições de vida digna para todos, razão pela qual a dignidade se apresenta em duas dimensões, uma negativa – a primeira – e uma positiva – a segunda – (SARLET, 2006, p. 141).

Entretanto, embora considerada requisito para a soberania de um Estado, a dignidade da pessoa humana é, em muitos casos, violada pelo ente estatal em relação ao seu povo, fato esse que, em inúmeras situações, faz-se impune, em razão da ideia de soberania abarcar consigo a noção de um ente autônomo. Aderruan Rodrigues Tavares, citando Dalmo de Abreu Dallari, relaciona o conceito de soberania com as ideias de poder, coerção e fixação de competências, noções essas que, segundo aquele, não admitem disposições em contrário. Em razão disso, a soberania estatal, em muitos casos, gera nos Estados o sentido de que, por serem autônomos, nenhum ente exterior poderá se impor diante de seu poder soberano, poder esse que, mesmo indo de encontro ao ordenamento jurídico interno, ainda será considerado legítimo (DALLARI, 2011, apud TAVARES, 2012, p. 233).

2.2 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NA SOBERANIA ESTATAL

O Direito Internacional é formado por uma série de regras e princípios que auxiliam na promoção e elaboração de normas internacionais voltadas à delimitação dos direitos e deveres de cada Estado (ou organismo estatal) em relação aos demais, bem como às próprias pessoas humanas que compõem cada um desses entes (TAIAR, 2009, p. 24).

Segundo Flavia Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos promove uma série de deveres dos Estados em relação às pessoas humanas, nacionais ou estrangeiras, impondo parâmetros de comportamento e atuação pelos Estados, que devem garantir a legitimidade àqueles que reclamem sua proteção quando ocorrem omissões ou violações por esse aparato estatal (PIOVESAN, 2011, p. 57). Além disso, a autora também delimita serem tais direitos um complexo de “*normas, procedimentos e instituições internacionais*” promovidos com o objetivo de, em âmbito mundial, garantir-se o respeito aos direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p. 58).

No que tange à questão histórica, os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos surgem principalmente no contexto pós-nazismo de 1945, buscando-se uma possibilidade de atuação perante casos em que haja a violação a direitos humanos em âmbito internacional (PIOVESAN, 2011, p. 58). Portanto, mais do que princípios e regras que regem os direitos e deveres de um Estado em relação aos demais entes internacionais, são um meio de se exercer controle sobre o poder dos Estados, garantindo que estes protejam e promovam a dignidade da pessoa humana vinculada a seu povo.

Assim sendo, com o desenvolvimento do conceito de Direito Internacional dos Direitos Humanos, a pessoa, antes sujeito de direitos apenas em âmbito nacional, passa a ser também na esfera internacional, o que confere a seu Estado a impossibilidade de justificar, por meio do fundamento constitucional da soberania, a violação dos direitos humanos dentro de seu território, tendo de prestar informações também aos demais entes internacionais que verifiquem tal violação (TAIAR, 2009, p. 12). Por isso é que se entende que, no momento em que existe a violação, por parte da máquina estatal, de um direito relacionado à própria dignidade humana, na verdade, o que se tem é o enfraquecimento do poder soberano desse Estado (TAIAR, 2009, p. 13).

Com fins de se garantir o controle externo de tais violações estatais, são assinados inúmeros tratados e convenções, com o intuito de se garantir a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana. Em 1959, é criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), voltado a garantir e promover a proteção dos direitos humanos em todo o continente americano. Em razão disso, passa a compor o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), sistema esse que nasce com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. Vale informar que, embora criada em 1958, somente a partir de 1978 passa a vigorar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil, dentre diversos países, é signatário⁴.

Além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, inúmeras outras, tais como a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), são redigidas no período pós-guerra com o intuito de se reafirmar o entendimento mundial de erradicação das violações aos direitos humanos fundamentais.

Importante mencionar, outrossim, as denominadas Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, publicadas em 1955, as quais abarcam uma série de princípios a serem adotados para a manutenção dos sistemas penais. Sua primeira regra, pertencente aos princípios básicos para o tratamento de reclusos, delimita o direito de todas as pessoas em situação de reclusão de serem tratadas com respeito à dignidade humana, não devendo ser submetidas – mas sim protegidas dessas – a penas cruéis ou torturas, a ações desumanas ou degradantes (CNJ, 2016, p. 3).

⁴ Mais informações sobre a Corte, decisões, relatórios, e outras manifestações podem ser encontradas no site da Organização dos Estados Americanos, que conta com espaço destinado a tratar sobre a CIDH: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Portanto, verifica-se que as Convenções e Tratados dos quais o Brasil é signatário geram para o país o dever de garantia à sua população da promoção e proteção de seus direitos fundamentais e da própria dignidade humana, por meio de políticas sociais que insiram toda a população em um meio minimamente adequado à sua sobrevivência.

Entretanto, o que se observa, em relação ao Estado brasileiro, são inúmeras violações a essas garantias, principalmente no que concerne ao tema dessa pesquisa: pessoas em situação de restrição de liberdade, inseridas no sistema carcerário nacional. Para se tentar conter os inúmeros atentados aos dispositivos dos acordos supramencionados, estes, em muitos casos, apresentavam a possibilidade de peticionamento junto a Cortes Internacionais às quais se vinculavam. Segundo ACCIOLY, SILVA e CAVELLA, o mecanismo de proteção dos direitos humanos previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos ocorre da seguinte maneira:

A vítima (ou seus representantes) possui o direito de petição à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. A Comissão apreciará a admissibilidade da demanda [...] e seu mérito. Caso a Comissão considere a demanda inadmissível ou infundada, não cabe recurso à vítima [...]. No caso de ter sido constatada violação de direitos humanos sem que o estado infrator tenha reparado o dano, a Comissão pode propor a ação contra o estado, no caso de este ter reconhecido a jurisdição da Corte. Proposta a ação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, há regular processo de responsabilidade internacional por violação de tais direitos, no qual é possibilitada a ampla defesa e o contraditório. Ao final, a Corte prolatará sentença internacional vinculante e determinará, caso reconheça violações de direitos protegidos, as reparações necessárias. (2012, p. 723)

Porém, mais uma vez, os atentados aos direitos humanos pelos Estados permanecem. E, compreendendo-se o *modus operandi* do mecanismo de proteção dos direitos humanos previsto na Convenção, é possível entender o porquê dessa

continuidade. A noção de soberania, em muitos casos, impactará negativamente na coercitividade dos Tratados e Convenções, bem como de suas Cortes, em razão de que estes acordos não poderão se sobrepor à atuação estatal interna, mesmo que essa viole direitos humanos fundamentais; e mesmo que esses Estados tenham, em momento anterior, assinado acordos que abordem a necessária proteção de tais direitos humanos.

Por isso, embora exista um aparato internacional dado à Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar e persuadir países como o Brasil a cumprirem o que outrora fora assinado por seus representantes, o que se vê – e que será constantemente mencionado no presente exame – é que, nas inúmeras vezes em que ocorreram violações a direitos humanos, a denúncia alcançou tais cortes, que se pronunciaram em discordância à atuação dos Estados, apresentando ordens e recomendações. Entretanto, em nada isso implicou para a competência e autonomia desses países. A soberania brasileira, por exemplo, garantiu ao país que, mesmo lhe sendo outorgado o dever de reparar seu sistema carcerário, ele continuasse agindo em desconformidade com os parâmetros de garantia dos direitos humanos.

Compreendendo-se, assim, o modo de controle das cortes internacionais em relação aos atentados a direitos humanos cometidos pelos países signatários de suas respectivas convenções, como é o caso do Brasil em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e tendo-se em mente o fato de que o controle de tais cortes, na prática, em nada impacta na atuação interna brasileira, que ainda viola diariamente a dignidade humana de sua população carcerária; parte-se, então, a análise mais aprofundada dos atentados aos direitos humanos, desta vez, mais especificamente no que tange aos presos estrangeiros. Busca-se, agora, uma possível solução, em âmbito nacional, aos impactos do modelo de encarceramento brasileiro.

3 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E VIOLAÇÕES A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE PRESOS ESTRANGEIROS

3.1 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO CÓDIGO PENAL DE 1940

Para se entender o modelo de Direito Penal adotado atualmente no Brasil, deve-se analisar, primeiramente, suas bases histórico-legais. Em 1940, o Estado brasileiro encontrava-se em meio ao Estado Novo, cujas políticas públicas eram voltadas a um modelo ditatorial de governo, com centralização de poder nas mãos do Presidente (BOECKEL, 2005, p. 35-36). Ações arbitrárias e o próprio pensamento da época influenciaram diretamente na elaboração do Código Penal, considerando-se os interesses específicos de uma classe economicamente influente. Compreendendo-se toda a complexidade relacionada a esse contexto histórico, é possível visualizar o porquê de muitos de seus dispositivos terem sido revogados anos após a sua elaboração.

Também é possível, analiticamente, perceber que os conceitos de crime e de pena possuem, ainda hoje, um foco voltado a um grupo bastante específico de pessoas, que, já naquela época, sofriam as consequências de um modelo penal com raízes escravocratas, racistas e autoritárias⁵: majoritariamente, homens e mulheres negros e pobres, vindos de periferias – vide a Lei de Contravenções Penais, que, em seu artigo 14, inciso II (BRASIL, 1941), que definia como perigosos os condenados por vadiagem ou mendicância.

A partir da metade do século XX, com o fim da 2ª Guerra Mundial e a devastação causada por modelos autoritários de governo, países do mundo passaram a adotar um modelo de supremacia constitucional, calcada na proteção de garantias fundamentais, conforme já exposto na presente análise, em momento

⁵ Júlio César Tavares em “Teatro Experimental do Negro: contexto, estrutura e ação” afirma que “A década de 1940, principalmente no pós-guerra, é marcada pelas lutas raciais e de descolonização. No plano internacional, o período se caracteriza por uma mudança de qualidade nos protestos raciais nos Estados Unidos” (1988, p.81). O Teatro Experimental do Negro era como um “teatro de intervenção”, em suas palavras, em razão de sua função política e pedagógica, conscientizando e valorizando a pessoa negra num ambiente de constantes exclusões.

anterior. Assim, em razão da necessidade de se elaborar uma legislação penal que atendesse a novas perspectivas e concepções históricas, foram promulgadas as Leis nº 7.209/1984 e nº 7.210/1984. A primeira atendeu a uma série de alterações no Código Penal, adequando-o ao novo contexto do fim do século XX. A segunda instituiu a Lei de Execução Penal brasileira, baseada em princípios de proteção da dignidade da pessoa humana, no que concerne ao tratamento de presos. Ater-nos-emos à análise, *in casu*, da Lei de Execução Penal.

3.2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELO TEXTO LEGAL

A lei nº 7.210/1984, também conhecida como Lei de Execução Penal, assim dispõe, em seu artigo 1º, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Além disso, dispõe seu artigo 3º, caput e parágrafo único, respectivamente, que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (BRASIL, 1984). A Lei de Execução Penal, portanto, ainda que promulgada anteriormente à CF/88, possuía um condão constitucionalista, no sentido de se protegerem garantias fundamentais de presos e internados.

A partir da Lei 7.210/1984, houve o que se denomina de institucionalização do modelo jurisdicional de execução penal, isto é, haveria, a partir daquele momento, um processo e um procedimento específicos e diferenciados de execução penal, diversos do Direito Processual Penal, com a competência própria de um juízo de execuções (ALMEIDA, 2014, p. 40). Na LEP, o objeto de tratamento não é mais a acusação e o julgamento do réu, cabendo à Lei o prosseguimento com a pena ou medida de segurança cabíveis relacionadas à condenação (ALMEIDA, 2014, p. 40). Entretanto, a execução penal teria, ainda, uma natureza jurídica mista, haja vista que, no que tange ao plano jurisdicional, a atuação caberia ao juízo da execução; mas, no que tange ao plano administrativo, a competência caberia, ainda, aos órgãos

do executivo, como é o caso, por exemplo, da permissão de saída, da transferência de presos, entre outras decisões (ALMEIDA, 2014, p. 41).

Assim, com a finalidade de se positivar um sistema garantidor de direitos, rompendo com um modelo violador no encarceramento de presos no Brasil, foram inseridos alguns artigos, com esse teor, no bojo da LEP, tais como o artigo 40 e 41⁶. A ênfase dada aos incisos constantes em nota de rodapé envolve a posterior análise a ser feita, ainda neste trabalho, acerca das violações a direitos de presos estrangeiros. Entretanto, sem ainda nos adentrarmos nesse tema, voltamos os olhos às garantias dadas pela LEP aos presos em território nacional, independentemente de sua origem.

No plano teórico, quando da criação da Lei, o legislador parece agir com tamanha coerência em sua elaboração, preocupando-se com as mazelas de um sistema carcerário que atenta contra direitos humanos fundamentais. Assim, é visível a busca em se inovar, no plano legal, positivando-se um direito que, posteriormente, seria inclusive definido enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal de 1988: a dignidade da pessoa humana.

Quatros anos após a promulgação da Lei de Execução Penal, é adotada, no ordenamento jurídico brasileiro, a CF/88, que, com um teor também de cunho humanitário, aborda diferentes garantias e deveres perante o preso no que tange à

⁶ Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art.41. Constituem direitos do preso:

I – alimentação suficiente e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração;

(...)

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena

VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

(...)

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (BRASIL, 1984).

execução penal⁷. O art. 5º da Carta Maior (BRASIL, [2016]), por exemplo, traz a definição de igualdade de todos perante a lei, igualdade essa que não admite distinções de qualquer gênero, garantindo-se, por fim, a inviolabilidade dos direitos “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” a todos os brasileiros e também àqueles estrangeiros que residem no Brasil.

Dentre os termos apresentados no vasto rol de incisos do artigo 5º, mencionamos os de números XLI, XLVII, XLVIII, XLIX, L e LXVIII. Todos esses trazem garantias constitucionalmente promovidas a presas e presos no que tange ao processo e à execução penal, exercendo controle sobre a atuação administrativa e judiciária e proteção à dignidade humana.

Entretanto, mesmo com os dispositivos da LEP e a possibilidade de propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, com base no que dispõe a CF/88, as violações a tais direitos fundamentais permanecem constantes. É esse o entendimento, inclusive, do Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 347, que declarou, em 2015, ser o modelo de encarceramento brasileiro um “Estado de Coisas Inconstitucional”⁸. Ainda hoje, cinco anos após o julgamento cautelar pelo Supremo à arguição proposta, o cenário é o mesmo, ou talvez ainda mais avassalador, em razão do aumento contínuo de casos de chacinas e rebeliões nas penitenciárias brasileiras⁹.

⁷ Marcelo Neves em “Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder” afirma que: “[...] a constitucionalização simbólica implica mudança de(o) texto constitucional sem correspondente alteração das estruturas reais subjacentes, servindo mesmo como mecanismo construtivo de ilusões [...]” (1996, p. 327). Portanto, analisando-se a concepção de constitucionalização simbólica trazida pelo autor, é possível, paralelamente, compará-la com a elaboração do texto constitucional de 1988, que, embora apresente em seu bojo normativo uma série de alterações em prol de direitos humanos e garantias fundamentais, não possui, na prática, uma “relevante repercussão normativo-jurídica nas relações de poder” (NEVES, 1996, p. 324).

⁸ Mais informações disponíveis no Informativo 798 emitido pelo STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 29 de mai. de 2020.

⁹ A revista Metrôpoles realizou reportagem denominada “As faces das chacinas no cárcere”, que relata algumas das chacinas que ocorreram na Região Norte entre 1º e 14 de janeiro de 2017. Além de

O problema, portanto, permeia justamente o fato de que, embora exista a possibilidade de se questionar a constitucionalidade da atuação estatal junto às prisões brasileiras por meio dos remédios constitucionais, o que ocorre hoje, é, independentemente desses meios, um completo abandono dos espaços de encarceramento, o que denuncia uma atuação administrativa contrária às disposições da LEP e da CF/88.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado em dezembro de 2019 pelo INFOPEN – DEPEN (BRASIL, 2019), o número de pessoas encarceradas, naquele período, chegava a 748.009, sendo que o número de presos provisórios, isto é, sem decisão transitada em julgado, alcançava o patamar de 222 mil, expondo o problema do encarceramento em massa. E a situação se torna ainda mais devastadora, no que tange à política prisional brasileira, quando se analisa o número de vagas no sistema prisional, naquele mesmo período, que era de 442.349, quase metade do que o sistema comportava.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017), em relatório emitido em junho de 2017 – quando o número de pessoas privadas de liberdade era 726.354 –, afirma que 63,64% da população privada de liberdade era formada por pessoas que se consideravam pretas e pardas, enquanto 35,48% se consideravam brancas. No que tange ao nível de escolaridade, 51,35% dos presos possuíam ensino fundamental incompleto, 13,15% possuíam ensino fundamental completo, 14,98% tinham ensino médio incompleto, 5,85% eram alfabetizados e 3,45% eram analfabetos, sendo um problema também sócio-estrutural: a maioria significativa da população carcerária nem sequer obteve diploma de ensino fundamental, o que, para um modelo econômico capitalista, significa mão-de-obra barata, pouco qualificada. Ainda segundo o levantamento realizado pelo INFOPEN

números, apresenta, também, a história das 123 vítimas, muitas delas mortas em situações de tortura, esquartejadas ou degoladas. Reportagem disponível em: <<https://www.metropoles.com/materias-especiais/chacinas-nos-presidiosconheca-as-123-historias-dos-detentos-mortos>>. Acesso em: 27 de mai. de 2020.

em dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), naquele período, o número de presas e presos estrangeiros no Brasil alcançava o montante de 2199 pessoas, número superior ao registrado em 2017, de 2161 presas e presos.

Importante mencionar que o problema do encarceramento em massa e dos atentados à dignidade humana no ambiente carcerário, no Brasil, não são recentes. Em 13 de abril de 2000, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou em decisão acerca de denúncia sobre o massacre ocorrido em 2 de outubro de 1992 na Casa de Detenção Carandiru. Segundo consta no relatório emitido pela Corte, 111 detentos foram mortos, sendo que, destes, 84 ainda não haviam sido condenados (CIDH, 2000). De acordo com a perícia realizada, os presos teriam sido mortos ajoelhados pelos policiais responsáveis por conter a rebelião, sem ter havido qualquer disparo em direção ao aparato policial, razão pela qual não se configuraria atuação em legítima defesa. A CIDH recomendou a investigação dos fatos, a aplicação de punições aos responsáveis pelo massacre, e a concessão de reparação às vítimas e aos seus familiares, bem como a aplicação de medidas para alteração do modelo de encarceramento, com vistas a se evitar a repetição dos tipos de violações ali ocorridas. Entretanto, importante mencionar que o julgamento daqueles que concorreram para a morte dos 111 detentos só se iniciou em 15 de abril de 2013, com a condenação dos réus pelo júri. Entretanto, em sede de apelação, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, anulou as condenações, alegando terem sido contrárias ao que dispunham as provas constantes nos autos, indo de encontro ao princípio da soberania dos veredictos do júri e à própria jurisprudência da Casa (MACHADO; MACHADO, 2018).

Sabendo-se da gravidade dos atentados a direitos humanos de presos brasileiros no Brasil e das arbitrariedades cometidas pelos tribunais e cortes internas, passa-se à análise da situação, bastante específica, da prisão brasileira de presos estrangeiros, que, ainda mais intensamente, viola o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e princípios do processo e da execução penais.

3.3 VIOLAÇÕES A DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE PRESAS E PRESOS ESTRANGEIROS

Compreendendo-se as inconstitucionalidades cometidas pelo aparato estatal no que concerne à aplicação das penas em penitenciárias e presídios nacionais, é possível entender também a impossibilidade de se alcançar uma finalidade declarada dessa mesma pena: a ressocialização. Observar o sistema carcerário brasileiro e todas as mazelas a ele intrínsecas é perceber que, antes de qualquer fim, ao contrário do que se prega, o objetivo do encarceramento em massa da população é político e é também social, mais do que pura e simplesmente jurídico-penal: é a produção e promoção do medo, isto é, da instituição do horror (SILVA, 2006, p. 86). Não se aplicam penas somente porque crimes foram cometidos: aplicam-se penas, hoje, em nosso sistema, como um meio de coerção e controle de uma população específica: pessoas negras, pobres, com baixo ou nenhum nível de escolaridade são a maioria daqueles que povoam celas superlotadas, fétidas e precárias.

A situação aparenta – e efetivamente é – ainda mais frágil quando se está diante de estrangeiros, que, majoritariamente, foram presos por tráfico internacional de drogas em aeroportos internacionais brasileiros (ITTC, 2016, p.14), e permanecem em território nacional aguardando sentença ou mesmo cumprindo suas penas.

O direito dos estrangeiros em território brasileiro é disciplinado pela Lei de Migração (antigo Estatuto do Estrangeiro), de nº 13.445/2017. Citada Lei dispõe sobre direitos e deveres do migrante e do visitante, regula sua entrada e estada em território brasileiro e delimita princípios e diretrizes no que tange às políticas públicas para o emigrante, conforme seu artigo 1º (BRASIL, 2017). Além de tratar dos migrantes e visitantes, conforme disposto em seu primeiro artigo, a Lei de Migração também aborda a questão dos presos estrangeiros no Brasil. Seu artigo 54 (BRASIL, 2017), por sua vez, trazendo a definição de expulsão enquanto “medida

administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado”, traz, em seu parágrafo primeiro, a possibilidade de expulsão nos casos em que se houver condenação com sentença transitada em julgado em razão de “crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional”.

Portanto, vislumbra-se que, na grande maioria dos casos em que há prisão de estrangeiros por crimes cometidos em território brasileiro, este fica impossibilitado de retornar, posteriormente, ao Brasil. Isso porque, sendo a maior parte das prisões de estrangeiros relacionada ao crime de tráfico internacional de drogas – crime esse que, no ordenamento jurídico brasileiro, é equiparado aos crimes hediondos – este acaba sendo considerado crime de alta gravidade com cominação de pena privativa de liberdade com aumento de até 2/3 em razão da transnacionalidade (ITTC, 2016, p. 14).

Ana Luisa Zago de Moraes realiza pesquisa aprofundada sobre o tema. A Defensora Pública Federal, por meio da obra “Assistência Transdisciplinar aos Presos Estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo”, busca demonstrar os trabalhos realizados pela DPU em prol de presos estrangeiros que se encontrem no Estado de São Paulo, com fins de tornar menos precária a permanência e o cumprimento das penas por essa população estrangeira em restrição de liberdade. Segundo a autora,

A questão dos presos estrangeiros implica na atuação de todos os entes federativos, através das mais diversas instituições: a Polícia Federal, com operações nos aeroportos; a Polícia Civil e Militar [...]; o Ministério Público Federal; a Justiça Federal, em que tramita o processo de conhecimento [...]; as Defensorias Públicas da União e do Estado; os albergues municipais e centros de assistência ao estrangeiro, dentre outros. Não se olvida, ainda, a interferência dos próprios países de origem, através dos consulados e embaixadas (2013, p. 431).

Diferentemente do Processo e da Execução Penal de presos brasileiros, o procedimento para aqueles estrangeiros envolve demais elementos e figuras essenciais, como o papel de consulados e embaixadas dos países de origem desses indivíduos. A função dessas entidades, vale dizer, vai muito além do mero suporte ao indivíduo enquanto permanece preso em território brasileiro. Em muitos casos, quando não expulsos do Brasil, os consulados auxiliam esses indivíduos na própria obtenção da regularização migratória, bem como na inserção destes no mercado de trabalho (MORAES, 2013, p. 437). Entretanto, nem sempre a relação do preso junto aos consulados e embaixadas é facilitada: em geral, as entidades de países europeus e norte-americanos tendem a ser mais presentes, inclusive se deslocando às próprias penitenciárias, do que aqueles de países africanos ou mesmo sul-americanos (MORAES, 2013, p. 435-436).

Importante suscitar, também, que as diferenças culturais e linguísticas tornam, em muitos casos, mais complexo o processo e a execução penal dos presos estrangeiros, haja vista que, não raras as vezes, estes nem mesmo falam a língua portuguesa, o que exige a presença, por exemplo, de intérpretes linguísticos (MORAES, 2013, p. 447). Segundo Ana Luisa Zago, há casos acompanhados pela DPU em que os próprios presos precisam auxiliar uns aos outros na tradução linguística, em razão da ausência de intérpretes que falem a sua língua nativa, o que demonstra certo descaso por parte das instituições brasileiras. Ines da Silva Félix e Marianny Alves relatam que

De início, já é preciso lidar com a dificuldade de comunicação, uma vez que os servidores que trabalham no sistema carcerário, em regra, não estão preparados para se comunicarem utilizando-se de idioma diferente do português. Só por aí já é possível deduzir a insegurança do preso estrangeiro, que se submete a convivência em um local no qual não compreende as informações repassadas (2017, p. 292).

Caso equiparado ao que ocorrem com presos estrangeiros no Brasil, em razão de sua língua, foi julgado pela Corte IDH, tendo ocorrido em 27 de abril de 1997, na cidade de Tela, Honduras. Segundo consta, Alfredo López Álvarez foi preso por suspeita de tráfico de entorpecentes, tendo sido levado a juízo sem a presença de advogados e sendo proibido de se comunicar em sua língua nativa enquanto permanecia no Centro Penal de Tela (CIDH, 2006, p. 44), clara manifestação discriminatória diante da diferença linguística ali existente. No local onde a vítima permaneceu, não havia separação entre condenados e processados (CIDH, 2006, p. 33), grande parte das celas se faziam superlotadas e em condições insalubres (CIDH, 2006, p.34). Alfredo López Álvarez permaneceu 6 anos em prisão preventiva, e, ao final do processo, foi considerado inocente, o que demonstra o completo abandono por parte do aparato judicial em relação ao princípio da presunção de inocência e à necessidade de desenvolvimento processual em um prazo razoável, que não viole as garantias processuais do acusado (CIDH, 2006, p. 53).

No mencionado caso, é possível verificar as inúmeras similaridades em relação aos presos estrangeiros no Brasil: a dificuldade de comunicação, a falta de acompanhamento por um advogado ou defensor público que fale sua língua nativa, e a ocupação de espaços completamente insalubres.

Já o problema da superpopulação carcerária brasileira é adversidade enfrentada por ambos os grupos, sejam eles presos brasileiros ou estrangeiros. Segundo Ana Luisa Zago de Moraes, na Penitenciária Cabo PM Marcelo Pires da Silva, em Itai/SP, em março de 2011, haviam 1400 presidiários de origem estrangeira, de diferentes nacionalidades, sendo que a Penitenciária comportava apenas 792 detentos. Ou seja, havia quase o dobro de detentos estrangeiros em relação ao número de vagas disponíveis para ocupação (MORAES, 2013, p. 434).

Outra adversidade confrontada por esses presos na Penitenciária, à época, era a falta de trabalho: apenas 600 dos 1400 estrangeiros ocupavam algum dos

postos de trabalho oferecidos pelo local. A Lei de Execução Penal, em seu art. 112 (BRASIL, 1984), define que “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz [...]”. A LEP, como se sabe, é aplicada a todos aqueles que estejam cumprindo penas no Brasil, independentemente de sua origem – se brasileiro ou estrangeiro. Assim sendo, aos presos estrangeiros também é garantido o direito de progressão de pena. Entretanto, segundo TOZI (2015 apud FÉLIX; ALVES, 2017, p. 293) ainda que cumprindo os requisitos concernentes a essa progressão, há entendimento jurisprudencial no sentido de ser incabível a aplicação do instituto aos presos estrangeiros em razão da impossibilidade de se atender ao fim de reintegração social, haja vista que este, ao fim do cumprimento de sua pena, será expulso e retornará ao seu país; e, também, pela impossibilidade, em muitos casos, do exercício do requisito de “trabalho honesto”, visto que muitos estrangeiros não conseguem emprego em razão do preconceito pela condenação sofrida, e da própria xenofobia.

Embora aparentemente inconstitucional, essa é também a própria posição do STF e do STJ¹⁰, que concordam sobre a impossibilidade de se conceder a progressão na execução da pena em prol do indivíduo estrangeiro que tenha sido criminalmente condenado no Brasil, visto que a decisão poderia ir de encontro aos objetivos da expulsão e prejudicar aquele que não pode, lícitamente, trabalhar em território brasileiro (MORAES, 2013, p.453-454).

Já em relação ao livramento condicional, a justificativa dos tribunais para a impossibilidade de aplicação é no sentido de que não há como o estrangeiro exercer atividade ou trabalho de forma lícita nem se estabelecer com residência fixa em território brasileiro, justamente em razão de sua irregularidade pelo cometimento do crime. Percebe-se, assim, que o Estado abandona a sua responsabilidade diante

¹⁰ Vide HABEAS CORPUS Nº 277.912 - SP (2013/0322275-1) e HABEAS CORPUS Nº 92.736 - AC (2007/0245774-1).

do indivíduo e de sua dignidade no momento em que passa a considerá-lo como parte de uma nação que não a brasileira, transmitindo a obrigação de cuidado e ressocialização para o país de origem (FÉLIX; ALVES, 2017, p. 293).

Finalmente, um último problema que merece atenção neste exame é a prisão de mulheres estrangeiras no Brasil, mais especificamente, de estrangeiras grávidas. A Lei de Execução Penal garante, em seu art. 82, §2º (BRASIL, 1984), que os estabelecimentos de prisão feminina possuam berçário, de modo que a mãe possa permanecer com seu filho por, no mínimo, seis meses. Após esse período, o filho é entregue aos seus familiares ou apresentado para adoção, sendo que, no primeiro caso, o mesmo pode realizar visitas à mãe enquanto esta permanece em privação de liberdade.

Entretanto, no que tange à mulher estrangeira grávida, a situação não é a mesma. Completado o período em que permanece com o filho – geralmente, seis meses –, e permanecendo a mãe cumprindo pena privativa de liberdade, a criança pode ser enviada ao seu país de origem, ficando sob os cuidados de familiares, cessando o contato maternal até que a mãe retorne ao seu território; ou pode ser também apresentada para adoção, se não houver o contato direto com familiares nem houver creche no estabelecimento prisional em que a mãe se encontrar presa (MORAES, 2013, p. 444-445).

Portanto, vislumbra-se um modelo duplamente violador, em que não só direitos da mulher são atentados, como também os direitos da própria criança em permanecer com a mãe, considerando-se que a própria Constituição e Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente em seus artigos 227 e 4º, trazem o dever do próprio poder público em assegurar a convivência da criança com seus familiares.

Em razão das acima mencionadas violações e das dificuldades que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta no tratamento ao preso estrangeiro, vêm sendo adotadas políticas internacionais de colaboração que garantam o retorno dessas pessoas aos seus países de origem, de modo que cumpram suas penas em

ambiente próximo ao de seus familiares: a transferência de presos, a deportação sumária e a antecipação da expulsão, soluções essas a seguir melhor analisadas, junto a outras possíveis remédios para as políticas de encarceramento brasileiras, que, conforme exposto, violam constantemente a dignidade da pessoa humana, tanto de presos brasileiros como de presos estrangeiros.

3.4 DISCUSSÃO ACERCA DE POSSÍVEIS SOLUÇÕES ÀS POLÍTICAS BRASILEIRAS DE ENCARCERAMENTO DE PRESOS ESTRANGEIROS

Pensar na infinidade de atentados à dignidade humana no que tange à execução penal de estrangeiros condenados por crimes cometidos em território brasileiro é, antes de mais nada, abrir espaço para questionamentos sobre formas de melhorias de um “sistema” deficiente em seu modo de encarceramento. Em um primeiro momento, urge mencionar que, em relação às prisões de estrangeiros, o Brasil já adota três soluções imediatas ao encarceramento em território nacional: a transferência de presos, a deportação sumária e a antecipação da expulsão. Cumpre, então, realizar a diferenciação entre os institutos.

A antecipação da expulsão se trata de procedimento no qual se promove a expulsão do preso estrangeiro em momento anterior àquele do fim do cumprimento de sua pena, e, dada sua complexidade, exige previamente a autorização pelo juízo da condenação, que pode autorizá-lo ou não. Em caso positivo, o juízo trará aos autos autorização dada ao Ministério Público para que providencie a expulsão antes do término desse período (MORAES, 2013, p. 450).

A autorização para a expulsão pode ser dada em momento anterior ao fim do cumprimento da pena, quando se terá o instituto da antecipação da expulsão, sendo que o estrangeiro terá de cumprir o resto de sua pena em seu país de origem, conforme as disposições e legislações internas. Assim, “Com a decretação da expulsão, é postulado ao juízo da execução penal a autorização de que, cumprida a pena no regime fechado, no momento da progressão para o regime semiaberto seja autorizado o retorno ao país de origem” (MORAES, 2013, p. 450-451).

A deportação sumária, por sua vez, conforme a autora,

[...] consiste na substituição da expulsão pela deportação, prevista no art. 57, §2º, do Estatuto do Estrangeiro, procedimento menos gravoso ao estrangeiro, uma vez que não está condicionado ao término do cumprimento da pena [...] e o deportado, caso retorne ao Brasil, não cometerá o crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338 do CP) [...] no sentido de ser o estrangeiro deportado pela Polícia Federal após a condenação, após ter sido dispensado pelo juízo criminal de cumprir pena no Brasil (2013, p. 451).

Diferentemente da expulsão, a deportação, também prevista no Estatuto do Estrangeiro, envolve a “[...] retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional” (BRASIL, 2017). Portanto, relaciona-se à condição subjetiva do estrangeiro de estar irregular no território brasileiro, situação completamente diversa daquela da expulsão. A substituição da expulsão pela deportação (deportação sumária) tem como objetivo, portanto, tornar menos gravosa a situação do estrangeiro, que poderá, inclusive, em momento posterior ao de cumprimento da sua pena, retornar legalmente ao Brasil.

Finalmente, a transferência antecipada, considerada mecanismo de cooperação internacional de caráter humanitário, é a possibilidade dada ao estrangeiro condenado de este cumprir, em seu país de origem, o que ainda falta da pena a ele aplicada em território brasileiro. O procedimento requer a existência prévia de tratado bilateral entre o Brasil e o país de origem do preso, e pressupõe a sua imediata expulsão do território brasileiro (MORAES, 2013, p. 452). Em razão disso, a transferência antecipada se faz dificultada em território brasileiro, haja vista a escassez de acordos sobre o tema entre Brasil e demais países.

Entretanto, para que haja a transferência do preso estrangeiro, mister se faz a concordância deste em relação ao procedimento. Em havendo discordância do preso em relação à sua transferência ao país de origem, o instituto não poderá ser

adotado pelo juízo (SOUZA, 2007, p. 258). Além disso, conforme exposto acima, é importante reiterar que a transferência antecipada implica na imediata expulsão do indivíduo. Portanto, estará impossibilitado de retornar ao Brasil em momento posterior, sob pena de ser sua conduta tipificada como crime de reingresso de estrangeiro expulso, art. 338 do CP (BRASIL, 1940).

Fugindo-se às possíveis soluções de cunho imediato no que tange ao tratamento dos presos estrangeiros, essencial se pensar numa possível solução, a longo prazo, para o sistema carcerário brasileiro como um todo. Analisar a situação de violação completa a direitos de presos estrangeiros é também pensar em todos os atentados às garantias de presos brasileiros, pois o sistema não suporta, há tempos, o número de pessoas nele inseridas, independentemente de suas origens.

Uma jurisdição constitucional, quando bem exercida, garante a preservação da dignidade da pessoa humana não só aos seus, como também aos demais indivíduos estrangeiros, inclusive aqueles em situação carcerária. Entretanto, o que se verifica hoje, é um Estado Democrático de Direito brasileiro casuísta, em cuja corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal, decide-se aleatoriamente sobre a proteção dos direitos constitucionais, ora se posicionando a favor, ora contra, ignorando-se, assim, tanto o texto constitucional como mesmo Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. Vide a completa discordância sobre a prisão em segunda instância, pauta do HC nº 126.29211, indo de encontro ao que, em ano anterior, havia sido o posicionamento cautelar da Corte na ADPF nº 34712, no

¹¹ No Habeas Corpus nº 126.292, em 2016, o Plenário do STF entendeu ser possível iniciar a execução da pena condenatória após se confirmar a sentença em segundo grau, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença e sem o esgotamento de todas as instâncias recursais, compreendendo não ofender tal ação o princípio da presunção de inocência. Tal posicionamento foi de encontro ao que, jurisprudencialmente, era adotado pela Corte, no sentido de execução da pena se condicionar ao trânsito em julgado da condenação. Em 2019, entretanto, o STF novamente se contradisse, voltando atrás em seu posicionamento sobre possível prisão em 2ª instância e passando a adotar, novamente, aquele anteriormente aplicado. Mais informações em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>> e <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>.

¹² Mais informações em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>.

sentido de serem necessários o descontingenciamento do Fundo Penitenciário e a diminuição da população carcerária. Além disso, o apontamento se faz em discordância, também, com o que o Supremo manifestou no HC nº 143.641, no qual o Relator, Min. Ricardo Lewandowski, determinou a substituição, no caso de mulheres gestantes, puérperas, ou mães de deficientes e crianças, da prisão preventiva pela prisão domiciliar, enquanto perdurasse a situação vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro – de completo abandono à maternidade -, exceto em casos de crimes com violência ou grave ameaça contra os descendentes¹³.

A possibilidade, ademais, de se peticionar junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca das violações a direitos não só de presos estrangeiros como de brasileiros é uma outra solução cabível. Entretanto, esta, assim como a possibilidade de Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal trazem à tona, mais uma vez, a problemática envolta à necessidade de revisão do modelo jurisdicional interno, haja vista que, se não se projetam mesmo as próprias disposições da Carta Constitucional, será possível que a jurisdição brasileira consiga cumprir o que outrora havia se disposto a garantir nas Convenções e Tratados Internacionais? Como já mencionado nesta análise, em nada adiantam os peticionamentos junto à CIDH e as demandas junto ao STF, quando, no primeiro caso, a coercitividade não se faz completa, e, no segundo caso, a própria Corte se faz completamente arbitrária e indecisa, posicionando-se em completa contradição.

Para se buscar uma solução para todo o sistema de encarceramento deve-se, antes de mais nada, haver uma reformulação do modelo jurisdicional brasileiro, em que tribunais decidam de forma íntegra e coerente, garantindo segurança jurídica e preservação dos preceitos fundamentais e dos paradigmas do exercício jurisdicional, promovendo, assim, uma jurisprudência uníssona e em conformidade aos dispositivos da Constituição Federal. Deve-se haver a reformulação do modus

¹³ Mais informações em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

operandi judiciário, de modo que os Tribunais decidam em consonância com o que dispõe o STF, e que este próprio não se contrarie em decisões destoantes, garantindo-se o controle da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em conformidade com as disposições legais, principalmente com o que afirma o texto constitucional. Somente assim será possível repensar o modelo atual de encarceramento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar, a partir da análise das inúmeras violações a direitos fundamentais de presas e presos estrangeiros, que tais atentados, no modelo de Execução Penal brasileiro, ocorrem independentemente da origem daquele em situação de encarceramento, comprovando-se, entretanto, que, no caso dos estrangeiros, a violação à dignidade da pessoa humana tende a ser mais incisiva. Verificou-se que, no caso da progressão de pena e do livramento condicional para presos estrangeiros, o entendimento jurisprudencial é no sentido da impossibilidade de concessão dessas garantias; no caso do acesso a tradutor, o direito se faz extremamente escasso em razão da ausência de intérpretes no sistema penal brasileiro; no caso do encarceramento em massa, presos estrangeiros também têm de lidar com a superlotação de penitenciárias e celas; no caso da maternidade de mulheres estrangeiras presas, a dupla violação aos direitos da mulher mãe e do próprio filho, que se vê impossibilitado de receber os cuidados maternos.

Com isso, pôde-se expressar a necessidade de verificação e alteração dos modelos jurisdicional e de encarceramento adotados no país atualmente.

Pensar nas diferenciações feitas não só pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em relação à aplicação das penas aos estrangeiros condenados em território nacional é se ignorar completamente o que outrora havia sido definido como paradigma: o ser humano como ser universal. Vale lembrar que tal definição não surge, de maneira simbólica, a partir da mera

necessidade de adequação do conceito de ser humano ou de dignidade humana. Tal delimitação se baseia nos constantes atentados que, durante o século XX, ceifaram milhões de vidas em todos os continentes, e que ocorreram, muitas vezes, pela mera diferenciação de nacionalidades, como no caso dos judeus em relação à Alemanha nazista. Entender o ser humano como ser universal, independentemente de onde se encontre, territorialmente, ou mesmo de onde esteja preso (no caso desta análise, o Brasil), é considerar que, em qualquer parte do mundo, ele ainda é sujeito de direitos e deveres fundamentais, e se faz detentor de dignidade humana.

E tal universalidade, vale dizer, no caso brasileiro, faz-se presente não só no texto constitucional como nos inúmeros tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Portanto, violar direitos de presas e presos estrangeiros – e também daqueles brasileiros – é tornar enfraquecidos todos esses acordos internacionais que outrora colocavam o país numa situação positiva no que tange à proteção das garantias fundamentais para promoção da dignidade da pessoa humana. É, também, enfraquecer o próprio Supremo Tribunal Federal, o qual deveria assumir o papel relevante de garantidor da proteção do Texto Constitucional, papel esse que, conforme já exposto, não tem sido adequadamente cumprido.

Assim sendo, verifica-se que, embora existam, hoje, possíveis formas de se evitar o encarceramento e a permanência de presos estrangeiros no território nacional, diminuindo-se o aglomerado humano em situação carcerária, tais como a transferência antecipada, a deportação sumária e a antecipação da expulsão, o problema, em âmbito interno, permanece existindo. Em razão disso, faz-se essencial a assunção, por parte da Corte Constitucional, de seus papéis em relação à garantia e à proteção da dignidade humana, fundamento da Constituição Federal de 1988, buscando-se efetivar a melhoria das condições precárias e miseráveis dos ambientes carcerários brasileiros, garantindo-se, assim, que a condição de preso não traga, em seu subdimensionamento, a concepção de um “Estado de Coisas Inconstitucional”.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G.E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, n.17, p. 24-49, set./dez. 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo02.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS = CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969, Costa Rica. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BOECKEL, Cristina Reis. **História e propaganda política: a construção da imagem de Getúlio Vargas (1930-1945)**. 2005. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Comunicação Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/879>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Institui a Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública: Infopen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Pacte: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em 10 jul. 2020.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso López Álvarez vs. Honduras.** Sentencia de 1 de febrero de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Relatório nº 34/00,** caso 11.291 (CARANDIRU), Brasil: 13 de abr. de 2000. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>. Acesso em: 11 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela** - Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FÉLIX, Ines da Silva; ALVES Marianny. Mulher, Estranha e Condenada: Sobre as imigrantes que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil. **Revista Jurídica,** Curitiba, v. 4, n. 49, p. 285-303, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.49.14.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

HOEHNE, Anderson Luiz. **A Execução Penal no Brasil Contemporâneo**: entre o humanismo do legislador e a insuficiência do sistema prisional. 2010. 147 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9BDHTA>. Acesso em: 18 maio 2020.

ITTC – INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (Brasil). **De estrangeiras a migrantes**: os 15 anos de luta do Projeto Estrangeiras. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Livro-Projeto-Estrangeiras-1.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta R. de Assis. O Massacre do Carandiru e a Condenação Anulada: o pior cenário em 26 anos. **Jornal EL PAÍS**, 02 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/01/opinion/1538418889_678885.html. Acesso em: 13 jul. 2020.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Assistência transdisciplinar aos presos estrangeiros: uma experiência com base na Defensoria Pública da União em São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, [s.l.], v.101. p. 429-459, 2013. Disponível em: <http://ibccrim.dyndns.info:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=76683&iIndexSrv=1>. Acesso em: 13 maio 2020.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

REGIS LTDA. **Aurélio Digital**. Versão 1.06. [S.l.]: Regis Ltda, 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, André Luiz Augusto da. **Ressocialização ou Controle?** Uma análise do trabalho carcerário. 2006. 261 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9843/1/arquivo8240_1.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126%3E>. Acesso em: 12 maio 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil**: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. 321 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/rogerio_taiar_tese.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. A Soberania e o Direito Internacional: análise do caso Guerrilha do Araguaia e da ADPF 153. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 10, p. 228-257, jan./jun. 2012. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume10/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Aderruan%20Rodrigues%20Tavares.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

TAVARES, Júlio César. **Teatro Experimental do Negro**: contexto, estrutura e ação. *Dionysos*. Especial: Teatro Experimental do Negro. Rio de Janeiro, MinC/Fundacen, n. 28, p. 81, 1988. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/grupo399330/teatro-experimental-do-negro>. Acesso em: 20 maio 2020.