

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Hermes Vilchez Guerrero

**A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL  
PARA O PAÍS DO CONDENADO.**

Belo Horizonte  
2017

Hermes Vilchez Guerrero

## A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL PARA O PAÍS DO CONDENADO.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Área de Estudo: Direito Penal Contemporâneo

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales.

Belo Horizonte

2017

---

G378t Guerrero, Hermes Vilchez  
A transferência da execução penal para o país do condenado /  
Hermes Vilchez Guerrero – 2017.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.  
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Pena (Direito) 3. Cooperação  
internacional 4. Direitos humanos – Teses I.Título

CDU<sub>(1976)</sub>343.152

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação: Direito e Justiça.**

Tese intitulada A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL PARA O PAÍS DO CONDENADO, de autoria de HERMES VILCHEZ GUERRERO, analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof<sup>a</sup>. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba

Prof. Dr. César de Barros Leal

Prof. Dra. Klelia Canabrava Aleixo

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria de Lourdes Albertini (suplente)

Prof. Dr. Márcio Luís de Oliveira (suplente)

Belo Horizonte, 02 de outubro de 2017.

*A meus queridos alunos, em sinal  
de gratidão, orgulho e afeto.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Professores Maria Helena Damasceno Megale, José Luiz Borges Horta, Alexandre Travessoni Gomes Trivosono, Leonardo Isaac Yarochevsky, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Fabrício Pasquot Polido pelo incentivo.

Agradeço à minha Orientadora, Professora Sheila Jorge Selim de Sales que, com paciência, dedicação e sabedoria soube dar rumo a este escrito.

A Wilba e Beatriz por tudo e especialmente por serem minhas companheiras de caminhada na vida.

Restam-me ainda duas questões a examinar; uma, se os asilos são justos; e se o acordo de permutar os réus entre as nações é útil ou não. [...] Mas, se é útil ou não permutar os réus entre as nações, não ousarei decidir esta questão.

Cesare Beccaria, em 1764.

## **Resumo:**

O presente trabalho estuda a transferência da execução da pena, especialmente da pena privativa de liberdade do preso estrangeiro para o país com o qual mantém vínculos jurídicos, sociológicos, afetivos e políticos, como meio de tornar mais eficaz o objetivo da condenação e em razão de um objetivo maior que é o de humanizar o cumprimento da sentença. Para tanto, é examinada a internacionalização do Direito Penal, com especial destaque à cooperação penal internacional, notadamente sob o enfoque da globalização. Do mesmo modo, é verificado o processo de humanização permanente pelo qual passa o Direito Penal e se examinam os Princípios de Política Criminal que orientam a elaboração das leis, o processo judicial e, especialmente, a prolação das sentenças condenatórias e os que regem o cumprimento da execução das penas. A transferência da execução penal para o país de origem do condenado tem destacada importância em decorrência do intenso fluxo migratório, do grande número de brasileiros presos que há no estrangeiro, bem como o elevado índice de estrangeiros presos cumprindo pena no Brasil. Por isso, é feita uma pesquisa sobre esses fenômenos, que embora não ligados diretamente ao Direito Penal, interessam ao estudo do instituto em exame. A análise é realizada tendo como pressupostos os princípios constitucionais e documentos programáticos, nacionais e internacionais, relativos à pessoa do condenado. O presente instituto é estudado e defendido tendo como referência o objetivo da execução penal: a reintegração social. Este objetivo, por si só, justifica a sua aplicação. Neste trabalho, são examinados o surgimento e a evolução da transferência de presos, sendo noticiados os primeiros tratados a respeito. Por fim, é feito um estudo analítico do instituto, examinando cada um de seus elementos constitutivos e o tratamento dado a cada um deles nos tratados binacionais assinados pelo Brasil e nos tratados multilaterais existentes no mundo. Isso é absolutamente necessário porque somente com o devido conhecimento do instituto, sua uniformização e previsão adequada, como se propõe neste trabalho, é que a transferência da execução penal para o país de origem do condenado se tornará concreta e efetiva; vale dizer, um instituto que humanize o cumprimento da pena e atenda seu objetivo.

**Palavras chave:** Transferência internacional de execução penal. Cooperação penal internacional. Direitos Humanos.



**Abstract:**

The present work studies the transference of the criminal execution, especially the foreign prisoner's transfer to the country where he maintains juridical, sociological, affective and political ties, as a form of effectuate the purpose of the conviction and because of the higher goal to humanize the fulfillment of the sentence. To do so, the internationalization of criminal law is examined, with special emphasis on international criminal cooperation, especially in the context of globalization. In the same way, the process of permanent humanization through which Criminal Law is passed and the Criminal Policy Principles that guide the elaboration of laws, the judicial process, and especially the sentencing procedure and those governing the execution of criminal sentences. The transfer of the criminal execution to the convicted person's country of origin is of particular importance as a result of the intense migratory flow, the large number of Brazilian prisoners abroad, as well as the high rate of foreign prisoners serving their sentence in Brazil. Therefore, research is done on these phenomena, which although not directly related to Criminal Law, are of interest to the study of the institute under examination. The analysis is carried out taking as assumptions the constitutional principles and programmatic documents, national and international, concerning the person of the condemned person. The present institute is studied and defended with reference to the purpose of criminal execution: social reintegration. This objective alone justifies its application. In this work, the emergence and evolution of the prisoner's transfer is examined, being the first treaties reported. Finally, an analytical study of the institute is carried out, examining each of its constituent elements and the treatment given to each of them in the bi-national treaties signed by Brazil and in the existing multilateral treaties in the world. This is absolutely necessary because only with the proper knowledge of the institute, its proper standardization and prediction, as proposed in this work, the transfer of the criminal execution to the convicted person's country of origin may become concrete and effective, that is, an institute which humanizes the penalty's enforcement and fulfills its purpose.

**Keywords:** International transfer of the criminal execution. International criminal cooperation. Human rights.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Quantidade de estrangeiros no sistema prisional em cada Estado da Federação .....	56
Tabela 2 – Países com maior número de estrangeiros presos no Brasil.....	57
Tabela 3 – Distribuição dos emigrantes brasileiros pelo mundo.....	56
Tabela 4 – Distribuição dos brasileiros presos em países da Europa.....	160
Tabela 5 - Distribuição dos brasileiros presos em países da América do Sul.....	161
Tabela 6 - Distribuição dos brasileiros presos em países da América do Norte.....	161
Tabela 7 - Distribuição dos brasileiros presos em países da América Central.....	162
Tabela 8 - Distribuição dos brasileiros presos em países da Ásia.....	162
Tabela 9 - Distribuição dos brasileiros presos em países da África.....	163
Tabela 10 - Distribuição dos brasileiros presos em países do Oriente Médio.....	163
Tabela 11 - Distribuição dos brasileiros presos em países da Oceania.....	164
Tabela 12 – Percentual de estrangeiros na população carcerária de países europeus .....	165
Tabela 13 – Estrangeiros nas prisões da Espanha.....	165
Tabela 14 – Estrangeiros nas prisões da França.....	165
Tabela 15 – Estrangeiros nas prisões da Itália.....	166
Tabela 16 – Estrangeiros nas prisões da Alemanha.....	166
Tabela 17 – Estrangeiros nas prisões da Inglaterra e do País de Gales.....	166
Tabela 18 – Estrangeiros nas prisões de Portugal.....	167
Tabela 19 – Transferências passivas efetivadas.....	288
Tabela 20 – Transferências ativas efetivadas.....	288

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AIDP Associação Internacional de Direito Penal

BID Banco Interamericano de Desenvolvimento

CNPCP Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

EUA Estados Unidos da América

FUMIN Fundo Multilateral de Investimentos

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LEP Lei de Execução Penal

MRE Ministério de Relações Exteriores

ONU Organização das Nações Unidas

OIT Organização Internacional do Trabalho

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

UIDP União Internacional de Direito Penal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL</b> .....	16
2.1 Considerações iniciais.....	16
2.2. Formas de cooperação internacional .....	21
<b>3 NOTA HISTÓRICA SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE ESTRANGEIROS PRESOS.</b> .....	29
3.1 <b>Aparecimento e evolução</b> .....	29
3.2 <b>Primeiros tratados</b> .....	33
<b>4 O ESTRANGEIRO E OS DIREITOS HUMANOS</b> .....	42
4.1 O estrangeiro migrante .....	42
4.1 <b>O emigrante brasileiro</b> .....	58
4.3. <b>Aversão ao migrante</b> .....	72
4.4. <b>Proteção jurídica ao estrangeiro</b> .....	84
<b>5 O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL</b> .....	95
5.1 Considerações gerais .....	95
5.2 Dos primeiros agrupamentos à Idade Moderna .....	96
5.3 A privação da liberdade como sanção penal .....	110
5.4 <b>Substitutivos penais</b> .....	117
5.5 <b>Pena e Princípios constitucionais</b> .....	123
5.5.1 <i>Princípio da humanidade</i> .....	125
5.5.2 <i>Princípio da legalidade</i> .....	126
5.5.3 <i>Princípio da igualdade</i> .....	127
5.5.4 <i>Princípio da individualização</i> .....	129
5.5.5 <i>Princípio da intranscendência</i> .....	130
5.5.6 <i>Princípio da necessidade</i> .....	131
5.5.7 <i>Princípio da proporcionalidade</i> .....	132

<b>5.5.8 Princípio da suficiência</b> .....	133
<b>5.5.9 Princípio da utilidade</b> .....	134
<b>6 OBJETIVOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL</b> .....	135
<b>6.1 Considerações gerais</b> .....	135
<b>6.2 Objetivos da condenação criminal</b> .....	142
<b>6.3 O objetivo da condenação criminal no Direito estrangeiro</b> .....	143
<b>6.4 Objetivo da condenação criminal no Direito brasileiro</b> .....	146
<b>7 A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA DO PRESO ESTRANGEIRO PARA O PAÍS DO CONDENADO</b> .....	158
<b>7.1 Preso longe de Casa</b> .....	158
<b>7.2 Resistência à aplicação do Instituto</b> .....	199
<b>7.3 O cumprimento da pena na localidade do condenado</b> .....	209
<b>7.4 Recomendações, resoluções e propostas de modelos para transferência de pessoas condenadas</b> .....	216
<b>7.6 Delimitação teórica</b> .....	222
<b>7.6.1 Denominação</b> .....	222
<b>7.6.2 Conceito</b> .....	225
<b>7.6.3 Fundamento</b> .....	227
<b>7.6.4 Beneficiário</b> .....	232
<b>7.6.5 Objeto</b> .....	235
<b>7.6.6 Natureza jurídica</b> .....	242
<b>7.6.7 Finalidade</b> .....	245
<b>7.6.8 Efeitos</b> .....	246
<b>7.6.9 Requisitos</b> .....	247
<b>7.6.9.1 Nacionalidade do beneficiário</b> .....	255
<b>7.6.9.2 Trânsito em julgado</b> .....	262
<b>7.6.9.3 Dupla incriminação</b> .....	264
<b>7.6.9.4 Tempo mínimo para o cumprimento da pena</b> .....	266
<b>7.6.9.6 Outros requisitos</b> .....	268
<b>7.7 Procedimento administrativo</b> .....	273
<b>7.7.1 Iniciativa</b> .....	275
<b>7.7.2 Autoridade central</b> .....	277
<b>7.7.3 Documentos exigidos</b> .....	278

<b>7.7.4 Via diplomática .....</b>	<b>279</b>
<b>7.7.5 Dever de informar.....</b>	<b>280</b>
<b>7.7.6 As custas .....</b>	<b>281</b>
<b>7.7.7 Data, hora e local.....</b>	<b>281</b>
<b>7.7.8 Modo de execução .....</b>	<b>282</b>
<b>7.7.9 A transferência de condenados em números.....</b>	<b>287</b>
<b>8 Previsão normativa.....</b>	<b>290</b>
<b>9 CONCLUSÃO .....</b>	<b>294</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>296</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde que entrei pela primeira vez em uma *penitenciária* notei as muitas (e especiais) dificuldades por que passam os presos considerados “estrangeiros” e assim serem tratados por originarem-se de lugares distantes ou por serem nacionais de outros países.

Essa situação observei muitas vezes ao longo de mais de três décadas de atividades acadêmicas e profissionais.

Já foi dito que quando vamos pesquisar um tema é ele que nos escolhe e não o contrário. Acho que isso aconteceu comigo. Interessado que sempre fui pelo tema, talvez, inclusive, por razões pessoais, sempre li e investiguei sobre o mesmo: fiz palestras, escrevi artigos e, principalmente, como membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) do Ministério da Justiça, tive oportunidade de acompanhar e participar da elaboração de estudos, pareceres e propostas para que se efetivasse o instituto da transferência da execução penal de presos estrangeiros.

Não se pode negar que muito se avançou. Contudo, as inúmeras visitas que fiz a estabelecimentos prisionais quando membro do CNPCP e a constatação das grandes dificuldades enfrentadas pelos presos estrangeiros cumprindo pena no Brasil e vice-versa, não deixa dúvida: ainda há muito por fazer.

Certamente um dos grandes obstáculos ao devido progresso do instituto da transferência que já deveria ter alcançado está no pouco conhecimento que há sobre ele, à indisfarçável má-vontade existente, à falta de pressão sobre autoridades, à ausência de previsão num Documento de prestígio universal e à falta de uniformidade nos elementos constitutivos que o Instituto deve conter.

Este trabalho é uma tentativa de contribuir para a evolução e concretização do instituto da transferência da execução penal para o país do concenado.

## 2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

### 2.1 Considerações iniciais.

Até a formação e estruturação dos Estados, isto é, do Tratado de Westfália (1640), as normas eram destinadas exclusivamente aos seus próprios cidadãos e em razão de condutas praticadas dentro de seus limites territoriais. Contudo, o aparecimento de novas relações, especialmente as que envolviam mais de um Estado nacional e cidadãos de outros Estados exigiu a elaboração de regras para alcançar essas novas situações.

O sistema original foi suficiente enquanto os Estados eram herméticos, politicamente autosuficientes e não se relacionavam entre si, a não ser em casos de guerra, quando então se aplicava o *Jus Belli*. Por isso mesmo, o Direito Internacional<sup>1</sup> não era considerado tão importante. Contudo, com as novas situações, passou-se a estudar e a discutir as relações entre os Estados, entre Estados e indivíduos de outras nacionalidades e entre indivíduos de nacionalidades diferentes.

A França, em 1804, a Alemanha, em 1871 e a Itália, em 1899, foram os primeiros países a aceitar a aplicação de leis estrangeiras<sup>2</sup>. Desde então, se acentuou o desenvolvimento do Direito Internacional e da cooperação internacional, o que se comprova pelo elevado número de documentos internacionais que surgiram sobre o tema nos dois últimos séculos. A propósito, informa Haroldo Valladão (1901-1987)<sup>3</sup> que “os problemas do direito internacional têm sido objeto da doutrina coletiva do DIP”, informando que, por isso mesmo, surgiram diversas resoluções com esse objeto<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> O qual já recebeu várias denominações como Direito das Gentes, Direito dos Povos, *Ius Publicum civitatum*, Direito Transnacional e Direito dos Estados.

<sup>2</sup> O Código francês chamado *Código Napoleônico*, no art. 14 admitia o reconhecimento de uma sentença estrangeira que podia ser rejeitada se fosse fundada numa competência abusiva, do mesmo modo a legislação alemã permitia a aplicação extraterritorial da lei, especialmente para aceitar a colaboração internacional, no caso a extradição. *Code civil des français: éd. Originale et seule officielle*. Disponível em: <[http://geneaduclos.free.fr/docs/Code%20Civil%20des%20Francais\\_1804.pdf](http://geneaduclos.free.fr/docs/Code%20Civil%20des%20Francais_1804.pdf)>. Acesso em 13.08.2017, às 12:31 hs.

<sup>3</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 3, p. 122.

<sup>4</sup> Genebra, 1874; Haia, 1875; Zurique, 1877; Haia, 1898 e 1875, Paris, 1878; Bruxelas, 1923; Viena, 1924; Bruxelas, 1848. Também registra algumas Conferências e Convenções Internacionais, por exemplo, a de Lima, 1878, no Trat. de Regras Uniformes de DIP, Títulos 4º (Comp., processo, etc.) e 6º (Sent. Estr.), reiterada no Congr. de DIP de Montevideu, 1889,



Foi precisamente a necessidade de cuidar das novas situações que se apresentavam que levou à internacionalização de diversos ramos da ciência jurídica<sup>5</sup>.

Dentre os ramos do Direito que se internacionalizaram e que merecem destaque por sua relevância para este trabalho estão o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Penitenciário. Diante do novo quadro fático e jurídico, surgiu o que hoje se denomina Direito Internacional Penal e/ou Direito Penal Internacional<sup>6</sup>.

Ensina o professor egípcio Cherif Bassiouni<sup>7</sup>, com a autoridade de ser um dos mais importantes autores sobre a matéria e por haver presidido a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que o Direito Penal Internacional constitui o ramo do sistema jurídico internacional configurador de uma das estratégias empregadas para alcançar o mais alto grau de sujeição e conformidade internacional aos objetivos mundiais de prevenção do crime, proteção da comunidade e reabilitação dos criminosos. Aponta que esses

---

Trat. de Dir. Proc. Internac., e no Cód. Pan-americano de DIP (Cód. Bustamante), 1928, Livro IV da Parte Especial. No mesmo sentido as Conferências de Haia de DIP, da primeira com a Convenção sobre Processo Civil de 17-VII-1905 às últimas com as convenções sobre Proc. Civil: 1954, Citações e Notificações, 1965, Eleições de Foro, 1965, Reconhecimento e Execução Sent. EStr. 1971 [...] A última Conferência Internacional, a Confer. Interamericana Especializada de Direito Internac. Priv. do Panamá, 14/30 janeiro 1975, tratou também de matéria de Dir. Proces. Internac.", aprovando Convenção sobre Cartas Rogatórias, Procurações para o estrangeiro e Provas no Estrangeiro". (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional privado: parte especial*, cit., p. 122).

<sup>5</sup> Registre-se que o Código Pan-Americano de Direito Internacional Público, também chamado Código Bustamante por causa do internacionalista cubano Antonio Sanchez de Bustamante (1865-1951), deu grande destaque ao Direito Penal Internacional e ao Direito Processual Internacional e o próprio Bustamante abordou detidamente essa nova disciplina. (BUSTAMANTE, Antonio Sanches de. *Derecho internacional público*. Havana: Carasa, 1933, v. 3, Livro IX: Derecho Processual Internacional).

<sup>6</sup> A denominação Direito Internacional Penal é atribuída por Quintano Ripollés a Jeremias Bentham (1748-1832) que a introduziu em 1820 (QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, t. 1, Madri, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 11). Entretanto, Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), sem deixar de reconhecer a iniciativa de Bentham, afirma que foi Antonio Sanchez de Bustamante o verdadeiro precursor porque a utilizou no sentido de direito penal internacional interestatal. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal, 5ª ed., Editorial Lozada, Buenos Aires, t. 2, p. 721). Jiménez de Asúa também noticia que, em 1888, o internacionalista boliviano Santiago Vaca Guzmán (1847-1896) usou a expressão *Direito Internacional Penal*, limitado ao objeto de auxílio e cooperação internacional (Tratado de derecho penal, t. 2, p. 721). Por sua vez Hans-Heinrich Jescheck (1915-2009), afirma que foi Ernst Beling o criador da denominação Direito internacional penal (JESCHECK, Hans-Henri. Tratado de derecho penal: parte general. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muños Conde, v. 1, Bosch: Barcelona, 1981, p. 162). O que se sabe, com certeza, é que a primeira cátedra com esse conteúdo ocorreu em Bruxelas, na Universidade de Liège e foi ministrada pelo professor polonês Stefán Glaser (1895-1984) radicado na Bélgica.

<sup>7</sup>BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de codigo penal internacional*. Tradução de José Luis de la Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos, 1984, p. 49.

interesses sociais de alcance mundial resultam de uma comum experiência ao longo do tempo e do reflexo da existência de certos valores compartilhados que a comunidade mundial considera carentes de um esforço coletivo de cooperação e de coerção para assegurar sua proteção<sup>8</sup>.

Por sua vez, a meu ver com razão, Renée Koering-Joulin e André Huet<sup>9</sup>, afirmam que a expressão *Direito Penal Internacional* deve ser tomada em sentido amplo, pois o termo *Direito Penal* engloba não somente o Direito Penal propriamente dito ou o Direito Penal substancial, que descreve as condutas proibidas, indica os responsáveis e estabelece as penas, mas, também, o Direito Processual Penal, que estabelece a competência dos tribunais, regula o processo que se desenvolve perante eles e atribui efeitos aos julgamentos que pronunciam. Também assinalam que a palavra *internacional* deve ser compreendida extensivamente e exemplificam dizendo que um problema criminal deve ser visto como internacional sempre que estiver presente um elemento que os autores chamam de *extranéité*, por meio do qual o fato entre em contato com uma ordem jurídica estrangeira<sup>10</sup>.

Efetivamente, o Direito Internacional e o Direito Penal passaram no século XX a conviver proximamente, o que ocorreu, segundo Carlos Augusto Canedo, com o crime de genocídio<sup>11</sup>. Sobre essa mesma convivência, merece transcrição o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade:

É provável que as controvérsias correntes entre os jusinternacionalistas (entre os quais me situo) e os penalistas

---

<sup>8</sup> Esse novo ramo jurídico já foi chamado de *Direito Penal Universal*, *Direito Penal Internacional Público*, *Crimes contra o Direito das Gentes* e de *Direito das Infrações Internacionais*. Em espanhol, se usa *Derecho Internacional Penal*; em italiano *Diritto Internazionale Penale*, em francês *Droit International Pénal*; em inglês *International Criminal Law*; em alemão *Völkerstrafrecht*. Bassiouni observa que em alguns idiomas, notadamente os que provêm do latim, é difícil conciliar o dualismo das origens do Direito Penal Internacional e é disso que deriva a incerteza quanto à sua melhor denominação, isto é, se Direito Penal Internacional ou Direito internacional penal. Segundo informa José Luis de la Cuesta Arzamendi, responsável pela tradução da obra do professor egípcio, Bassiouni preferiu Direito Penal Internacional usando-a em um sentido amplo, compreendendo tanto os aspectos internacionais do Direito Penal interno, quanto os aspectos penais do Direito Internacional (Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional, p. 50).

<sup>9</sup> KOERING-JOULIN, Rene; HUET, André *apud* JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 9.

<sup>10</sup> Japiassú não vê maior relevância nessa discussão, pois afirma que “tal distinção possui mero valor histórico e sentido puramente metodológico” e assevera que “sob a denominação de Direito Penal Internacional, é estudado tudo aquilo que, outrora, pertenceu ao objeto daquelas duas disciplinas anteriormente mencionadas” (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*, cit., p. 9).

<sup>11</sup> CANEDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 47-48.

perdurem por algum tempo, no tocante a determinados aspectos do Estatuto de Roma. Não é meu propósito referir-me a elas neste prefácio, mas tão-somente chamar a atenção para os valores universais superiores que se encontram subjacentes em toda a temática da criação de uma jurisdição penal internacional, em base permanente. Recorde-se, ademais que o Estatuto de Roma de 1998 logrou consagrar princípios gerais de direito penal, não obstante as diferenças conceituais entre as Delegações de países de *droit civil* e as de países de *common law*.<sup>12</sup>

Anota Bassiounu<sup>13</sup> que, como disciplina científica, o Direito Penal Internacional é resultado da convergência desses dois ramos fundamentais do Direito e, em consequência, se vê afetado por uma importante dicotomia em suas premissas doutrinárias de base. E observa:

Precisamente, son las divergencias doctrinales existentes entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal las que han determinado que el Derecho Penal Internacional se configure como una 'personalidad dividida', característica que ha dificultado su desarrollo<sup>14</sup>.

Com razão, anota Bassiouni<sup>15</sup> que o Direito Internacional é um sistema jurídico construído sob a presunção de consenso e submissão voluntária de seus principais sujeitos, isto é, os Estados, cujas relações se estabelecem igualitariamente, sem que nenhuma autoridade superior aplique os mandatos do sistema. De outro lado, observa que no Direito interno supõe-se que as decisões sejam tomadas de forma vertical, apoiadas em meios coercitivos.

A necessidade e a importância de estudar o Direito Penal Internacional residem, como observa Bassiouni<sup>16</sup> – o que em meu entendimento se aplica ao conteúdo deste trabalho –, em perceber que sua história demonstra que é um

<sup>12</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Prefácio. In: MAIA, Marrielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 18.

<sup>13</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 77.

<sup>14</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 77. Também sobre essa convivência aponta Canedo: “Falar em Direito Penal Internacional pode provocar certa relutância entre internacionalistas e penalistas, preocupados frequentemente em resguardar suas áreas de atuação científica e pouco propensos a aceitar interferências alheias. Os primeiros, por vezes, não escondem a preocupação de verem sua disciplina envolvida com conceitos que lhe são estranhos, tais como tipicidade e culpabilidade. Os segundos, ainda mais resistentes, não disfarçam seu desagrado em perceber clássicos conceitos de Direito Penal interpretados, segundo eles, de maneira abusiva e inadequada” (CANEDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. cit., p. 48-49.)

<sup>15</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 77.

<sup>16</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 77.

ordenamento que pretende regular a atividade de diversos participantes em diferentes âmbitos, empregando estruturas e estratégias distintas baseadas em valores diferenciados, com o objetivo de alcançar valores comumente compartilhados. Desse modo, sustenta, seu denominador comum é a proteção de determinados interesses que representam valores comumente divididos pela sociedade mundial, no caso, afirmo, os Direitos Humanos<sup>17</sup>.

Conclui o citado autor que o Direito Penal Internacional que se pretende uma combinação das características mais destacadas do Direito Internacional e do Direito Penal somente conseguiu, até aquele momento (1979), “*combinar sus peores aspectos*”<sup>18</sup>. Acreditava que o futuro do Direito Penal Internacional se encontrava, provavelmente, mais nas normas de acomodação que incrementam e melhoram a cooperação interestatal do que no desenvolvimento de um sistema internacional de justiça penal. Para o autor, enquanto continuar carecendo o Direito Penal Internacional de uma estrutura supranacional, seu desenvolvimento continuará dependendo do “sistema de aplicação indireta”<sup>19</sup>.

Afirmou que também haverá maior penetração do Direito Penal Internacional nos sistemas jurídicos internos, paralelamente à necessidade de crescimento da cooperação internacional<sup>20</sup>. Asseverou que o Direito Penal Internacional continuará sendo um objetivo e uma esperança para os

---

<sup>17</sup> Quando Bassiouni publicou seu livro *Derecho Penal Internacional*, em 1979, escreveu que até aquele momento esse ramo jurídico somente se desenvolvera por meio de tratados que apenas definiam uma série de crimes e que estabeleciam o dever dos Estados de punir essas infrações em conformidade com sua legislação interna. Também registrou as grandes dificuldades que então se apresentavam: “1) sólo obliga a los Estados a actuar en conformidad con las obligaciones asumidas en los tratados; 2) no se crea ninguna autoridad superior a los Estados que asegure el cumplimiento de tales obligaciones; 3) tampoco se establecen mecanismos para la resolución de los conflictos que surjan entre los Estados; 4) ni se articulan garantías para los individuos objeto de las relaciones de cooperación entre los Estados en este campo; 5) no existe una estructura global unitaria; 6) no se dispone de reglas generales o de modelos para la redacción de las disposiciones tipificadoras específicas; 7) ni se prevén modelos uniformes o reglas generales aplicables a las previsiones específicas de las diversas infracciones; 8) no existe una política criminal definida; 9) no existe ningún sistema de aseguramiento de la aplicación efectiva de las normas de los tratados por parte de los encargados de su ejecución; 10) la aplicación y sanción resuelta, por tanto, incompleta y se encuentra sujeta a las consideraciones de política interna que puedan afectar al Estado encargado de la aplicación.” (BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 81-82)

<sup>18</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 82.

<sup>19</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 85.

<sup>20</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 83.

estudiosos e as pessoas interessadas que se esforçam em contribuir para a paz e a segurança da humanidade por meio dessa disciplina<sup>21</sup>.

Apesar do desalento do autor, a situação atual é bem melhor do que se poderia imaginar no final da década de 1970. Basta para tanto registrar que hoje há o Tribunal Penal Internacional, não há mais a chamada *guerra fria* e inúmeros países que à época eram ditaduras hoje são Estados democráticos, o que, evidentemente, facilita muito a cooperação internacional. Também nas quase quatro últimas décadas surgiram excelentes documentos de cunho internacional e têm-se adotado medidas concretas para a efetivação do Direito Penal Internacional, embora isso não signifique que não haja ainda muito por fazer.

Certamente, a unificação ou uniformização da legislação penal ajudaria muito, especialmente por causa do princípio da dupla incriminação, que é um dos requisitos na maioria dos tratados existentes para possibilitar a transferência de presos estrangeiros, como se verá.

## **2.2 Formas de cooperação internacional**

Como a própria denominação indica, a expressão *cooperação penal internacional* é a colaboração que países exercem para determinado fim. Ela é necessária quando um Estado não consegue encontrar solução para alguma questão sem a colaboração de outro. Segundo a Resolução nº 2625 de 24 de outubro de 1970 da Assembleia Geral da ONU, a cooperação internacional é uma obrigação jurídica<sup>22</sup>.

Constata-se que a cooperação penal internacional e o Direito Penal Internacional estão intimamente ligados não apenas porque o primeiro é fruto do segundo, mas porque o desenvolvimento de ambos ocorre paralelamente. Não se pense que a cooperação penal internacional seja algo novo. Como assinalado por Luiz Luisi:

---

<sup>21</sup> BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, cit., p. 86.

<sup>22</sup> A cooperação pode ser ativa ou passiva. No primeiro caso, o país solicita a ajuda, no segundo, é solicitado. Pode ser de natureza penal, quando a solicitação refere-se a medidas relativas a uma demanda criminal, ou civil nos demais casos. Também pode ser jurídica ou jurisdicional quando um ato de natureza jurisdicional é reclamado do Estado cooperante. A cooperação jurídica não envolve o Poder Judiciário, somente autoridades administrativas.

A cooperação internacional em matéria penal, em sentido amplo, compreensivo de todos os graus e níveis, teria tido sua manifestação mais remota quando do tratado de extradição, acordado em 1289 a.C., entre Ramsés II, fãrao do Egito, e Hattusilii III, rei dos Hititas<sup>23</sup>.

Foi, porém, a partir das últimas décadas do século XIX, que se efetivaram estudos para a realização de diversos atos de cooperação internacional em matéria penal, dentre os quais podem ser citados: o (*Primeiro Congresso Penitenciário*, realizado em Londres (1872); o de Roma (1885); e o de Paris (1895). Neste último, se propôs a efetiva união entre as polícias dos diversos países para, com isso, facilitar a comunicação entre juízes europeus, impedir a impunidade e afastar as dificuldades em prender criminosos que fugiam de seus países<sup>24</sup>. Outro encontro no qual se debateu a cooperação internacional ocorreu na segunda década do século passado, conforme relata Raul Cervini:

Ocorreu em abril de 1916, quando Alberto I de Mônaco, obedecendo a motivações tão pessoais quanto pitorescas, convoca o Primeiro Congresso de Polícia Judicial, evento ao qual ocorreram policiais e juristas de 14 países para discutir estratégias comuns frente ao delito internacional e fixar as bases da futura Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), cuja fundação formal se concretiza após as duas guerras mundiais, na Conferência de Bruxelas, em 1946<sup>25</sup>.

O próprio Cervini traz à colação a lição datada de 1932, de Jean-André Roux (1866-1954), que, em poucas palavras, registra a importância do tema:

Expressava que a cooperação internacional em matéria penal havia nascido como consequência da necessidade de formular uma resposta suficiente ante o fato tangível de que, enquanto a defesa social em matéria penal se exercia primordialmente em âmbitos circunscritos, limitados (princípio da territorialidade), a delinqüência já se internacionalizava, seja para operar desse modo (organizações dedicadas ao tráfico de entorpecentes, de pessoas, etc.), seja em razão da modalidade específica do delito cometido (apoderamento ilícito de aeronaves em vôo), ou inclusive para afastar a ação da justiça penal estatal. Negar esta realidade, afirmava, equivaleria a tolerar que *les gendarmes ne devaient pas continuer a ller a pied quand les voleurs courraient a bicyclette*<sup>26</sup>.

Como bem assinalado muitas décadas atrás por Haroldo Valladão:

<sup>23</sup> LUISI, Luis. Prólogo. In: CERVINI; Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 7.

<sup>24</sup> FIERRO, Julio Guillermo. *La ley penal y el derecho internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 207.

<sup>25</sup> CERVINI; Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, cit., p. 44-45.

<sup>26</sup> CERVINI; Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, cit., p. 45-46.

a cooperação internacional, hoje mais do que nunca é um imperativo da vida humana, e a cooperação interjudicial dos Estados é uma necessidade indeclinável.

[...]

Tal cooperação abrange, basicamente, o auxílio para a instrução das causas, pelo meio clássico e ainda atual de cartas rogatórias ou outros meios de comunicação diretos, p. ex., simples ofícios adotados em Convenções para autoridades de territórios fronteiriços e a ajuda para eficácia das decisões proferidas pelo respectivo reconhecimento e execução<sup>27</sup>.

O intenso relacionamento entre Estados e o fenômeno da globalização levaram ao aumento dessa cooperação, baseada em tratados e em compromissos de reciprocidade. O Brasil tem participado, cada vez mais, de incontáveis acordos bilaterais e multilaterais de conteúdo penal<sup>28</sup>.

Não há no Brasil, diferentemente de outros países, legislação específica sobre cooperação internacional; há, contudo, diversos dispositivos que a

<sup>27</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: parte especial, cit., p. 172.

<sup>28</sup> Dentre as convenções que versam exclusivamente sobre matéria penal, destacam-se a *Convenção Internacional sobre Assistência Mútua em Matéria Penal*; *Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior*; *Convenção Interamericana contra a Corrupção*; *Convenção Interamericana contra o Terrorismo*; *Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos*; *Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional*; e *Convenção Interamericana sobre o Tráfico de Menores*. Os acordos celebrados pelo Brasil e que têm a ONU como promotora tratam de assistência referente a situações de crimes específicos – por exemplo, a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado*; o *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças*; a *Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas* ou ainda a *Convenção para a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas*, dentre outros. O Brasil é também signatário da *Convenção Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados* e do *Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas*. Dentre os acordos bilaterais, é de meu interesse elencar aqueles que tratam de matéria penal. O Brasil firmou Tratados e Acordos sobre assistência jurídica em matéria penal com os seguintes países: Cuba, China, Estados Unidos, Colômbia, França, Itália, Peru, Portugal e Coreia. Além desses acordos, o Brasil também firmou o *Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para a Restituição de Veículos Automotores Roubados ou Furtados* e o *Acordo de Garantia de Reciprocidade na Transmissão de Informações do Registro Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha*. Podemos encontrar inúmeros documentos que representam importante avanço no plano de cooperação penal internacional, por exemplo, a *Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio como crime* (1948); a *Convenção que reconhece como imprescritíveis os crimes de Guerra e contra a Humanidade*, (1970). Dentre os inúmeros outros documentos de cooperação internacional podem ser apontados, a *Convenção Europeia de Extradução*, Paris (1957), e a *Convenção Europeia de Mútuo Auxílio Judiciário em Matéria Penal*, Estrasburgo (1959), limitada a comunicações em geral e cartas rogatórias, ratificada pela Alemanha Ocidental, França, Grécia, Itália, Noruega e Suíça. Há ainda inúmeras convenções bilaterais, notadamente sobre extradição e algumas poucas sobre transferência de presos, como se verá.

prevêem, como a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Processo Civil, a Resolução nº 9 do STJ, dentre outros<sup>29</sup>.

Efetivamente, essa cooperação pode ocorrer de diversas modalidades e nem se pode precisar todas as formas de sua realização, porque frequentemente surgem novas maneiras de cooperação, mas, as mais utilizadas são a extradição, as cartas rogatórias, a homologação de sentença estrangeira e o auxílio direto.

Como apontado, foi a extradição o primeiro instituto a ser aceito internacionalmente como instrumento de cooperação internacional e, provavelmente, ainda é o mais utilizado: no Brasil existe desde 1847. Por ela é que se entrega a outro Estado uma pessoa acusada ou condenada por crime praticado no estrangeiro. O pedido de extradição é efetuado pelo Poder Executivo e é decidido pelo Poder Judiciário e o pedido pode ser feito com base em tratado firmado entre o país requerente e o requerido ou em promessa de reciprocidade<sup>30</sup>.

Outra modalidade de cooperação internacional, por sinal das mais antigas, são as Cartas Rogatórias, pelas quais se solicita assistência judicial a autoridades judiciais estrangeiras para a obtenção de informação ou provas ou ainda para a prática de diligências<sup>31</sup>.

O Auxílio Direto é uma modalidade de cooperação pela qual se solicita ao Poder Judiciário ou outro órgão de outro país que colabore na realização de determinadas diligências. Para sua efetivação, é necessário que haja acordo ou garantia de reciprocidade<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Veja-se a respeito o *site* do Ministério da Justiça: [www.mj.gov.br/drci](http://www.mj.gov.br/drci)

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 13.445/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso 15.06.2017, às 16:10 hs.

<sup>31</sup> As cartas rogatórias são dirigidas a autoridades estrangeiras e devem observar o que está estabelecido nos acordos firmados entre os países. O *exequatur*, ou seja, a autorização para o cumprimento das diligências requeridas, é concedido após a verificação que a Carta Rogatória estrangeira não ofende nem a soberania e nem a ordem pública nacional, isso conforme o art. 6º da Resolução nº 9 da Presidência do STJ. (BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Resolução nº 9, de 04.05.2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre a competência acrescida do Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *Diário da Justiça*, p. 154, 06.05.2005. Republicada no *Diário da Justiça*, Seção 1, p. 163, 10.05.2005. Disponível em: [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib\\_Sup/STJ/Resol/9\\_05.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html). Acesso em 12.06.2017, às 15:18 hs.

<sup>32</sup> Várias são as modalidades dessa modalidade de cooperação, v.gr., entrega de documentos oficiais; devolução de documentos e elementos de prova; a realização de depoimentos de testemunhas, o traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal; a localização ou identificação de pessoas; a realização de medidas acautelatórias; a custódia e disposição de bens; a autenticação de documentos e certidões. A Resolução nº 9 de



Há, também, os casos de Cooperação Administrativa, que ocorrem quando o atendimento às solicitações se dá por meio de providências administrativas, sem atuação do Poder Judiciário.

Merece destaque também como instrumento de cooperação penal internacional a Homologação de Sentenças Estrangeiras<sup>33</sup>, prevista no art. 9º do Código Penal<sup>34</sup>, que tem por finalidade dar eficácia às decisões judiciais definitivas que tenham vindo de outro país. O Código de Processo Penal de 1941<sup>35</sup> também a prevê, e, como bem aponta Valladão, “os atos e sentenças penais estrangeiros poderão produzir efeitos no Brasil, constituindo a chamada aplicação indireta da lei processual penal estrangeira”<sup>36</sup>. Com precisa razão, assinala:

O reconhecimento das sentenças criminais estrangeiras foi conquista do processo penal internacional hodierno. Vinha sanar lacuna verificada no fato de se negar cumprimento às rogatórias criminais executórias, de busca e apreensão, de seqüestro, de confisco e atendia aos votos de muitos escritores do nosso direito internacional privado, [...] e encontrava apoio no art. 16 da Introd. e 15 da L.I. e em preceito constitucional, 119, I, letra g, que falam em sentenças estrangeiras, genericamente, sem se restringir, como a lei 221, de 1894, à matéria civil e comercial. Foi, aliás, consagrado, embora mui timidamente, no Proj. Sá Pereira, art. 8, e após, no Proj. da 6 Subcomissão Legislativa, art. 7<sup>37</sup>.

Portanto, a homologação é o processo pelo qual se confere eficácia, no território nacional, a uma decisão proferida no estrangeiro, conforme previsto

---

04.05.2005, o art. 7º, parágrafo único do Presidente da Corte Superior estabelece que os poderes de cooperação *stricto sensu* devem ser levados, quando se trata de Poder Judiciário, ao juiz de primeiro grau. (BRASIL, 2005)

<sup>33</sup> A chamada Reforma do Judiciário, Emenda Constitucional nº 45/2004, introduziu uma alteração sobre cooperação internacional ao transferir do STF para o STJ a competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de dar cumprimento às cartas rogatórias requeridas por juiz estrangeiro para serem realizadas no Brasil, nos termos da alínea ‘i’ do art. 105 da CR/88. (Cf. BRASIL, 1988)

<sup>34</sup> Estipula o art. 9º do CP: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança. Parágrafo único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.” (BRASIL, 1940)

<sup>35</sup> Dispõe o art. 780 do CPP: “Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.” (BRASIL, 1941)

<sup>36</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: parte especial, cit., p. 245.

<sup>37</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: parte especial, cit., p. 274.

no art. 105, I, 'i' da Constituição da República<sup>38</sup>. Pode-se afirmar que nesta modalidade de cooperação está a semente do instituto da transferência da execução penal de presos estrangeiros.

Como já mencionado, foram os códigos francês e alemão, ainda no século XIX, conforme assinala Donnedieu de Vabres (1880-1952), os primeiros textos legais a se manifestar sobre o julgamento de crimes ocorridos no estrangeiro<sup>39</sup>. Isso provocou muitos debates a respeito, inclusive no Brasil, introduzindo o Código Penal de 1890 dispositivos sobre a aplicação da extraterritorialidade da lei penal<sup>40</sup>.

No Brasil, foi João Vieira de Araújo (1844-1923), autor do Projeto de Código Penal de 1899, quem inovou ao apresentar proposta de norma que reconhece a eficácia de sentença proferida no estrangeiro. Eis a transcrição literal do mencionado dispositivo:

Se contra cidadão brasileiro, por crime não político, nem conexo com este, cometido no território estrangeiro, for aí proferida condenação que, segundo a lei brasileira, importe – como pena ou efeito penal – a interdição de direitos, a autoridade judiciária poderá, sob requerimento do Ministério Público, declarar que a sentença proferida no estrangeiro produz no País a sobredita interdição; salvo ao condenado o direito de requerer que antes da decisão da autoridade judiciária se renove o julgamento procedido no estrangeiro.

Por sua vez, o Projeto Galdino Siqueira, de 1913, não acolheu a proposta do projeto anterior, mantendo o mesmo texto do Código de 1890. Diferentemente, o Projeto Sá Pereira, de 1928, de autoria de Virgílio de Sá Pereira (1871-1934), acolheu a proposta de 1899, o que também ocorreu com o Projeto Alcântara Machado, de 1938, sendo adotado pelo Código Penal de 1940<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Prevê o citado dispositivo: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. Brasil. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 13.08.2017, às 12:38 hs.

<sup>39</sup> DONNEDIEU DE VABRES, Henri Félix. Introduction à l'Etude du Droit Penal International, Paris, L. Tenin, 1922, p. 12.

<sup>40</sup> Previa o art. 5º: “É também applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brasil, espontaneamente ou por extradição, tendo commettido fora do país os crimes previstos nos capítulos 1º e 2º do titulo 1º, livro 2º, capítulos 1º e 2º do titulo 6º; os de homicídio e roubo em fronteiras, e não tendo sido punido no lugar onde delinquir. Paragrapho único. Ficam salvas as disposições dos tratados.” (Decreto nº 847, de 11.10.1890)

<sup>41</sup> O texto da Parte Geral original do Código Penal de 1940 prescreve: “Art. 7º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas

Heirich Gruztner observava na década de 1960 que a execução da sentença penal estrangeira deverá ser uma das preocupações enfrentadas nos próximos anos, e registra que “Quase todos os Estados da Europa Ocidental recusam executar uma pena aplicada no estrangeiro”<sup>42</sup>, o que por si só demonstra que a simples execução de sentenças estrangeiras acarretava muitas resistências.

Eram essas as modalidades de cooperação internacional que, contudo, já não mais satisfaziam. Assim como ocorre com outros institutos, essa cooperação também vem passando por significativas modificações. Isso se verifica pela constatação de que, se no início elas se destinavam basicamente a elaborar e facilitar instrumentos de perseguição criminal, hoje, também podem ser utilizadas para humanizar a execução da pena, especialmente a pena privativa de liberdade. Por isso, de fundamental valor as palavras de Cervini quando se manifesta sobre essa transformação:

Quando usamos a expressão direito de cooperação penal internacional, não estamos necessariamente propugnando o nascimento de um novo ramo autônomo das ciências jurídicas senão que, simplesmente, como o fazem Polimeni e um crescente setor da doutrina italiana, aspiramos a que se observe a cooperação sob uma nova ótica conceitual e valorativa, encarando-a como um estatuto global integrado de solidariedade e de garantias, âmbito no qual cada um dos ramos do saber jurídico tem um aporte a realizar<sup>43</sup>.

Um novo passo haveria de ser dado, e ocorreu precisamente na fase da execução penal, provocando sua internacionalização. Nesse contexto, surgiu o instituto da transferência da execução penal de estrangeiros para seus países, cuja adoção beneficia precisamente os presos estrangeiros que cumprem pena

---

consequências, pode ser homologada no Brasil para: I- obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis; II – sujeitá-lo à penas acessórias e medidas de segurança pessoais. Parágrafo único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos no nº I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, de existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.” A Lei nº 7.209 de 11.07.1984 que alterou a Parte Geral, passou a ter a seguinte redação relativa à homologação de sentença estrangeira: “art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I- obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II- sujeitá-lo à medida de segurança. Parágrafo único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.”

<sup>42</sup> GRUZNTER, Heirich. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Universidade do Estado da Guanabara, jul.-set. 1964, nº 6, p. 130.

<sup>43</sup> CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, cit., p. 43.

privativa de liberdade ou estão condenados criminalmente em outro país e do qual muitas vezes serão expulsos ao fim da execução penal. Essa transferência permitirá que esses condenados cumpram a pena em seus países, próximos de seus familiares e da sua comunidade, e, desse modo, diminuir o sofrimento e tornar menos difícil a creintegração deles ao seu verdadeiro meio social.

### 3 NOTA HISTÓRICA SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE ESTRANGEIROS PRESOS.

#### 3.1 Aparecimento e evolução

A transferência de condenados estrangeiros para seus países de origem não é um tema que tenha suas raízes na atualidade. As primeiras devoluções e trocas de presos estrangeiros não ocorreram por razões nobres ou humanitárias. Na antiguidade, encontramos algumas dessas situações ocorridas por razões políticas, comerciais e até econômicas.

Nos conflitos bélicos na antiguidade, quando se aprisionavam soldados inimigos, estes quase sempre eram mortos ou transformados em escravos. Consequentemente, era preciso manter estabelecimentos para aprisioná-los, vigiá-los e alimentá-los. Por diversas razões, tal fato acabou se tornando contraproducente e começaram assim as primeiras experiências concretas de troca de prisioneiros, ocorridas sem maiores formalidades.

A preocupação e a complexidade do tema podem ser demonstradas, por exemplo, com a afirmação de Cesare Beccaria, em 1764:

Restam-me ainda duas questões a examinar; uma, se os asilos são justos; e se o acordo de permutar os réus entre as nações é útil ou não. [...] Mas, se é útil ou não permutar os réus entre as nações, não ousarei decidir esta questão.<sup>44</sup>

Os casos de devolução e de troca de presos foram sendo ampliados e estendidos ao longo da história e ocorreram em diversas partes do mundo. Há diversos exemplos que demonstram isso. Foi precisamente para possibilitar a troca de prisioneiros e assim atenuar os males da prisão que o Libertador Simon Bolívar (1873-1830) assinou o Manifesto de Cartagena, em 1820, com o General espanhol Pablo Morillo y Morillo (1778-1837), conhecido como “O Pacificador”, que participou dos combates contra a independência da Colômbia e Venezuela, na condição de chefe das tropas espanholas.

Outra importante iniciativa ocorreu durante a Guerra Civil Norte-Americana (1861-1865). Em 1862, diante do elevado número de prisioneiros, os estados do norte e do sul, que se enfrentavam nesse conflito armado, elaboraram e executaram um procedimento formal de troca de prisioneiros.

---

<sup>44</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Marcílio Teixeira, Editora Rio, Rio de Janeiro: 1979, p. 80-81.

Ainda no século XIX, na Suíça, lei federal de 1892, ao tratar da extradição, determinava no art. 30:

O Conselho Federal, de acordo com todos os interessados, pode dar autorização para que uma pena aplicada no estrangeiro seja cumprida em estabelecimento penitenciário suíço, caso em que serão tomadas as necessárias providências<sup>45</sup>.

Quando a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) terminou, verificou-se que havia um imenso contingente de prisioneiros em países estrangeiros. Na União de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), havia mais de três milhões de prisioneiros alemães, o que levou a URSS e a Alemanha a promoverem um acordo para o retorno de seus soldados presos a seus países de origem, o que começou a ocorrer em julho de 1946. Por sua vez, mais de cinco milhões de soldados soviéticos estavam aprisionados fora da URSS e a repatriação desses prisioneiros só foi concluída em 1955 graças à intervenção direta do *prêmier* alemão Konrad Adenauer (1876-1967)<sup>46</sup>.

A repatriação de prisioneiros estrangeiros em casos de conflitos bélicos foi previsto, inclusive, na Convenção de Genebra<sup>47</sup>. O Código Penal suíço de 1937, no art. 3º, inciso 2º e o art. 5º, última parte prescrevia:

Se a pena aplicada não tiver sido cumprida no estrangeiro, será ela executada na Suíça; se não tiver sido cumprida senão uma parte, o resto será executado na Suíça.

A denominada *Guerra Fria* possibilitou uma emblemática troca de presos entre os EUA e a URSS. Em 1957, foi preso em Nova York o coronel soviético Rudolf Ivanonith Abel (1903-1971), processado e condenado por espionagem à prisão perpétua, sendo essa pena comutada para trinta anos de prisão. Em

---

<sup>45</sup> Também na Suíça se encontra uma Convenção datada de 17.10.1868, na qual se previa a execução de multas em território estrangeiro: “As decisões dos tribunais para a navegação do Reno, proferidas em qualquer um dos Estados ribeirinhos, serão exequíveis em todos os outros Estados, observando-se as formas prescritas pelas leis do país em que forem executadas”.

<sup>46</sup> DW NOTÍCIAS. Calendário histórico. 1946: URSS liberta prisioneiros de guerra alemães. Disponível em <http://www.dw.de/1946-urss-liberta-prisioneiros-de-guerra-alem%C3%A3es/a-594984>, Acesso em 12.06.2017, às 15:30 hs.

<sup>47</sup> A referida Convenção (1949) foi elaborada para buscar a “melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das forças armadas em campanha”, a respeito da repatriação de presos estrangeiros há diversos dispositivos nesse documento, dentre os quais, art. 46, 109, 110, 112, 115, 116, 117, 118 e 119. Ainda há o Anexo I que trata do Modelo relativo ao repatriamento direto e à hospitalização em país neutro dos prisioneiros de guerra feridos e enfermos. Mas, evidentemente, não se trata de cumprimento de pena e nem de condenação criminal.

1961 foi abatido em território soviético um avião U-2 sendo aprisionado seu piloto, o capitão norte-americano Francis Gary Powers (1929-1977), condenado a 15 anos de prisão. Isto provocou a discussão sobre a possível troca desses presos entre os dois países, o que levou a 18 meses de negociações entre os governos americano e soviético. Em 10 de fevereiro de 1962, foi efetuada, em Berlim, a troca entre o preso americano e o soviético:

7:40 h: bruma levanta-se lentamente sobre Berlim. De cada lado da ponte que marca o limite dos setores norte-americano e soviético, automóveis esperavam e alguns homens batiam os pés. De cada lado, mas distanciados, guardas da Alemanha do Leste e policiais alemães ocidentais observam a cena.

8:30 h: Donovan olha para o relógio. Está na hora. Uma porta bateu. De um carro, desceu um homem, de cabeça coberta, com um sobretudo de corte norte-americano e óculos negros; está rodeado pelo advogado e por agentes da CIA; é o coronel Rudolf Abel. Os grupos avançam para a ponte.

No lado oposto, passa-se a mesma coisa: entre agentes do KGB um homem grande e maciço distingue-se pelo seu chapéu de pele e, sobretudo devido às suas quatro malas: é Francis Powers. Esse grupo também avança para a ponte.

Chegados a cada extremo da faixa branca de dezoito centímetros de largura, que delimita os setores, os dois grupos pararam. Do grupo norte-americano destaca-se um homem: um piloto do grupo 10/10. Está encarregado de reconhecer Powers. Olhou-o sem dizer uma palavra voltou-se e disse em voz alta: "É ele mesmo".

Do grupo soviético, um membro do KGB fez o mesmo a ABEL, que tirara o chapéu e os óculos.

Alguns batimentos de calcanhares, saudações... Os dois homens chegaram aos respectivos campos. Palmadas nas costas, à americana, desejando as boas-vindas a Powers: apertos de mão e gargalhadas, à russa, desejando as boas-vindas a Abel.<sup>48</sup>

A imagem dessa cena representa bem o período da *guerra fria* e reflete as diversas razões que ao longo do tempo motivaram a *troca* de prisioneiros/presos entre alguns Estados.

Mais recentemente, outra experiência de troca de presos ocorreu entre as Repúblicas da Georgia e da Rússia. Mediante acordo estabelecido entre os dois países, houve a libertação de 85 civis georgianos presos em Ossétia do Sul. Por sua vez, a Georgia libertou 13 ossetas do sul, inclusive 5 soldados

---

<sup>48</sup>BERTIN, Claude. *O processo Powers*. Claude Bertin, *In Os grandes julgamentos*, Otto Pierre Editores Ltda. São Paulo: s.d., p. 166-167. A Revista Veja de 24.11.1971, ed. nº 168, noticia a morte de Abel, com o seguinte comentário: "O coronel Rudolf Ivanovitch Abel, 68 anos, o espião soviético que, disfarçado de fotógrafo e pintor no bairro de Brooklyn, em Nova York, comandou de 1948 a 1957 a maior rede de espionagem já montada nos Estados Unidos; traído por outro espião e condenado a trinta anos, pintou na prisão um retrato de John Kennedy que se tornou um dos preferidos do presidente; dia 16, em Moscou, de câncer no pulmão, nove anos depois de voltar à Rússia trocado pelo piloto Gary Powers, do avião U-2, abatido sôbre território soviético."

acusados de terroristas. Essa troca de presos foi mediada pelo Comissário Europeu para os Direitos Humanos e aconteceu em agosto de 2008<sup>49</sup>.

Em julho de 2008, Líbano e Israel procederam a uma troca de prisioneiros, possibilitando a Israel entregar cinco prisioneiros libaneses em troca de dois soldados israelenses e dos restos mortais também de soldados israelenses. Assim, o *Hezbollah* entregou os restos mortais dos soldados Ehud Goldwasser e Eldad Regev. Por sua vez, Israel entregou os corpos de duzentos militantes mortos e cinco prisioneiros. Esta troca foi mediada pela Cruz Vermelha Internacional e por um representante designado pela ONU, o alemão Gerhard Conrad<sup>50</sup>.

Outra experiência importante ocorreu entre Israel e o *Hamas*, em 2011. Pelo acordo que levou cinco anos para ser concluído, ficou acertado que Israel entregaria mil prisioneiros palestinos em troca da devolução do soldado judeu Gilad Shalit, preso dos 20 aos 25 anos. Essa foi a sétima troca de prisioneiros entre ambos os lados desde 1983, quando iniciaram as trocas de prisioneiros.<sup>51</sup>

Também em 2011, Egito e Israel procederam a uma troca de presos intermediada pelos EUA; pelo acordo, o Egito liberou o americano-israelense Ilan Grapel, de 27 anos, preso por espionagem. Por sua vez, Israel liberou 25 egípcios, inclusive três menores de idade acusados de crimes comuns, em especial o tráfico de drogas<sup>52</sup>.

Em 16 de janeiro 2016, o Irã libertou quatro cidadãos americanos em Teerã - entre os quais se encontrava o jornalista iraniano-americano do *WashingtonPost*, Jason Rezaian, condenado por espionagem - em troca de sete cidadãos iranianos presos nos Estados Unidos. Todos os libertados no Irã

---

<sup>49</sup> EURO NEWS. *Geórgia e Rússia trocaram prisioneiros de guerra*. Disponível em <http://pt.euronews.com/2008/08/28/georgia-e-russia-trocam-prisioneiros-de-guerra>. Acesso em 13.06.2017 às 15:53 hs.

<sup>50</sup> ESTADÃO NOTÍCIAS INTERNACIONAIS. *Israel e Hezbollah iniciam troca de prisioneiros*. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/oriente-medio,israel-e-hezbollah-iniciam-troca-de-prisioneiros,206770>. Acesso em 12.06.2017, às 15:43 hs.

<sup>51</sup> JN GLOBO. *Gilad Shalit é libertado em Israel em troca de prisioneiros palestinos*. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/10/gilad-shalit-e-libertado-em-israel-em-troca-de-prisioneiros-palestinos.html> Acesso em 12.06.2017, às 15:49 hs.

<sup>52</sup> ESTADÃO NOTÍCIAS INTERNACIONAIS. *Egito e Israel trocam prisioneiros*. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,egito-e-israel-trocam-prisioneiros,791343>. Acesso em 12.06.2017, às 15:49 hs.



tinham dupla cidadania, isto é, americana-iraniana<sup>53</sup>. As negociações de mediação entre os países duraram um ano e foram mediadas pelo governo da Suíça<sup>54</sup>.

Certamente, essas experiências não foram motivadas por razões de caráter humanitário ou humanista, mas representaram importante marco como inovação no que viria a ser a 'repatriação de presos' - e não apenas de prisioneiros estrangeiros para seus países de origem. Se aquelas foram provocadas por razões de ordem econômica e política não se lhes pode negar o valor da contribuição que representaram para a construção do instituto ora em exame.

Pouco a pouco, o tema foi adquirindo grande importância, até chegar aos dias atuais: é raro um encontro internacional no qual não se discutam e se proponham soluções para a questão da situação de presos estrangeiros. Referidas discussões levaram à elaboração de tratados, não apenas bilaterais, mas também multilaterais, buscando encontrar uma solução pacífica, global, de caráter humanista e que atenda ao objetivo maior da condenação criminal.

É neste contexto que surge o instituto da transferência da execução penal de presos estrangeiros a seus países, para que aí cumpram a pena. O que se constata é que se a troca de presos é antiga, a transferência da execução penal como instituto jurídico é recente.

### 3.2 Primeiros tratados

Em 1825, a Suprema Corte americana, profetizou que no futuro as Cortes nacionais executariam as sentenças de outro país<sup>55</sup>. Se isso ainda não é a regra, também não se pode negar que não tenha havido um grande avanço desde que essa prática começou.

---

<sup>53</sup> G1. Irã liberta 4 prisioneiros americanos em troca de 7 a serem soltos nos EUA. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/01/ira-anuncia-libertacao-de-quatro-cidadaos-americanos-em-teera.html>>, Acesso em 13.08.2017, às 13:02 hs.

<sup>54</sup> UOL NOTÍCIAS. Suíça serviu de "acelerador" para troca de presos entre Irã e EUA. Disponível: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2016/01/16/suica-serviu-de-acelerador-para-troca-de-presos-entre-ira-e-eua.htm?cmpid=copiaecola>, Acesso em 13.08.2017, às 13:04hs.

<sup>55</sup> ABBEL. Michael. International prisoner transfer. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 1.

Os primeiros tratados relativos à troca de presos e de transferência de condenados estrangeiros para que cumpram pena em seus países de origem, por razões humanistas, surgiram em meados do século passado.

Em 8 de março de 1948, foi assinado pela Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia o *Tratado de Cooperação na Execução Penal entre os Estados Nórdicos*. Seguramente a proximidade geográfica desses Estados e os estreitos vínculos de caráter histórico, cultural, linguístico (com exceção da Finlândia), além de interesses políticos e econômicos comuns, inclusive com a manutenção de acordos de cooperação penal, possibilitaram a elaboração desse documento. Diante disso, esses países se comprometeram a elaborar leis internas com o objetivo de permitir que sentenças penais proferidas por um deles pudessem ser executadas em caso de condenação de pena de multa em outro território.

Em 1951, foi assinado um tratado para a transferência de presos estrangeiros entre o Líbano e Síria, como informa Mario Pisani<sup>56</sup>.

Posteriormente, em 1962, surgiu acordo de cooperação conhecido como *Acordo de Helsinque*, firmado entre Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia, que possibilitava aos Estados-Membros adotar a aplicação de normas idênticas ou semelhantes que permitam a um Estado signatário reconhecer e executar as sentenças emanadas por outros Estados-partícipes e, conseqüentemente, transferir presos para esse fim.

Esse Tratado se inspira no direito penal humanista e em razões político-criminais, buscando alcançar a melhor reinserção social do condenado. Pelo acordado, o Estado onde irá ocorrer a execução fica vinculado ao número de dias de prisão determinado na sentença; não se adota o princípio da dupla incriminação e também não se permite a possibilidade de redução ou de adequação da pena à legislação do Estado onde ocorrerá a execução sem que haja manifestação prévia do Estado da condenação.

Na década de 1960 (30 de novembro de 1964), o Conselho Europeu criou a Convenção Europeia sobre Sentença Condicional ou Liberdade Condicional de Ofensores, que permitia que estes cumprissem essa fase da condenação em seus países de origem.

---

<sup>56</sup> PISANI, Mario. Cooperazione Internazionale in materia penale. In Revista italiana di diritto e procedura penale, Fasc. 4, Milão: 2000, p. 1.629.

Em 26 de setembro de 1968, a Bélgica, os Países Baixos e Luxemburgo firmaram um tratado sobre execução de decisões judiciais em matéria penal, denominado *Tratado Benelux* (Convenção nº 70), que cuida especificamente da execução de condenações penais entre esses Estados. Segundo prevê o art. 2º, é cabível a execução nas condenações à pena privativa de liberdade, à pena de multa ou de apreensão e perda, bem como nas hipóteses de imposição da interdição de direitos e, até mesmo, por decisões judiciais meramente declaratórias de culpa.

Por esse tratado, uma condenação prolatada num dos Estados Parte poderia ser executada em outro Estado pactuante, desde que o fato delituoso que determinou a condenação também seja previsto como crime no país onde se pretende cumprir a condenação ou desde que faça parte da relação estabelecida em conformidade com o tratado nos termos dos artigos 3º e 57.

Observa-se que os Estados Parte podem se recusar a executar a sentença quando a condenação seja relativa a fato que apresente natureza política ou militar ou, também, quando seja objeto de ação penal no Estado requerido ou, finalmente, nos casos em que este proponha ação penal pela prática do fato. Existe ainda a possibilidade do Estado se recusar a receber o condenado, se entender que a execução da sentença contraria seus compromissos internacionais ou os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, quando o delito tenha sido cometido fora do território do Estado requerente ou quando se trate da execução de uma condenação de interdição de direitos (art. 5º). Cabe registrar que este tratado nunca teve vigência.

Outro importante acordo foi assinado em 28 de maio de 1970, e ficou conhecido como *Convenção Européia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais do Conselho da Europa*. Esta Convenção trata de sanções privativas de liberdade e da importância internacional de sua aplicação e execução. Referido documento foi ratificado por quinze dos quarenta e cinco estados membros do Conselho da Europa e iniciou sua vigência em 26 de julho de 1974<sup>57</sup>. Deve-se observar que muitas foram as Reservas<sup>58</sup> apresentadas

---

<sup>57</sup> Foi assinada por onze Estados-Membros, a saber: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Suécia e foi ratificada por cinco desses países: Áustria, Dinamarca, Espanha, Países Baixos e Suécia.

pelos Estados pactuantes em relação à sua aplicação. Por fim, registre-se que, embora não tenha sido formalmente extinto, foi ele substituído pelo *Tratado de Estrasburgo* de 1983.

Ainda na década de 1970, mais precisamente em 3 de fevereiro de 1972, a Espanha e a Dinamarca firmaram um tratado de execução de sentenças pelo qual se permitia a transferência de presos entre ambos os países.

Na mesma década, em 1977, os EUA e o México assinaram um tratado de *canje*, alcançando inicialmente 248 norte-americanos, principalmente narcotraficantes (apenas nove não eram), e 36 mexicanos. Informa Luis Marcó Del Pont<sup>59</sup> que no ano seguinte houve nova transferência de presos, beneficiando 36 mexicanos e 46 norte americanos. Esse procedimento vem se repetindo regularmente<sup>60</sup>.

Esse acordo foi chamado por Haroldo Valladão de “Notável passo no progresso da cooperação internacional nos processos criminais a ser imitado por outros Estados”<sup>61</sup>. Os benefícios da transferência de presos estrangeiros podem ser comprovados pela própria observação dos presos transferidos. Sobre isto, informa Del Pont:

Los comentarios de estos ultimos (norteamericanos), minutos antes de partir, es que fueron ‘bruscamente tratados y torturados’, mientras que los mexicanos afirmaron que el sistema penitenciário de Estados Unidos es ‘mas inhumano y menos comprensivo’ que el de su país.<sup>62</sup>

Para que o Tratado entrasse em vigor foi necessário alterar o art. 18 da Constituição mexicana, que acrescentou um novo parágrafo com a seguinte redação:

Art. 18-  
§ 5º- Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentran compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a

---

<sup>58</sup> Reservas são as declarações unilaterais efetuadas por um Estado, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, adesão ou aprovação de um Tratado multilateral buscando modificar ou excluir determinados dispositivos.

<sup>59</sup> DEL PONT, Luis Marcó. Intercambio de presos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, nº 73, jan./mar., 1982, p. 266.

<sup>60</sup> O tratado foi assinado pelo Presidente dos Estados Unidos Mexicanos, Luis Echeverria Álvares, o Secretário de Relações Exteriores, Alfonso Garcia Robles e pelos EUA, foi assinado pelo Presidente Jimmy Carter e seu embaixador extraordinário e plenipotenciário no México, John Jova. Foi ratificado em Washington e teve vigência trinta dias após sua ratificação.

<sup>61</sup> VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. III, Parte Especial, 1978, p. 276.

<sup>62</sup> DEL PONT, Luis Marcó. Intercambio de presos, cit., p. 266.

la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos de orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para este efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

O Tratado tem apenas dez artigos e permite que estrangeiros condenados possam ser repatriados para que cumpram pena no país do qual são originários.

Em conformidade com os valores que motivaram sua assinatura, o Tratado prevê que ambos os Estados troquem, a cada seis meses, informações sobre a situação do preso beneficiado, em especial sobre progressão de regime, livramento condicional e liberdade definitiva. Nos anos seguintes, os EUA assinaram tratados com o mesmo objeto com o Canadá (1977), Bolívia (1978), Panamá (1979), Turquia (1979) e Peru (1979), dentre outros.

Na década seguinte, surgiu a *Convenção do Conselho da Europa de 1983*, conhecido como *Tratado de Estrasburgo*. Foi assinado em 21 de março de 1983 e ratificado por cinquenta e dois países, dentre os quais alguns que não integram o referido Conselho.

Para que isso fosse possível, o art. 19 prevê a adesão de Estados que não sejam membros do Conselho da Europa, sendo Partes no referido Tratado: EUA, Canadá, Austrália, Chile, Costa Rica e Panamá, dentre outros. Referido Tratado entrou em vigência em 1º de julho de 1985, sendo assinado e ratificado por todos os Estados-Membros. Apesar disso, foram apresentadas inúmeras Reservas pela maioria dos países partícipes sobre pontos específicos da convenção<sup>63</sup>.

Em 18 de dezembro de 1997, foi celebrado um *Protocolo Adicional à Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas do Conselho da*

---

<sup>63</sup> Foi o primeiro tratado sobre transferência de presos elaborado após as recomendações e a elaboração do Tratado-Modelo apresentado pela ONU [7º Congresso de Prevenção e Tratamento do Deinquente, realizado em Milão (1985)]. Esse documento pretende ser mais simplificado que Convenção *Europeia* de 1970, procura possibilitar efetivamente a reinserção social do condenado, permitindo especialmente ao preso estrangeiro cumprir a pena ou o que resta dela no seu meio social originário e para onde voltará depois de extinta aquela.

*Europa*, com vigência a partir de 1º de junho de 2000. O Protocolo visa complementar a Convenção de 1983 e define as normas cabíveis à transferência da execução das penas, especialmente do condenado e do evadido do Estado da condenação com o fim de retornar ao país de sua nacionalidade.

Entre os primeiros Acordos sobre Transferência de Presos Estrangeiros também se destaca a *Convenção entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias relativa à Execução de Condenações Penais Estrangeiras*, de 13 de novembro de 1991. Pelo Acordo, Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, França, Espanha, Itália e Luxemburgo, assinaram uma Convenção referente a condenações penais estrangeiras. Apesar disso, não chegou a ser ratificada por nenhum dos Estados-Membros, portanto, nunca chegou a ter vigência. Destinava-se a ser aplicada na medida em que completasse as disposições que tratam da importância internacional de sentenças penais estrangeiras do Conselho da Europa de 1970.

Ainda na Europa, há um Convênio contra o tráfico ilícito de entorpecentes, de Viena, de 1988, que trata em dois casos de cumprimento de condenações penais estrangeiras. No art. 6.10 prevê a possibilidade de cumprimento de pena em território diferente do que ocorreu o crime<sup>64</sup>.

A respeito deste documento assinado pela maioria dos países membros da ONU, afirmam Borja Mapelli Caffarena e Maria Isabel Gonzales Cano que “no es exagerado considerarlo como el primer documento que a niveles mundiales contempla la institución del traslado de personas condenadas entre distintos países, si bien referido al ámbito de las drogas”<sup>65</sup>. Sobre a influência da legislação de outros países afirmam Borja Mapelli e Isabel Cano:

La opinión científica tanto de penalistas como de procesalistas e internacionalistas se ha mostrado partidaria de dar plena efectividad a las resoluciones extranjeras en materia penal. Razones de eficacia recomiendan esta fluidez para hacer frente a las exigencias político criminales de un mundo cada vez más globalizado.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> “Art. 6.10 - Se a extradição, pedida para fins de cumprimento de uma pena, for recusada pelo facto de a pessoa reclamada ser um nacional da Parte requerida, esta, se a sua lei o permitir e de acordo com os requisitos dessa lei, a pedido da Parte requerente, considera a possibilidade de dar execução à pena imposta ao abrigo da lei da Parte requerente ou da parte da pena ainda por cumprir.”

<sup>65</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. El traslado de personas condenadas, Mc Graw Hill, Madrid: 2001, p. 7.

<sup>66</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, El traslado de personas condenadas, cit., p. 4.

São esses os documentos bilaterais ou multilaterais que provocaram as primeiras tentativas e transferências de presos estrangeiros. Neles não há uniformidade na redação, nos requisitos, nos procedimentos e nem em outros diversos elementos desses tratados. Todavia, predomina em todos eles o objetivo de alcançar ou, pelo menos, possibilitar efetivamente a reintegração social do condenado estrangeiro ao seu verdadeiro meio social.

Atualmente, o Brasil possui Acordos Bilaterais sobre Transferência de Pessoas Condenadas com os seguintes países: Angola (Decreto nº 8.316, de 24.09.2014), Argentina (Decreto nº 3.875, de 23.07.2001), Bolívia (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007), Canadá (Decreto nº 2.547, de 14.04.1998), Chile (Decreto nº 3.002, de 26.03.1999), Espanha (Decreto nº 2.576, de 30.04.1998), Japão (Decreto nº 8.718, de 25.04.2016), Panamá (Decreto nº 8.050, de 11.07.2013), Paraguai (Decreto nº 4.443, de 28.10.2002), Peru (Decreto nº 5.931, de 13.10.2006), Portugal (Decreto nº 5.767, de 02.05.2006), Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906 de 04.02.2013) Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto nº 4.107, de 28.01.2002) e Suriname (Decreto nº 8.813, de 18 de julho de 2016)<sup>67</sup>.

Também é importante registrar que o Brasil aderiu aos seguintes Tratados multilaterais relativos à transferência de pessoas condenadas:

*Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior* (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007) do qual são países signatários: Arábia Saudita, Argentina, Belize, Brasil, Canadá, Cazaquistão, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos da América, Guatemala, Índia, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela.

*Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa* (CPLP) (Decreto nº 8.049, de 11.07.2013) do qual são países signatários: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e, Timor Leste.

---

<sup>67</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Acordos Bilaterais. Disponível: <http://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-bilaterais-tpc>, Acesso em: 17.08.2017, às 00:21 hs.

*Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul*, Decreto nº 8.315, de 24.09.2014, sendo os países signatários a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai

Há, ainda, os seguintes Tratados sobre transferência de pessoas condenadas já foram assinados, mas, ainda estão pendentes de promulgação:

Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia sobre Transferência de Pessoas Sentenciadas;

Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República da Polônia sobre Transferência de Pessoas Condenadas;

Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre a República Federativa do Brasil e a República da Turquia;

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Árabe da Síria sobre Transferência de Pessoas Condenadas;

Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Transferência de Pessoas Condenadas;

Acordo entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Bélgica sobre Transferência de Pessoas Condenadas;

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Bolivariana da Venezuela sobre Transferência de Pessoas Condenadas;

Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Italiana;

Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre a República Federativa do Brasil e a República de Moçambique;

Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Parte do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile;

Ademais, estão em negociação tratados de transferência de pessoas condenadas com os seguintes países: África do Sul, Albânia, Alemanha, Argélia, Austrália, Áustria, Barbados, Benin, Bulgária, Camarões, Cazaquistão, China, Colômbia, Cuba, Dinamarca, Egito, Equador, Filipinas, França, Grécia, Guiana, Hong Kong, Hungria, Indonésia, Irã, Irlanda, Israel, Jordânia, Lituânia, Malta, Marrocos, México, Nigéria, Nova Zelândia, República Dominicana, República Tcheca, Romênia, Rússia, Senegal, Tailândia e Tanzânia.



A transferência de condenados estrangeiros não está prevista apenas em tratados. Isso também pode ser encontrado na legislação ordinária de alguns países, embora seja algo excepcional.

A esse respeito merece registro o Código Penal de Cuba, Lei nº 62, de 1987 e com vigência desde 30 de abril de 1988, que determina no seu art. 7º:

1. – Los extranjeros sancionados a privación de libertad por los tribunales cubanos podrán ser entregados, para que cumplan la sanción, a los Estados de los que son ciudadanos, en los casos y en la forma establecidos en los tratados.

2. – De modo correspondiente, los ciudadanos cubanos sancionados a privación de libertad por tribunales extranjeros podrán ser recibidos para que cumplan la sanción en el territorio nacional, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. El tribunal que, en Cuba, hubiera sido el competente para conocer en primera instancia el hecho, lo será para dictar la resolución a cumplir, la cual se equipará a todos los efectos a la sentencia de primera instancia.<sup>68</sup>

Na Itália, o Código de Processo Penal de 1988, no art. 731, ao abordar o reconhecimento de sentença penal estrangeira em virtude de acordo internacional estipula:

1. – Il ministro di Grazia e giustizia, se ritiene che a norma di un accordo internazionale deve avere esecuzione dello Stato una sentenza penale pronunciata all'estero o comunque che a essa devono venire attribuiti altri effetti nello Stato, ne richiede il riconoscimento. A tale scopo trasmette al procuratore generale presso la corte di appello nel distretto della quale ha sede l'ufficio del casellario competente ai fini della iscrizione, una copia della sentenza, unitamente alla traduzione in lingua italiana, con gli atti che vi siano allegati, e con la documentazione e le informazioni disponibili. Trasmette inoltre l'eventuale domanda di esecuzione dello Stato da parte dello Stato estero ovvero l'atto con cui questo Stato acconsente all'esecuzione.
2. Il procuratore generale promuove il riconoscimento con richiesta alla corte di appello. Ove ne ricorrano i presupposti, richiede che il riconoscimento sia deliberato anche agli effetti previsti dall'articolo 12 comma 1 numeri 1, 2 e 3 del codice penale.

Vale destacar, a meu ver, a previsão constitucional no México da possibilidade de transferência de presos estrangeiros e a previsão nos códigos de processo penal de Cuba e da Itália.

---

<sup>68</sup> Ley nº 62, Código penal anotado – con instrucciones y sentencias del Tribunal Supremo Popular, editorial de Ciencias Sociales, Havana, 1988, p. 6.

## 4 O ESTRANGEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

### 4.1 O estrangeiro migrante

O adjetivo *estrangeiro* origina-se do francês antigo *estrangier*, do latim *extraneus*, e significa o que vem de fora, o que é exterior. No léxico português, o vocábulo significa:

1. [...] que é de outro país, que ou o é que é proveniente, característico de outra nação [...]
2. que ou o que não pertence ou que se considera como não pertencente a uma região, classe ou meio; forasteiro, ádvena [...]
3. Indivíduo de nacionalidade diversa daquela do país onde se encontra ou vive
4. o conjunto dos países em geral, excetuando-se aquele em que nasce [...]<sup>69</sup>.

Estrangeiro é o indivíduo que não tem a nacionalidade do Estado onde se encontra, no qual reside ou onde tem seu domicílio. Como observado por Yusseff Said Cahali “a condição de estrangeiro, no plano da nacionalidade, determina-se por exclusão: estrangeiro é o não-nacional”<sup>70</sup>.

Por outro lado, o conceito de *estrangeiro* apresenta diferentes perspectivas. Por isso mesmo, é importante para a conceituação do vocábulo a noção de território dada pelo antropólogo francês Maurice Godelier para melhor entender a situação do estrangeiro tanto no plano objetivo como subjetivo:

Designa-se por território uma porção da superfície e, portanto, do espaço sobre o qual uma determinada sociedade reivindica e garante a todos ou a uma parte de seus membros direitos estáveis de acesso, de controle e de uso com respeito à totalidade ou parte dos recursos que aí se encontram e que ela deseja e é capaz de explorar.<sup>71</sup>

Para o geógrafo Rogério Haesbaert:

O território, visto nesse sentido sob um ponto de vista político-disciplinar, é, antes de tudo, o espaço da cidadania, dos direitos sociopolíticos básicos. O migrante ‘indocumentado’, ‘ilegalmente’ situado num país distinto do seu, é, nessa perspectiva, um indivíduo desterritorializado – desterritorializado no sentido político das

<sup>69</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1.261.

<sup>70</sup> CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 11. Por sua vez, Rodrigo Octavio (1892-1969), afirma que “a noção de estrangeiro é de ser definida em oposição ao nacional: nacionais são aqueles indivíduos que as leis respectivas de um certo Estado reconhecem como tais; são estrangeiros todos os demais indivíduos habitando o território deste Estado, não compreendidos na definição de nacional, por aquelas leis”. (OCTAVIO, Ricardo. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 75.)

<sup>71</sup> GODELIER, Maurice. *L'idéal et le materiel*. Paris: Fayard, 1984, p. 112.

garantias mínimas asseguradas no interior do território do Estado-Nação<sup>72</sup>.

A ser isto verdade - e acho que é -, isto explica porque a pátria é chamada de *terra mãe* e também o motivo pelo qual o livro *O estrangeiro*, de Albert Camus, começa com a morte da mãe do *estrangeiro*<sup>73</sup>.

Por sua vez, a psicóloga e especialista no tema, Paula Rebello afirma que:

O migrante é aquele que, ao se deslocar espacialmente, encontra-se num espaço contraditório de provisoriedade subjetiva, onde há o desejo de retorno e de permanência real e efetiva, no qual existe a necessidade de prolongar sua estada, surgindo um contexto sociocultural específico.

A mesma autora ainda assinala:

A identidade do migrante estaria ligada a essa temporalidade, permitindo um sentimento de familiaridade interligando passado, presente e futuro. A sensação de provisoriedade funcionaria como uma 'âncora' que lhe permitiria sobreviver longe (especialmente) de sua história, de suas crenças, valores, costumes, enfim, de tudo aquilo que lhe era conhecido, familiar, mas que agora está afastado. Pensar na possibilidade, mesmo que remota, de seu retorno lhe permitiria assegurar-se como indivíduo numa sociedade estranha<sup>74</sup>.

O número de estrangeiros presos aumenta a cada ano, e uma das causas disso é o grande crescimento das migrações internacionais<sup>75</sup>. Portanto, antes de inciar o estudo do conceito de migrante, é necessário abordar o

<sup>72</sup> Migração e desterritorialização in Cruzando fronteiras – um panorama dos estudos migratórios (org.) Hélio Póvoa Neto e Ademir Pacelli Ferreira, Revan, Rio de Janeiro, 2005, p. 36-37. Haesbaert adverte que é importante ter em conta o que se deve entender por 'migrante', pois observa acertadamente que há um somatório das mais diversas condições sociais e identidades étnico-culturais; desse modo, para ele, para definir o migrante como indivíduo desterritorializado é necessário de pronto que se averigue em qual modelo de processo migratório se encontra. Por isso mesmo, observa que é diametralmente distinto falar de uma desterritorialização em relação a um migrante nigeriano pobre atravessando o Mediterrâneo numa embarcação precária e a de um grande executivo de empresa transnacional que migra dos Estados Unidos para o Japão, "mantendo sua mobilidade quase cotidiana pela primeira classe das grandes companhias aéreas mundiais" p. 38.

<sup>73</sup> CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, tradução de Valerie Rumjanek, 29ª ed., Editora Record, Rio de Janeiro, 2008, p. 7.

<sup>74</sup> REBELLO, Paula. O migrante, seu drama psíquico e a percepção das diferenças. In: PÓVOA NETO Helion; FERREIRA, Ademir Pacelli. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares*: um panorama dos estudos migratórios, cit. p. 163.

<sup>75</sup> A socióloga portuguesa Maria Beatriz Rocha-Trindade conceitua emigração como: "a saída de alguém com ausência suposta de duração significativa, do país que é seu por nacionalidade e por vivência no território que politicamente lhe é adstrito. A emigração assume formas e características diversas, espaciais ou temporal, em função de variáveis políticas, econômicas e sociais. Emigrar significa, portanto, deixar a pátria ou a terra própria para se refugiar, trabalhar temporariamente ou estabelecer residência em um lugar estranho". (ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz. *Sociologia das migrações*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997, p. 37).

fenômeno das migrações e verificar como elas ocorreram ao longo do tempo. É inegável que as migrações são tão antigas quanto a própria humanidade.

Na Bíblia, referência a elas é encontrada no Gênesis, primeiro Livro do Antigo Testamento, a respeito de Adão e Eva: “O Senhor Deus, pois, o lançou fora do jardim do Éden, para lavrar a terra de que fora tomado”<sup>76</sup>. Naquele momento, começaram os deslocamentos do ser humano pelo planeta. Como se vê, pela teoria do criacionismo, na Bíblia, a migração surge como uma maldição.

Por outro lado, sob o enfoque científico, o geneticista e professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Sérgio Danilo Penna, afirma que “o homem anatomicamente moderno, *Homo sapiens sapiens*, é uma espécie muito jovem na terra. Três linhas de evidência genética sugerem sua origem única e recente, há cerca de 150 mil anos, na África.”<sup>77</sup>.

Desse modo, seja pela narrativa bíblica, seja por estudos científicos, sabe-se que o deslocamento humano sempre ocorreu. É importante recordar que o homem, originariamente, era nômade, e foi somente na Era Neolítica que se estabeleceu em lugares fixos, passando a domesticar animais e a plantar. Contudo, isto não interrompeu seu processo migratório.

De pronto, é importante recordar que *migrações* são deslocamentos espaciais realizados por seres humanos (e animais); que *emigração* é a saída de um país para ir viver em outro e *imigração* é o movimento de entrada em um país com intenção de nele permanecer definitiva ou temporariamente.

---

<sup>76</sup> BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*, 3:23. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1982, p. 6. Outra passagem sobre migrações é encontrada no mesmo Livro, no capítulo que narra a história da Torre de Babel: “Toda a terra tinha uma só língua, e servia-se das mesmas palavras. 2. Alguns homens, partindo para o oriente, encontraram na terra de Sennar uma planície onde se estabeleceram. 3. E disseram uns aos outros: ‘vamos, façamos tijolos e cozamo-los no fogo’ 4. Depois disseram: vamos, façamos para nós uma cidade e uma torre cujo cimo atinja os céus. Tornemos assim célebre o nosso nome, para que sejamos dispersos pela face de toda a terra. Mas o Senhor desceu para ver a cidade e a torre que construíram os filhos dos homens. 6. Eis que são um só povo, disse ele, e falam uma só língua: se começam assim, nada futuramente os impedirá de executarem todos os seus empreendimentos. 7. Vamos: desçamos para lhes confundir a linguagem, de sorte que já não se compreendam um ao outro. 8. Foi dali que o Senhor os dispersou daquele lugar pela face de toda a terra, e cessaram a construção da cidade. 9. Por isso deram-lhe o nome de Babel, porque ali o Senhor confundiu a linguagem de todos os habitantes da terra, e dali os dispersou sobre a face de toda a terra. (Genesis, 11).

<sup>77</sup> PENNA, Sérgio Danilo Junho. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. In: História, Ciência, Saúde-Manguinhos [online]. Rio de Janeiro, v.12, nº 2, agosto de 2005, p. 321-346. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702005000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000200006), Acesso em 12.06.2017, às 16:07 hs.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem um glossário sobre os termos relacionados à migração e suas circunstâncias e a *Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares*, aprovada pela ONU em 18 de dezembro de 1990, também explica o significado de alguns vocábulos.

Várias são as causas determinantes das migrações. Elas são provocadas pelo espírito de aventura, pela vontade de descobrir e conhecer outras terras, novas culturas, novos costumes, pelo desejo de aprender novas línguas, mas sempre, ou quase sempre, há nelas a busca de melhorar as condições de vida. A própria ONU apresenta algumas razões para a grande ocorrência de migração:

A pobreza e a impossibilidade de ganhar ou produzir o suficiente para garantir a própria subsistência, ou a da família, são as principais razões da migração de trabalhadores. Estes factores não são específicos da migração dos países pobres para os países ricos; a pobreza também está na origem dos movimentos migratórios de países em desenvolvimento para aqueles onde as perspectivas de trabalho parecem ser melhores – pelo menos à distancia.

Existem outras razões pelas quais se vai para o estrangeiro à procura de trabalho. A guerra, os conflitos internos, a insegurança ou a perseguição derivadas da discriminação por motivos de raça, origem étnica, cor, religião, língua ou opiniões políticas, são factores que contribuem para o fluxo migratório de trabalhadores<sup>78</sup>.

Rosalyn Higgins, que presidiu a Corte Internacional de Justiça (2002-2009) afirmou que o espírito de aventura e o desejo de viajar sempre existiram desde os primórdios da humanidade. Disse que os homens sempre desejaram descobrir outros territórios e serem capazes de retornar a suas casas<sup>79</sup>.

Um relatório publicado em 1998 pela Divisão de População da ONU sobre políticas migratórias internacionais examinou o fenômeno das migrações:

A prática de deixar a terra natal à procura de melhores oportunidades econômicas e um mais elevado nível de vida tem sido parte da cena da migração internacional desde há séculos [...] Na verdade, o primeiro homem era um caçador e um coletor que perambulava de lugar a lugar à busca de comidas: o homem continua a migrar a fim de melhorar a sua sorte na vida<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 24. Tradução Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Lisboa, 2002, p. 4. Disponível em: [csem.org.br/docs/convencao\\_port.doc](http://csem.org.br/docs/convencao_port.doc). Acesso em 12.06.2017, às 13:00hs.

<sup>79</sup> *Apud* DELGADO HINOSTROZA, Pedro Pablo. *Apatridas, refugiados y migrantes – El derecho a la libre circulación*, Fondo de cultura económica, Lima: 2013, p. 28.

<sup>80</sup> *Apud* VAINER, Carlos. Reflexões sobre o poder de mobilizar e imobilizar na contemporaneidade. In: POVOA NETO, Helion; PACELLI, Ademir. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 257.

Não são essas, porém, as únicas motivações que levam o ser humano a deixar sua terra; há outras, como motivações políticas, religiosas, guerras<sup>81</sup> e, até mesmo, fenômenos da natureza, tais como vulcões, baixas temperaturas, geadas, *tsunamis*<sup>82</sup>.

Como antes afirmado, os movimentos migratórios são tão antigos quanto o próprio homem. Contudo, sob a perspectiva do continente americano, limitei meu objeto de pesquisa ao período mais recente, no qual os demógrafos vêem, nos últimos três séculos, três fases distintas de migração: a primeira do século XIX até a Segunda Guerra Mundial; a segunda de 1945 até o início da década de 1970; e a terceira que se iniciou a partir dessa década e ainda não terminou.

Na primeira fase, chegaram grandes contingentes de europeus à América, em especial italianos na Argentina, no Brasil e nos EUA; de espanhóis na Argentina e no Brasil; de portugueses no Brasil, nos EUA, na Venezuela e no Canadá; de alemães na Argentina, no Brasil, nos EUA e no Canadá. Muitos desses deslocamentos ocorreram não apenas em razão de crises econômicas que o continente europeu enfrentou, mas, em decorrência de perseguições políticas e religiosas.

Sobre esses fluxos, Odair da Cruz Paiva e Soraya Moura estimam que, entre 1820 e 1914, tenham chegado no continente americano

---

<sup>81</sup> Conforme o relatório *Tendências Globais*, elaborado pela Agência de Refugiados das Nações Unidas – ACNUR -, nas últimas duas décadas, a população global de refugiados cresceu substancialmente, passando de 33,9 milhões em 1997 para 65,6 milhões em 2016. Disponível em: [http://www.unhcr.org/globaltrends2016/#\\_ga=2.154845243.282977729.1502642006-1279122425.1502642006](http://www.unhcr.org/globaltrends2016/#_ga=2.154845243.282977729.1502642006-1279122425.1502642006). Acesso em 13.08.2017, às 13:37 hs.

<sup>82</sup> Segundo a ONU: “O aumento nos níveis do mar afectará directamente as populações residentes em áreas costeiras. Existem previsões que sugerem que 145 milhões de pessoas estão actualmente em perigo devido à subida dos níveis em um metro, três quartos dos quais vivem no Leste e no sul da Ásia. Em alguns casos, as subidas implicarão a deslocação de comunidades inteiras para outros locais. O governo das Maldivas, por exemplo, está a considerar comprar terra a outros países como refúgio, dada a possibilidade de seu arquipélago submergir”. (ONU, *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 45.) Os que deixam suas casas por estes motivos são chamados de refugiados ambientais. Hoje há preocupação especialmente com a elevação constante do nível dos oceanos. Com o terremoto e o *tsunami* ocorridos em março de 2011 no Japão, surgiu a expressão “refugiados nucleares” por causa do perigo de contágio radioativo. Certamente melhor seria dizer migrantes ambientais ou nucleares porque o termo refugiado se usa quando há perseguição política, religiosa ou de outra ordem. É isto que ensina o Professor Aziz Tufic Saliba e Mariana Ferolla Vallandro do Valle no artigo A proteção internacional dos migrantes ambientais in Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 213, jan./mar., 2017, p. 13-37.

aproximadamente 50 milhões de pessoas<sup>83</sup>. Por sua vez, Lucia Lippi Oliveira informa que, no período entre 1880 e 1915, aproximadamente 31 milhões de imigrantes ingressaram no continente americano e o principal destino desses migrantes foram os EUA (21,4 milhões, isto é, 70%). Em seguida foi a Argentina a receber o maior número de estrangeiros (4,2 milhões), seguido do Brasil (2,9 milhões) e do Canadá (2,5 milhões)<sup>84</sup>.

De outro lado, é importante registrar que, nesse mesmo período, os países que apresentavam os maiores índices de emigrantes foram, segundo a autora citada, a Inglaterra e Irlanda com 10,4 milhões; a Alemanha, com 2,2 milhões; os países escandinavos, com 1,5 milhão; e a Itália, com 7,7 milhões<sup>85</sup>.

A ONU informa que:

No pico do domínio ibérico das Américas, mais de meio milhão de espanhóis e de portugueses, e cerca de 700.000 britânicos foram para as colônias no continente americano.<sup>86</sup>

No caso específico do Brasil, embora os dados não sejam precisos, o IBGE aponta que entre 1884 e 1939 tenham chegado ao País 4.158.717 estrangeiros, predominando os italianos, 1.412.263, (33,96%); os portugueses, 1.204.394, (28,96%); os espanhóis, 581.718, (13,99); os japoneses, 185.799, (4,47); os sírios, 98.962 (2,38%) e 504.936 (12,14%), oriundos de outros países<sup>87</sup>.

A quase totalidade desses imigrantes veio para trabalhar na agricultura, especialmente no sul do país e no Estado de São Paulo. Posteriormente, foram se mudando do campo para as cidades, principalmente para trabalhar nas indústrias que surgiam e no comércio.

Antes de prosseguir, é preciso fazer um registro: em período anterior a essa fase, foram trazidos como escravos para a América 15 milhões de negros africanos. A esse respeito, no relatório publicado e elaborado pela Divisão de População da ONU sobre políticas migratórias internacionais, publicado em 1998, afirma-se:

---

<sup>83</sup> CRUZ, Odair; MOURA, Soraya. *Hospedaria de imigrantes de São Paulo*. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 13.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2ª ed., 2002, p. 22.

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, cit. p. 22.

<sup>86</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humano*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2009, p. 29.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, cit., p. 23.

O real começo de uma verdadeira migração internacional pode ser buscado no tráfico de escravos, quando nos anos 1440 marinheiros europeus escravizaram alguns africanos e trouxeram-nos para a Europa para usarem nos seus domicílios. Os séculos seguintes testemunharam cerca de 15 milhões de africanos serem arrancados de suas terras natais ou serem embarcados para o Brasil, Caribe e América do Norte. Na verdade (agora vem a 'verdadeira verdade'), o tráfico dos escravos foi uma das maiores migrações laborais da nossa história<sup>88</sup>.

Sobre isso, a ONU, em 2009, registrou que “Através do uso brutal da força, 11-12 milhões de africanos foram enviados como escravos e atravessaram o Atlântico entre o século XV e o final do século XIX”<sup>89</sup>.

Para a América do Sul também vieram enormes fluxos de imigrantes do Oriente Médio, principalmente libaneses<sup>90</sup>, que se estabeleceram predominantemente no Brasil e na Argentina. Da mesma forma vieram muitos japoneses, chineses e posteriormente coreanos. Segundo anotado pela ONU, “Entre 1842 e 1900, cerca de 2,3 milhões de chineses e 1,3 milhões de indianos viajaram como trabalhadores por conta própria para o sudeste Asiático, África e América do Norte”<sup>91</sup>.

Na segunda fase das migrações, isto é, a partir do fim da Segunda Guerra até o início da década de 1970, diminuiu consideravelmente o ingresso de imigrantes europeus na América. Os movimentos migratórios continuaram ocorrendo em grande número em outros continentes. Muitos fluxos migratórios ocorreram por fatores políticos diversos, como o surgimento de novos países (Índia, muitas ex-colônias africanas, Israel). Por sua vez, a reconstrução do continente europeu depois da Segunda Guerra e a execução do Plano Marshall levou esse continente a receber um grande número de imigrantes. Nesse período, segundo informa Nelson Bacic Olic, a Europa recebeu mais de 13

<sup>88</sup> Apud VAINER, Carlos. Reflexões sobre o poder de mobilizar e imobilizar na contemporaneidade. In: POVOA NETO. Helion; PACELLI, Ademir Pacelli. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 258.

<sup>89</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 29.

<sup>90</sup> A imigração libanesa no Brasil iniciou-se na segunda metade do século XIX, impulsionada pelas dificuldades sofridas pelo Líbano. Segundo a Embaixada do Líbano no Brasil, os libaneses constituem um grupo entre a grande imigração dos árabes no Brasil, que se deu em quatro fases: de 1850 a 1900, quando tem início o processo imigratório destinado a várias regiões do país; de 1900 a 1918, quando florescem as colônias árabes no Brasil; e de 1918 a 1950, período no qual os libaneses se fixam na região Sul do país em decorrência do crescimento econômico. Ressalta-se que a imigração libanesa no Brasil oficialmente começou em 1880, quatro anos após o Imperador Dom Pedro II ter visitado o Líbano. Imigração Libanesa no Brasil. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/imigracao-libanesa-no-brasil/>. Acesso em 13.08.2017, às 13:50 hs.

<sup>91</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 29.



milhões de imigrantes, destacando-se a Alemanha Ocidental, a França, a Grã-Bretanha, a Bélgica, a Suíça e a Holanda como países receptores de estrangeiros<sup>92</sup>.

Na terceira fase, vale dizer, desde a década de 1970, predominou a migração irregular, principalmente para os países europeus e para os EUA. É nessa terceira fase, nesses países, que se começa a dificultar a entrada de imigrantes, especialmente de latino-americanos e africanos. Mas as dificuldades criadas para estancar o ingresso de imigrantes não conseguiu deter os deslocamentos migratórios. Pode ser que tenha até reduzido a imigração legal, mas certamente também foi responsável pelo aumento da imigração clandestina.

O que se constata é que nas últimas décadas as migrações vêm aumentando significativamente. Segundo estimativas da ONU, em 1960, o número de imigrantes no planeta era de 76 milhões, e em 2000 passou para 175 milhões. Em outubro de 2009, a ONU divulgou um relatório no qual informa que há pelo menos 214 milhões de pessoas vivendo fora de seus países de origem, o que corresponde a 3% da população mundial.

Ademais, atualmente as migrações são cada vez mais complexas. Segundo as informações divulgadas pela Divisão de População das Nações Unidas da ONU, os EUA é o país que mais recebe migrantes do mundo todo. Mais de 3 milhões de pessoas chegaram no país norte-americano, nos últimos cinco anos. A maior parte (781 mil) do México. Dos países da América Central – como El Salvador, Guatemala, Cuba, República Dominicana e Porto Rico – migraram mais de 100 mil pessoas. No entanto, a China e a Índia superaram os 300 mil de migrantes nos Estados Unidos. Há 212 mil migrantes provenientes de Filipinas e 174 mil do Vietnã<sup>93</sup>.

A dinâmica interna na África chama a atenção, haja vista que há um intenso fluxo no interior do continente. Sudão, República Centro-Africana, Somália, Egito, Zimbábwe, Mali e Algéria são os países africanos com elevado

---

<sup>92</sup> OLIC, Nelson Bacic. Fluxos migratórios contemporâneos. In: *Revista Pangea: quinzenário de política, economia e cultura*. Disponível em [http://www.clubemundo.com.br/pages/revistapangea/show\\_news.asp?n=132&ed=4](http://www.clubemundo.com.br/pages/revistapangea/show_news.asp?n=132&ed=4). Acesso em 12.06.2017, às 18:15 hs.

<sup>93</sup> GAZETA DO POVO. INTERNACIONAL. Mapa mostra caminhos da migração no mundo todo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/mapa-mostra-caminhos-da-migracao-no-mundo-todo-confira-e3vg0z3krooiqot30jstbsu2l>>. Acesso em: 12.06.2017, às 18:23 hs.

número de pessoas que abandonaram suas pátrias, somando 2,3 milhões de pessoas. A África do Sul, o Sudão do Sul, Nigéria, Etiópia, Uganda e Quênia receberam 1,8 milhão de imigrantes a mais do que mandaram pessoas para fora<sup>94</sup>.

A grande importância das migrações internacionais pode ser demonstrada, por exemplo, pela constatação registrada no Plano Regional de Resposta aos Refugiados e Migrantes das Nações Unidas de 2017, que aponta que em 2016, mais de 347 mil refugiados e migrantes que chegaram à Europa e um milhão de refugiados e migrantes se aventuraram a entrar pelo Mar Mediterrâneo. Em 2016, 4.690 refugiados e migrantes morreram nessa travessia ou foram declarados desaparecidos, 25% a mais do que em 2015. O aumento de chegadas à Itália e à Espanha aconteceu constantemente durante todo o ano de 2016, com um total de 170.973 e 4.971, respectivamente.

Cotidianamente, os jornais noticiam tentativas de chegada de imigrantes à Europa, naufrágios, mortes e resgates de sobreviventes numa rotina de desolação e desesperança.

Não é sem razão, pois, a importância que a ONU tem dado a esse fenômeno. Isso a levou a criar, em 2006, um *Fórum Mundial sobre Emigrações* e alertar sobre a necessidade de os países de origem e os receptores, participarem da criação de mecanismos para amenizar os efeitos negativos dos movimentos migratórios<sup>95</sup>.

Certamente, os movimentos migratórios estão longe de acabar; a própria ONU informa que eles crescerão muito nas próximas décadas. A Organização Internacional para Migrações, sediada em Genebra, também afirma que, em 2015, o número de migrantes internacionais em todo mundo foi o mais alto já registrado, atingido 244 milhões. E, de forma especial, esses fluxos de imigração de países no hemisfério aumentou, pois, 90,2 milhões de migrantes internacionais originários de países em desenvolvimento residiam em outros

---

<sup>94</sup> GAZETA DO POVO. INTERNACIONAL. Mapa mostra caminhos da migração no mundo todo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/mapa-mostra-caminhos-da-migracao-no-mundo-todo-confira-e3vg0z3krooiqot30jstbsu2l>>. Acesso em: 12.06.2017, às 18:23 hs.

<sup>95</sup> HAYA, Sheikha. Opening and Closing *Statements by the president of the 61st session of the General Assembly before the High-Level Dialogue on Internacional Migration and Development*. Disponível em <http://www.un.org/migration/gapres-speech.html#opening>, Acesso em 12.06.2017, às 18:18 hs.

países em desenvolvimento, enquanto 85,3 milhões nascido no Sul estão residindo em países do Norte.<sup>96</sup>

A ONU observa que “Todos os anos, mais de cinco milhões de pessoas atravessam fronteiras internacionais para viverem num país desenvolvido”<sup>97</sup>.

Segundo o documento da ONU:

Os dados mostram também fluxos temporários de pessoas muito grandes. Nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), os migrantes temporários representam normalmente mais de um terço das chegadas num determinado ano. Todavia, uma vez que a maioria parte após um curto período de tempo, enquanto outros transitam para soluções mais permanentes, o número de pessoas com vistos temporários em qualquer dado momento é bastante menor do que os fluxos em agregado sugerem. De facto, 83% da população dos países da OCDE, nascida no estrangeiro, permaneceu lá pelo menos cinco anos. Quase todos os migrantes temporários chegam por razões relacionadas com o trabalho. Alguns entram em situações “circulares”, em que repetidamente entram e deixam o país de destino para se dedicarem a trabalho sazonal ou temporário, mantendo efectivamente dois locais de residência.<sup>98</sup>

Nos EUA, como apontado pela Organização Internacional para Imigração, 37.547.789 pessoas nascidas no estrangeiro são residentes legais, representando 12,5% da população do país. Aproximadamente 53% dos estrangeiros nos EUA são provenientes da América Latina, 25% da Ásia, 14% da Europa e 8% de outras regiões do mundo<sup>99</sup>.

Na Europa, o contingente de imigrantes também é alto. Vejam-se alguns casos: na Espanha, 12,69% dos habitantes são estrangeiros; na Alemanha, são 14,88%; na França, são 12,09%; no Reino Unido, são 13,20%; na Itália, são 9,68% e em Luxemburgo, mesmo sendo um país com população bem menor que os anteriores, 43,96% da população é estrangeira<sup>100</sup>.

A respeito do aumento de imigrantes nos países ricos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou, em 2014, um relatório no qual adverte que o aumento de movimentos migratórios em grande parte pela busca de

<sup>96</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS IMIGRAÇÕES. *Ficha De Tendências Das Migrações Globais*. Disponível em <http://gmdac.iom.int/global-migration-trends-factsheet>, acesso em 13.06.2017, às 18:36 hs.

<sup>97</sup> ONU, *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 9.

<sup>98</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 26.

<sup>99</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA IMIGRAÇÃO. Estados Unidos da América. Disponível em: <<https://www.iom.int/countries/united-states-america>>. Acesso em 14.06.17, às 18:44 hs.

<sup>100</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA IMIGRAÇÃO. Fluxo de Migração Global. Disponível em: <https://www.iom.int/world-migration>. Acesso em 13.06.2017, às 18:23 hs.

trabalho são alguns dos motivos que aumentam os casos de exploração de trabalho<sup>101</sup>.

Na Europa, o crescimento populacional e a população economicamente ativa vêm diminuindo continuamente. Isto só será revertido graças à chegada de imigrantes,<sup>102</sup> pois, segundo a União Europeia, há necessidade de receber imigrantes para atender à demanda por trabalhos especializados e não especializados<sup>103</sup>. Por sua vez, a ONU<sup>104</sup> também adverte que, em 2050, a Espanha será o país com a população mais envelhecida do mundo e que terá de receber 12 milhões de imigrantes ou o equivalente a 240 mil pessoas por ano para poder manter seu equilíbrio demográfico. É a ONU que adverte:

A previsão é que a população mundial cresça um terço nas próximas quatro décadas, o que ocorrerá principalmente nos países em desenvolvimento. Em cada cinco países – incluindo a Alemanha, o Japão, a República da Coreia e a Federação Russa – as populações deverão diminuir, enquanto um em cada seis países – todos eles em desenvolvimento e todos, à exceção de três, situados na África – verão as suas populações crescer para mais do dobro nos próximos 40 anos. Não fosse a migração, a população dos países desenvolvidos atingiriam o seu pico em 2020 e diminuiriam em 7% nas três décadas seguintes. A tendência que se evidenciou no meio do século passado – a queda do número de pessoas a viver na Europa e o aumento em África – deverá provavelmente continuar.<sup>105</sup>

O envelhecimento da população é um fenômeno generalizado. Em 2050, o mundo e todos os continentes, à exceção da África, deverão ter mais pessoas idosas (pelo menos 60 anos) do que crianças (abaixo dos 15 anos). Esta é uma consequência natural da diminuição das taxas de mortalidade e do declínio, de alguma forma mais lento, nas taxas de natalidade que tem ocorrido na maioria dos países em desenvolvimento – um fenômeno bem conhecido como “transição demográfica”.<sup>106</sup>

<sup>101</sup> OIT. Compartilhando Responsabilidades na Promoção da Justiça. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Guia-Online.pdf>, Acesso em: 13.08.2017, às 14:14 hs.

<sup>102</sup> GAZETA DO POVO. NOTÍCIAS. Fechado a refugiados, país europeu com taxa de natalidade em declínio carece de mão-de-obra. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/fechado-a-refugiados-pais-europeu-com-taxa-de-natalidade-em-declinio-carece-de-mao-de-obra-2w9kxzkq94zg32hc0tagbe1w8>. Acesso em 15.06.2017, às 17:26 hs.

<sup>103</sup> O GLOBO. Europa precisa de mais equilíbrio e imigração de mão-de-obra capacitada, diz FMI. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/europa-precisa-de-mais-equilibrio-imigracao-de-mao-de-obra-capacitada-diz-fmi-2923018>. Acesso em 13.08.2017, às 14:21 hs.

<sup>104</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Replacement Migration: Is it a Solution to Declining and Ageing Populations?* Nova York: ONU, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2000. Disponível em <http://www.un.org/esa/population/publications/RepIMigED/migration.htm>, Acesso em 13.06.2017, às 19:00 hs.

<sup>105</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 43

<sup>106</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 43.

A respeito do tratamento que os imigrantes recebem, é oportuna a observação feita por Marcelo Barros e transcrita por Meihy e Bellino:

Mesmo não amados e indesejados pelas populações dos países ricos, os migrantes são, acima de tudo, necessários. Geram muitas riquezas para os seus países de origem, mas também para a pátria que os acolhe. Segundo cifras norte-americanas, no ano 2003, os emigrantes latino-americanos nos Estados Unidos remeteram para seus países de origem mais de 30 bilhões de dólares. Para nós, isso é muito. Para os Estados Unidos, representa apenas 6,6% da riqueza que estes migrantes produziram para seus patrões. Estes norte-americanos que continuam a olhar os migrantes com maus olhos ganharam com a exploração do trabalho destes estrangeiros pobres a soma de 450 bilhões de dólares em um ano. Este montante representa o 3º PIB das Américas, inferior apenas ao do Brasil e México e deixando de lado, é claro, as economias do Canadá e dos Estados Unidos. No âmbito da microeconomia familiar, a média do que cada família latino-americana recebe de membros que estão nos Estados Unidos chega a 200 dólares por mês. Por isso, é difícil convencer um brasileiro pobre, formado na escola das telenovelas e ganhando o salário de 260 reais, que a esperança de sua vida não está em migrar para os Estados Unidos ou para algum país da Europa. Pelos dólares a mais que podem ganhar, aceita acordar cada dia com medo de serem deportados ou presos, não se incomodam de saber que, muitas vezes, sofrerão humilhações e serão tratados como se pertencessem a uma subumanidade e não tivessem os mesmos sentimentos e necessidades de qualquer ser humano.<sup>107</sup>

Se há emigração de brasileiros também há imigrantes aqui. E a cada dia aumenta mais o número de estrangeiros que vêm morar no Brasil. O ingresso e permanência de estrangeiros no Brasil é um assunto interministerial, mas está sob a responsabilidade, basicamente, de três ministérios: Ministério da Justiça, das Relações Exteriores e do Trabalho e Emprego.

Embora também não haja dados precisos, consta que em 1980 o número de estrangeiros que vivia no Brasil era de 912 mil; em 1991 esse número passou a ser de 767.781, ou 0,52% da população, e, no ano 2000, era de 651.226, ou 0,36% do total da população.

No Brasil, segundo dados da Polícia Federal, o número de imigrantes aumentou 160% em dez anos, sendo que 117.745 estrangeiros deram entrada no país em 2015 – um aumento de 2,6 vezes em relação a 2006 (45.124). Em 2015, os haitianos eram os migrantes que mais chegavam ao país: 14.535

---

<sup>107</sup> BARROS, Marcelo. *Apud* MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo. *O Estado dos emigrantes*, cit., p. 90-91.

haitianos foram registrados em solo brasileiro. Os bolivianos mantiveram o segundo lugar, sendo que 8.407 foram registrados no Brasil.<sup>108</sup>

Em 2015, foram registrados no Brasil 1.847.274 imigrantes regulares, segundo estatísticas da Polícia Federal atualizadas em março de 2015. Conforme a classificação adotada pela instituição, esse total engloba 1.189.947 “permanentes”; 595.800 “temporários”; 45.404 “provisórios”; 11.230 “fronteiriços”; 4.842 “refugiados”; e 51 “asilados”.

Aqui, como ocorre em outras partes do mundo, também é grande o número de imigrantes irregulares, sendo que a maioria vem da própria América do Sul, da África e da Ásia. O maior contingente de imigrantes provinha da Bolívia, da Argentina, do Paraguai, do Chile e do Peru, o que corresponde a 40% do total de imigrantes, mas atualmente o maior número é o de haitianos. Segundo o Serviço Pastoral dos Migrantes há aproximadamente 660 mil imigrantes irregulares no Brasil<sup>109</sup>.

O Departamento de Migrações (DEMIG) substituirá o Departamento de Estrangeiros (DEEST) em razão da nova Lei de Migração e, assim, integrará a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, órgão competente por processar, opinar e encaminhar os assuntos referentes à nacionalidade, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros e medidas compulsórias.

O Brasil, no governo do Presidente Lula, ao contrário de muitos países, foi bastante liberal e pode-se dizer até humanista em relação à questão da migração. O então Presidente Lula concedeu anistia aos estrangeiros que se encontravam em situação irregular. Assim, por exemplo, em 2 de julho de 2009, ele sancionou o projeto de lei nº 1664, que permitia a regularização dos estrangeiros que se encontrassem em situação ilegal. O referido texto permitia ao estrangeiro que tinha ingressado no país até 1º de fevereiro de 2009 requerer residência provisória por dois anos, permitindo que até em noventa dias antes do fim desse prazo seja solicitada a residência permanente. Em pronunciamento realizado por ocasião da sanção, o então presidente disse que

---

<sup>108</sup> GAZETA DO POVO. INTERNACIONAL. *Mapa mostra caminhos da migração no mundo todo*. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/mapa-mostra-caminhos-da-migracao-no-mundo-todo-confira-e3vg0z3krooiqot30jstbsu2l>>. Acesso em 12.06.2017, às 18:23 hs.

<sup>109</sup> ESTADÃO. NOTÍCIAS. Brasil tem 600 mil imigrantes ilegais, diz entidade. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-600-mil-imigrantes-ilegais-diz-entidade,146668>, Acesso em 15.06.17, às 17:54 hs.

o Brasil dava um exemplo ao mundo de como devem ser tratados os imigrantes.

O atual presidente da República, Michel Temer, vetou o art. 118 da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), referente à anistia para imigrantes que entraram no Brasil até 6 de julho de 2016 e que tivessem feito o pedido até um ano após o início de vigência da referida lei, pouco importando sua situação migratória anterior. Nas razões do veto verifica-se que teve por base o argumento de que a anistia concedida indiscriminadamente a todos os imigrantes suprimia o poder do Brasil de determinar como se fará o acolhimento dos estrangeiros no país<sup>110</sup>.

Apesar das boas atitudes políticas, muitos imigrantes no Brasil sofrem muitas formas de preconceito. Sobre o tema, existe um estudo muito interessante, de autoria de Alain Pascal Kaly, que trata dos problemas vividos por estudantes africanos no Brasil:

Pegam o avião para o Brasil como senegaleses, guineenses, nigerianos, gaboneses, camaroneses, costa-marfineses, sul-africanos, argelinos, marroquinos, egípcios. Mas chegam ao Brasil como africanos. Os estrangeiros europeus, asiáticos e americanos são tratados cada um a partir da sua própria nacionalidade; os da África não. São tratados como africanos, não por nacionalidade, como fazem com os dos outros continentes<sup>111</sup>.

Sobre o número de presos no Brasil, o Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, iniciou a contabilização do número de estrangeiros presos no Brasil em 2009. Registra-se que desde 2009 até 2014 – ano do lançamento do último relatório – o número de estrangeiros presos é superior a três mil. Ademais, ressalta-se que a maior parte dos estrangeiros presos em solo brasileiro é de origem americana, isto é, cinco em cada dez presos estrangeiros. Os países com maior número de presos no Brasil são o Paraguai (com 350 presos), seguido da Nigéria (337) e da Bolívia (323)<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> ESTRANGEIROS NO BRASIL. *Anistia Para Estrangeiros é Negada Pelo Presidente Temer*. Disponível em: <http://www.estrangeirosbrasil.com.br/2017/05/25/anistia-para-estrangeiros-e-negada-pelo-presidente-temer/>. Acesso em 15.06.2017, às 18:02 hs.

<sup>111</sup> KALY, Alain Pascal. *Os estudantes africanos no Brasil e o preconceito Racial*. In: COMISSÃO NACIONAL DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO (CNPD). *Migrações Internacionais: Contribuições para Políticas*. Brasília, 1ª ed., 2001, p. 467. Disponível em <http://www.cnpd.gov.br/public/public.htm>, Acesso em 07.03.2012, às 15:00 hs.

<sup>112</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN, Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 13.08.2017, às 15:24 hs.

Veja-se a seguir quantidade de presos e a proporção de presos estrangeiros por unidade da Federação brasileira:

**Tabela 1 – Quantidade de estrangeiros no sistema prisional em cada Estado da Federação**

UF	Número de Estrangeiros	Proporção de estrangeiros no sistema prisional
AC	8	0,19%
AL	3	0,05%
AM	137	1,74%
AP	1	0,04%
BA	16	0,13%
CE	51	0,24%
DF	25	0,19%
ES	15	0,09%
GO	6	0,04%
MA	2	0,04%
MG	18	0,03%
MS	138	1,03%
MT	17	0,17%
PA	6	0,05%
PB	10	0,10%
PE	19	0,07%
PI	8	0,25%
PR	186	0,99%
RJ	0	0,00%
RN	6	0,08%
RO	36	0,37%
RR	21	1,31%
RS	81	0,29%
SC	37	0,22%
SE	2	0,05%
SP	1776	0,82%
TO	0	0,00%
Brasil	2625	0,45%

Fonte: INFOPEN, 2014<sup>113</sup>

Do exame da tabela verifica-se que os Estados brasileiros com maior concentração de presos estrangeiros são: Amazonas, Mato Grosso do Sul, Paraná e Roraima, certamente em razão de serem Estados fronteiriços e, por isso mesmo, haver intensa comunicação econômica com países sul-americanos e, facilitar o comércio ilegal de mercadorias e o tráfico de drogas. Também se atribuiu esse aumento de presos estrangeiros ao Plano Estratégico de

<sup>113</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN, Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf), Acesso em 13.08.2017, às 15:24 hs.



Fronteiras implantado em 2011, o qual é um plano de segurança nacional de combate de crimes praticados nas fronteiras do país<sup>114</sup>.

Vejamos agora os 10 países com maior número de estrangeiros presos no Brasil em 2014:

**Tabela 2 – Países com maior número de estrangeiros presos no Brasil**

PAÍS	Nº de pessoas nas prisões brasileiras
Nigéria	330
Paraguai	315
Bolívia	312
Peru	244
Colômbia	198
África do Sul	98
Angola	94
Portugal	89
Espanha	83

Fonte: INFOPEN, 2014<sup>115</sup>

Ressalta-se que a única prisão voltada para receber especificamente presos estrangeiros está localizada no município de Itaí, interior do Estado de São Paulo. A unidade tem a capacidade para 1.618 presos. São homens de 86 nacionalidades distintas e de 31 idiomas. A maioria dos sentenciados é da Nigéria, e o tráfico internacional de drogas é o crime pelo qual 70% dos presos foram condenados.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN, Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf), Acesso em 13.08.2017, às 15:24 hs.

<sup>115</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN, Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf), Acesso em 13.08.2017, às 15:24 hs.

<sup>116</sup> G1. NOTÍCIAS. Única prisão para estrangeiros no Brasil reúne 86 nacionalidades e ensina português. Disponível <http://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/unica-prisao->

A nova Lei de Migração (Lei Federal nº 13.445) publicada no dia 25 de maio de 2017 revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980). A novíssima lei possui um caráter humanista, uma vez que se preocupa com a não criminalização da migração e, também, visa garantir o acesso do migrante aos serviços de saúde, educação, emprego e demais garantias assistencialistas<sup>117</sup>.

#### 4.1 O emigrante brasileiro

Como afirmado ao mencionar a primeira fase das migrações, o Brasil sempre foi um país receptor de imigrantes. Entretanto, a partir da década de 1980, chamada de “década perdida”, o Brasil transformou-se em um país de emigrantes. Estima-se que vivam fora do Brasil entre dois a três milhões de brasileiros, predominantemente nos EUA, Paraguai, Japão, França e Espanha, mas há brasileiros vivendo em todos os países e em todos os continentes.

Em 2015, dados do último levantamento realizado pelo Ministério das Relações Exteriores, constataram a presença de 1.410.000 milhão de brasileiros nos EUA, 332.042 mil no Paraguai e, no Japão, 170.229 mil.<sup>118</sup>

Em relatório elaborado pelo Ministério das Relações Exteriores – *Estimativas populacionais das comunidades brasileiras no Mundo - 2015* (números atualizados em 29/11/2016) – registra-se o total de 3.083.255 de brasileiros vivendo no exterior<sup>119</sup>.

Segundo dados do Itamaraty<sup>120</sup>, temos:

---

[para-estrangeiros-no-brasil-reune-86-nacionalidades-e-ensina-portugues.ghtml](#), Acesso em 13.08.2017, às 15:30 hs.

<sup>117</sup> EMDOC. *Nova Lei de Migração*. Disponível em: <<http://emdoc.com/boletim/2017/05/nova-lei-de-migracao?gclid=CjwKEAjw4IjKBRDr6p752cCUm3kSJAC-egRtnTkjipkfVMSEoNxZbSQsAl1F8d1fdzxbwZjGheTA5hoCzY XwwcB>>. Acesso em 15.06.2017, às 17:04 hs.

<sup>118</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Brasileiros no Mundo*. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf> Acesso em 13.08.2017, às 15:41 hs.

<sup>119</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Estimativas populacionais das comunidades*. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf>, Acesso em 13.08.2017, às 15:49 hs.

<sup>120</sup> ITAMARATY. *Estimativas*. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf>, Acesso em 16.08.2017, às 16:20 hs.

Tabela 3 – Distribuição dos emigrantes brasileiros pelo mundo

Continento	País	Total	Nome do Posto	Quantidade estimada total de brasileiros
África 25.387	África do Sul	1.860	Consulado-Geral do Brasil em Cidade do Cabo	360
			Embaixada do Brasil em Pretória	1.500
	Angola	15.000	Embaixada do Brasil em Luanda	15.000
	Argélia	32	Embaixada do Brasil em Argel	32
	Benin	15	Embaixada do Brasil em Cotonu	15
	Botsuana	17	Embaixada do Brasil em Gaborone	17
	Burkina Faso	45	Embaixada do Brasil em Uagadugu	45
	Cabo Verde	62	Embaixada do Brasil em Praia	62
	Camarões	70	Embaixada do Brasil em Iauendê	70
	República Democrática do Congo	240	Embaixada do Brasil em Brazzaville	240
	República do Congo	130	Embaixada do Brasil em Kinshasa	130
	Costa do Marfim	170	Embaixada do Brasil em Abidjã	170
	Egito	376	Embaixada do Brasil em Cairo	376
	Etiópia	26	Embaixada do Brasil em Adis Abeba	26
	Gabão	30	Embaixada do Brasil em Libreville	30
	Gana	200	Embaixada do Brasil em Acra	200
	Guiné	30	Embaixada do Brasil em Conacri	30
	Guiné Equatorial	370	Embaixada do Brasil em Malabo	370
	Guiné-Bissau	569	Embaixada do Brasil em Bissau	569
	Libéria	12	Embaixada do Brasil em Monróvia	12
	Malawi	30	Embaixada do Brasil em Lilongwe	30
	Mali	14	Embaixada do Brasil em Bamako	14
	Marrocos	239	Embaixada do Brasil em Rabat	239
	Mauritânia	4	Embaixada do Brasil em Nouakchott	4
	Moçambique	5.000	Embaixada do Brasil em Maputo	5.000
	Namíbia	170	Embaixada do Brasil em Windhoek	170
	Nigéria	140	Embaixada do Brasil em Abuja	n/d
			Consulado-Geral do Brasil em Lagos	140
	Quênia	150	Embaixada do Brasil em Nairóbi	150
	São Tomé e Príncipe	66	Embaixada do Brasil em São Tomé	66
Senegal	100	Embaixada do Brasil em Dacar	100	
Serra Leoa	0	Embaixada do Brasil em Freetown	0	
Sudão	-	Embaixada do Brasil em Cartum	n/d	
Tanzânia	100	Embaixada do Brasil em Dar Es Salam	100	

	Iogo	30	Embaixada do Brasil em Lomé	30
	Tunísia	72	Embaixada do Brasil em Tunis	72
	Zâmbia	18	Embaixada do Brasil em Lusaca	18
	Zimbábue	0	Embaixada do Brasil em Harare	0
<b>América Central e Caribe</b> 5.046	Bahamas	150	Embaixada do Brasil em Nassau	150
	Barbados	55	Embaixada do Brasil em Bridgetown	55
	Belize	37	Embaixada do Brasil em Belmopan	37
	Costa Rica	800	Embaixada do Brasil em São José	800
	Cuba	700	Embaixada do Brasil em Havana	700
	El Salvador	400	Embaixada do Brasil em São Salvador	400
	Granada	1	Embaixada do Brasil em Saint Georges	1
	Guatemala	400	Embaixada do Brasil em Guatemala	400
	Haiti	350	Embaixada do Brasil em Porto Príncipe	350
	Honduras	280	Embaixada do Brasil em Tegucigalpa	280
	Jamaica	250	Embaixada do Brasil em Kingston	250
	Nicarágua	400	Embaixada do Brasil em Manágua	400
	Panamá	0	Embaixada do Brasil em Panamá	0
	República Dominicana	1.200	Embaixada do Brasil em São Domingos	1.200
	Santa Lucia	10	Embaixada do Brasil em Castries	10
	São Cristóvão e Névis	6	Embaixada do Brasil em Basseterre	6
	São Vicente e Granadinas	7	Embaixada do Brasil em Kingstown	7
Trinidad e Tobago	0	Embaixada do Brasil em Port of Spain	0	
<b>América do Norte</b> 1.467.000	Canadá	43.000	Consulado-Geral do Brasil em Montreal	12.500
			Embaixada do Brasil em Ottawa	1.500
			Consulado-Geral do Brasil em Toronto	20.000
			Consulado-Geral do Brasil em Vancouver	9.000
	Estados Unidos da América	1.410.000	Consulado-Geral do Brasil em Atlanta	100.000
			Consulado-Geral do Brasil em Boston	350.000
			Consulado-Geral do Brasil em Chicago	55.000
			Consulado-Geral do Brasil em Hartford	80.000
			Consulado-Geral do Brasil em Houston	85.000
			Consulado-Geral do Brasil em Los Angeles	105.000
			Consulado-Geral do Brasil em Miami	250.000
			Consulado-Geral do Brasil em Nova York	285.000
			Consulado-Geral do Brasil em São Francisco	60.000

			Consulado-Geral do Brasil em Washington	40.000
	México	14.000	Consulado do Brasil no México	14.000
América do Sul 553.040	Argentina	46.870	Consulado-Geral do Brasil em Buenos Aires	41.300
			Consulado-Geral do Brasil em Córdoba	2.564
			Consulado-Geral do Brasil em Mendoza	1.500
			Consulado do Brasil em Paso de Los Libres	155
			Consulado do Brasil em Puerto Iguazú	1.351
	Bolívia	27.581	Consulado do Brasil em Cobija	4.000
			Consulado Geral do Brasil em Cochabamba	7.000
			Consulado do Brasil em Guayamerín	351
			Embaixada do Brasil em La Paz	2.050
			Consulado do Brasil em Puerto Suárez	480
			Consulado-Geral do Brasil Santa Cruz de La Sierra	13.700
	Chile	12.196	Consulado-Geral do Brasil em Santiago	12.196
	Colômbia	17.000	Embaixada do Brasil em Bogotá	3.000
			Vice-Consulado do Brasil em Leticia	14.000
	Equador	3.000	Embaixada do Brasil em Quito	3.000
	Guiana	15.500	Vice-Consulado do Brasil em Lethem	500
			Embaixada do Brasil em Georgetown	15.000
	Guiana Francesa	40.550	Consulado-Geral do Brasil em Caiena	36.500
			Consulado do Brasil em Saint Georges de L Oyapoque	4.050
	Paraguai	332.042	Consulado-Geral do Brasil em Assunção	45.000
			Consulado-Geral do Brasil em Ciudad Del Este	200.000
			Vice-Consulado do Brasil em Concepción	3.842
			Vice-Consulado do Brasil em Encarnación	30.000
Consulado do Brasil em Pedro Juan Caballero			12.200	
Consulado do Brasil no Salto do Guairá			41.000	
Peru	3.250	Consulado do Brasil em Iquitos	n/d	
		Embaixada do Brasil em Lima	3.250	
Suriname	15.000	Embaixada do Brasil em Paramaribo	15.000	
Uruguai*	11.518	Vice-Consulado do Brasil em Artigas	1.624	
		Consulado do Brasil em Chuí	900	
		Consulado-Geral do Brasil em Montevideu	6.127	
		Vice-Consulado do Brasil em Rio Branco	2.597	
		Consulado-Geral do Brasil em Rivera	270	

	Venezuela	28.533	Consulado-Geral do Brasil em Caracas	13.000
			Consulado do Brasil em Ciudad Guayana	2.300
			Vice-Consulado do Brasil em Puerto Ayacucho	2.233
			Vice-Consulado do Brasil em Santa Elena Uiarén	11.000
Ásia 191.967	Azerbaijão	35	Embaixada do Brasil em Baku	35
	Bangladesh	29	Embaixada do Brasil em Dacca	29
	Cazaquistão	45	Embaixada do Brasil em Astana	45
	China	16.160	Consulado-Geral do Brasil em Cantão	6.500
			Consulado-Geral do Brasil em Hong Kong	760
			Embaixada do Brasil em Pequim	900
			Consulado-Geral do Brasil em Xangai	8.000
	Cingapura	1.000	Embaixada do Brasil em Cingapura	1.000
	Coréia do Norte	0	Embaixada do Brasil em Pyongyang	n/d
	Coréia do Sul	1.300	Embaixada do Brasil em Seul	1.300
	Filipinas	300	Embaixada do Brasil em Manila	300
	Índia	510	Consulado-Geral do Brasil em Mumbai	210
			Embaixada do Brasil em Nova Delhi	300
	Indonésia	400	Embaixada do Brasil em Jacarta	400
	Japão	170.229	Consulado-Geral do Brasil em Hamamatsu	26.025
			Consulado-Geral do Brasil em Nagoia	91.938
			Consulado-Geral do Brasil em Tóquio	52.266
	Malásia	418	Embaixada do Brasil em Kuala Lumpur	418
	Myanmar	21	Embaixada do Brasil em Yangon	21
	Nepal	30	Embaixada do Brasil em Katmandu	30
Paquistão	40	Embaixada do Brasil em Islamabad	40	
Sri Lanka	25	Embaixada do Brasil em Colombo	25	
Tailândia	250	Embaixada do Brasil em Bangkok	250	
Taiwan	931	Escritório Comercial do Brasil em Taipé	931	
Timor Leste	144	Embaixada do Brasil em Dili	144	
Vietnã	100	Embaixada do Brasil em Hanoi	100	
	Albânia	60	Embaixada do Brasil em Tirana	60
	Alemanha	85.272	Embaixada do Brasil em Berlim	31.716
			Consulado-Geral do Brasil em Frankfurt	13.556
			Consulado-Geral do Brasil em Munique	40.000
	Armênia	9	Embaixada do Brasil em Ierevan	9
Áustria	4.950	Embaixada do Brasil em Viena	4.950	

Europa 750.983	Belarus	10	Embaixada do Brasil em Minsk	10
	Bélgica	48.000	Consulado-Geral do Brasil em Bruxelas	48.000
	Bósnia-Herzegovina	25	Embaixada do Brasil em Sarajevo	25
	Bulgária	50	Embaixada do Brasil em Sófia	50
	Chipre	150	Embaixada do Brasil em Nicósia	150
	Croácia	195	Embaixada do Brasil em Zagreb	195
	Dinamarca	3.300	Embaixada do Brasil em Copenhague	3.300
	Eslovênia	152	Embaixada do Brasil em Liubliana	152
	Espanha	86.691	Consulado-Geral do Brasil em Barcelona	37.691
			Consulado-Geral do Brasil em Madri	49.000
	Estônia	50	Embaixada do Brasil em Talin	50
	Finlândia	870	Embaixada do Brasil em Helsinque	870
	França	70.000	Consulado-Geral do Brasil em Paris	70.000
	Geórgia	30	Embaixada do Brasil em Tbilisi	30
	Grécia	3.500	Embaixada do Brasil em Atenas	3.500
	Hungria	789	Embaixada do Brasil em Budapeste	789
	Irlanda	18.000	Embaixada do Brasil em Dublin	18.000
	Itália	72.000	Consulado-Geral do Brasil em Milão	53.000
			Consulado-Geral do Brasil em Roma	19.000
	Noruega	7.588	Embaixada do Brasil em Oslo	7.588
	Países Baixos	21.948	Consulado-Geral do Brasil em Roterdã	21.948
	Polônia	1.500	Embaixada do Brasil em Varsóvia	1.500
	Portugal	116.271	Consulado do Brasil em Faro	19.214
			Consulado-Geral do Brasil em Lisboa	66.000
			Consulado-Geral do Brasil no Porto	31.057
	Reino Unido	120.000	Consulado-Geral do Brasil em Londres	120.000
	República Eslovaca	160	Embaixada do Brasil em Bratislava	160
	República Tcheca	590	Embaixada do Brasil em Praga	590
	Romênia	110	Embaixada do Brasil em Bucareste	110
	Rússia	1.000	Embaixada do Brasil em Moscou	1.000
Sérvia	179	Embaixada do Brasil em Belgrado	179	
Suécia	6.000	Embaixada do Brasil em Estocolmo	6.000	
Suíça	81.000	Consulado Geral do Brasil em Genebra	31.000	
		Consulado-Geral do Brasil em Zurique	50.000	
Turquia	440	Embaixada do Brasil em Ancara	140	
		Consulado-Geral do Brasil em Istambul	300	
Ucrânia	85	Embaixada do Brasil em Kiev	85	
		Embaixada do Brasil em Vaticano Santa Fé	9	
Oceania 47.310	37.310	Embaixada do Brasil em Camberra	12.500	
		Consulado-Geral do Brasil em Sydney	24.810	
	5.000	Embaixada do Brasil em Wellington	5.000	
Oriente Médio/ Ásia 47.522	650	Embaixada do Brasil em Riade	650	
	1.200	Embaixada do Brasil em Doha	1.200	
	10.100	Embaixada do Brasil em Abu Dhabi	10.100	
	130	Embaixada do Brasil em Teerã	130	
	12	Embaixada do Brasil em Bagdá	12	
	12.000	Embaixada do Brasil em Tel Aviv	12.000	
	2.250	Embaixada do Brasil em Amã	2.250	
	300	Embaixada do Brasil em Kuaite	300	
	15.500	Consulado-Geral do Brasil em Beirute	15.500	
	380	Embaixada do Brasil em Mascate	380	
	5.000	Escritório de Representação do Brasil em Ramalá	5.000	
<b>Total</b>	<b>3.083.255</b>		<b>3.083.255</b>	

Fonte: Itamaraty

O país que ocupa o segundo lugar em número de brasileiros é o Paraguai, principalmente por haver na região da fronteira área agrícola grande número de crimes de contrabando e de narcotráfico<sup>121</sup>.

No Japão, a partir da década de 1980, aumentou muito o número de brasileiros. São chamados de *decasséguis*, que significa “trabalhar fora de casa”. Até essa década, a maioria dos brasileiros que para lá partiam tinham elevado grau de qualificação profissional, diferentemente de hoje, quando predominam os trabalhadores braçais e sem maiores qualificações<sup>122</sup>. Interessante notar que quase todos os brasileiros naquele país se encontram em situação regular. Em 2015, eram registrados 170.229 mil brasileiros vivendo em solo japonês<sup>123</sup>.

A emigração de brasileiros apresenta algumas peculiaridades que merecem registro por serem muito relevantes para este trabalho. A maioria dos emigrantes é de jovens sem muita qualificação acadêmica ou profissional. A maioria pertence a classes economicamente mais baixas, não fala o idioma do país onde viverá, vai trabalhar principalmente na construção civil, na agricultura, na faxina, em trabalhos domésticos e na indústria.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> BRAZILIAN INTERNATIONAL PRESS ASSOCIATION. A comunidade brasileira nos Estados Unidos. Disponível em: <http://abiinter.net/brasileiros-no-exterior>, Acesso em 15.06.17, às 18:10 hs.

<sup>122</sup> Cf. SASAKI, Elisa Massae. Brasileiros no Japão. In: PÓVOA NETO, Helion; FERREIRA, Ademir Pacelli. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 101-115.

<sup>123</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Estimativas populacionais das comunidades. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf>, Acesso em 13.08.2017, às 15:49 hs.

<sup>124</sup> Outro problema que surge com frequência quando um brasileiro emigra é de cunho previdenciário. Ao partir, param de contribuir com a previdência social do Brasil e aqueles que retornam não podem computar esse tempo para a aposentadoria nem manter outros benefícios previdenciários no Brasil, mesmo que tenham contribuído para a previdência de outro país. Em virtude disto têm sido feitas propostas de acordos internacionais de previdência bilateral ou até mesmo multilateral, com o objetivo de computar-se o tempo trabalhado nos países que aderirem ao tratado. A esse respeito merece destacar que o Brasil firmou e mantém convênio nesse sentido com alguns países (dez países, incluindo os Estados membros do Mercosul, incluindo, ainda, Cabo Verde, Chile, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo e Portugal), está em fase de negociação com Japão, Alemanha, Coreia do Sul, Reino Unido e Estados Unidos e ainda está buscando fazer o mesmo com outros 21 países integrantes da comunidade ibero-americana. O tema é relevante até mesmo pela transferência internacional de trabalhadores, conforme muito bem explicado por Fernandes de Oliveira, que trata da internacionalização do contrato de trabalho, da discussão sobre qual a lei trabalhista é aplicável para o trabalhador transferido, da transferência do empregado do Brasil para o exterior como do exterior para o Brasil e ainda examina o foro competente para apreciar os litígios concernentes à questão. (Cf. OLIVEIRA, Andrei Fernandes. *Transferência internacional de empregados*. São Paulo: LTr, 2008). Sobre o ponto, é importante recordar



Os brasileiros imigrantes têm muita dificuldade de se integrar nos países onde trabalham. Isso é demonstrado por pesquisas de campo. A esse respeito, o sociólogo mineiro Weber Soares<sup>125</sup>, afirma que 88,8% dos imigrantes brasileiros, ao chegarem aos EUA, não têm conhecimento do idioma inglês. Isso faz verdadeira a frase dita por muitos imigrantes de que ‘no exterior a caneta pesa mais que a marreta’. Isso também é apontado pela pesquisa realizada por Adriana Capuano de Oliveira:

Entre a insatisfação relatada por estes brasileiros com relação aos trabalhos que exercem nos EUA, as mais recorrentes são com tarefas repetitivas, monótonas, sem criatividade, pesadas, relacionadas a serviços braçais, cansativas, desgastantes e que, regra geral, não foram profissões para os quais estes brasileiros estudaram no Brasil. A questão salarial é o grande ponto de satisfação da vida destas pessoas nos EUA e, ao menos a princípio, parece compensar todos os maltratos das ocupações que exercem<sup>126</sup>.

Em relação à emigração de brasileiros para os EUA, Meihy e Bellino apontam algumas características relevantes:

[...] não há um fluxo contínuo ou linear, não há um projeto coletivo de mudanças, as viagens dependem de arranjos pessoais ou com um mínimo de institucionalização, são raríssimos os pedidos oficiais de emigração e mesmo quando existem são poucos os que conseguem sucesso nos consulados e embaixadas, como não se define por que se sai, não há condição de saber para que tipo de trabalho vão, como iniciativa pessoal, muitas vezes se estabelece o que é chamado de ‘puxa-puxa’, ou em termos sociológicos “redes sociais”. Um vai, se estabelece e depois atrai outros e como não há projetos coletivos, faltam instituições que abriguem e amparem os brasileiros nos Estados Unidos. Ainda que surjam grupos espontâneos de apoio, não há grandes causas comuns<sup>127</sup>.

Conforme também observado por Meihy e Bellino, “um aspecto interessante da emigração brasileira para os Estados Unidos é que a mudança de país se dá muitas vezes com pessoas sozinhas, solteiras e em plena capacidade de trabalho”<sup>128</sup>. Isso ocorre, principalmente, porque pessoas com este perfil pretendem poupar o máximo de dinheiro e retornar. Anotam ainda: “Em termos de idade, os emigrantes brasileiros situam-se na faixa dos 18 aos

---

que o preso que cumpre pena no Brasil tem direito a auxílio reclusão, como previsto no texto constitucional (art. 201, IV).

<sup>125</sup> SOARES, Weber. A emigração valadarense à luz dos fundamentos teóricos da análise de redes sociais. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 252.

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Adriana Capuano. *O caminho sem volta: classe social e etnicidade entre os brasileiros na Flórida*. In: PÓVOA NETO. Helion; PACELLI, Ademir Pacelli. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 128-129.

<sup>127</sup> MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo. *O Estado dos emigrantes*, cit., p. 80.

<sup>128</sup> MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo *O Estado dos emigrantes*, cit., p. 79.

35 anos. Há, por incrível que pareça, um número proporcional de mulheres e homens”<sup>129</sup>, também informam que alguns nunca haviam saído de sua região natal nem viajado de avião até então.

A ONU constata que:

A mudança é arriscada, com resultados incertos e com resultados mais específicos a serem determinados por uma série de fatores contextuais. [...] a distância percorrida (geográfica, cultural e social) é também importante. Viajar para um país onde não se fala a língua nativa desvaloriza imediatamente os conhecimentos e qualificações de uma pessoa.<sup>130</sup>

Há inúmeros relatos sobre essas situações encontrados em diferentes livros e trabalhos acadêmicos<sup>131</sup>. A propósito, constata-se que, nos últimos anos, centenas, senão milhares, de brasileiros e de imigrantes de outros países, quase sempre, para não dizer sempre, oriundos de países do Terceiro Mundo, foram impedidos de entrar ou expulsos dos EUA e da Europa<sup>132</sup>.

Dentre as principais razões para trabalhar fora do Brasil estão: “melhorar o padrão financeiro, adquirir casa própria e outros bens tangíveis, poupar para abrir um negócio no Brasil, custear estudos dos filhos, complementar educação no exterior” e em menor grau a busca de aventura, problemas financeiros no Brasil e negócios no exterior<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo. *O Estado dos emigrantes*, cit., p. 79.

<sup>130</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 49.

<sup>131</sup> Há incontáveis artigos, livros e pesquisas que demonstram isso; como exemplo, veja-se: *Canta, América sem fronteiras, Imigrantes latino-americanos no Brasil*, Margherita Bonassi, Edições Loyola, São Paulo: 2000; *Brasileiros longe de casa*, Teresa Sales, Cortez Editora, São Paulo: 1999; *Latino-americanos à procura de um lugar neste século*. Néstor Garcia Canclini, tradução de Sérgio Molina, Iluminuras. São Paulo: 2008; *Exílio. Entre raízes e radares*, Denise Rollemberg, Record, Rio de Janeiro: 1999; *Yes, eu sou brazuca*, José Vitor Bicalho, Governador Valadares, Ibituruna, 1989; *Brasileiros nos Estados Unidos: Um estudo sobre os imigrantes em Massachusetts*. Ana Cristina Braga Martes, São Paulo, Paz e Terra, 2000; *Filhos da imigração: sobre a segunda geração de brasileiros nos EUA*, Gustavo Hamilton Menezes, Dissertação de Mestrado em Antropologia Social, Universidade de Brasília, 2002; *A questão dos mitos: o fenômeno de kassagai através de relatos pessoais*, Charles Tetsuo Chigusa, Mizuhiki, Japão, IPC Produção & Consultoria, 1994; *GoodBye Brazil, emigrantes brasileiros no mundo*, Maxine L. Margolis, Editora Contexto, São Paulo: 2013.

<sup>132</sup> ZH MUNDO. Número de brasileiros barrados na Europa é o maior desde 2012. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/mundo/noticia/2016/09/numero-de-brasileiros-barrados-na-europa-e-o-maior-desde-2012-7379702.html#showNoticia=TVs0QSQyaIMxMTQwMDIxMDAxNzg3MDE1MTY4K2xPMjU2MjMwNTk2NzQyNzkxNTg5OE5SYTE1NzA4MDYwMzI1OTcyNTQxNDRvNER3K0JoJmFiJH4rcWQ+fmC=> Acesso em 13.08.2017, às 15:55 hs.

<sup>133</sup> BRAZILIAN INTERNATIONAL PRESS ASSOCIATION. A comunidade brasileira nos Estados Unidos. Disponível em: <http://abiinter.net/brasileiros-no-externo>, Acesso em 15.06.17, às 18:10 hs.

Como dito, a grande maioria dos emigrantes brasileiros parte com a intenção de retornar a viver aqui. Isto é constatado por diversos estudos e pesquisas existentes. É o que informa, por exemplo, a antropóloga norte-americana, Maxine Margolis: “A maioria dos imigrantes brasileiros vem para os Estados Unidos para trabalhar e pelo menos inicialmente, ganhar o máximo de dinheiro no tempo mais rápido possível para o retorno ao Brasil”<sup>134</sup>. É importante o relato da autora quando informa que “Devido à intenção de estarem aqui hoje e irem embora amanhã e devido aos seus vínculos mantidos com a terra natal, muitos imigrantes brasileiros relutam em investir na construção da comunidade nos EUA”<sup>135</sup>.

A mesma autora diz que “o pouco tempo de lazer que lhes resta é gasto com seus compatriotas. Reuniões informais, festas, visitas a um restaurante ou boate e eventos desportivos normalmente são acontecimentos 100% brasileiros”<sup>136</sup>. A pesquisa de Margolis constata a característica da migração quanto a ser temporária ou definitiva:

Pelo fato de muitos brasileiros alegarem que são visitantes temporários que pretendem ficar nos EUA somente o tempo suficiente para economizar fundos antes de irem para casa, eles são muito diferentes dos hispânicos, os quais eles vêem como os ‘verdadeiros’ imigrantes, pessoas que vieram de terras-natais empobrecidas e que provavelmente não regressarão<sup>137</sup>.

Outra pesquisa sobre o mesmo tema foi realizada pela socióloga Ana Cristina Braga Martes<sup>138</sup>, que demonstra, dentre outras coisas, o baixíssimo grau de inserção institucional dos brasileiros residentes em Boston, nos EUA, sabidamente uma cidade onde há um grande número de brasileiros clandestinos. A mesma resposta se encontra no trabalho de Sônia Melo de

---

<sup>134</sup> MARGOLIS, Maxine. Na virada do milênio: a emigração brasileira para os Estados Unidos. In: MARTES, A. C. B.; FLEISCHER, S. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 59.

<sup>135</sup> MARGOLIS, Maxine. Na virada do milênio: a emigração brasileira para os Estados Unidos, cit., p. 59.

<sup>136</sup> MARGOLIS, Maxine. Na virada do milênio: a emigração brasileira para os Estados Unidos, cit., p. 62.

<sup>137</sup> MARGOLIS, Maxine. Na virada do milênio: a emigração brasileira para os Estados Unidos, cit., p. 64.

<sup>138</sup> MARTES, Ana Cristina Braga. Raça e etnicidade: opções e constrangimentos: In: \_\_\_\_\_; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*, cit., p. 73-98.

Jesus<sup>139</sup> que escreveu, inclusive, sua dissertação de Mestrado sobre os brasileiros que trabalhavam como arrumadores domésticos na cidade de Boston.

Tudo isso é confirmado pela pesquisa realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, na qual se afirma que a maioria dos brasileiros que sai do país mantém seus laços com seu grupo social e familiar, e parte na esperança de retornar. É que a maioria, como já dito, emigra individualmente, remete dinheiro para sua família e investe aqui. No sítio eletrônico desse Ministério afirma-se ainda que: “Por outro lado, esses novos migrantes planejam uma estada temporária e mantêm seu vínculo com o Brasil, inclusive com envio periódico de remessas [...]”<sup>140</sup>.

À intenção de retornar dos imigrantes brasileiros se somam outros fatores para dificultar a inserção na sociedade onde passaram a residir: a imigração hoje não é mais como a de alguns anos atrás. Atualmente, apresenta-se um fenômeno chamado transnacionalismo, cujo conceito, segundo o professor de Ciências Políticas na New York University Christopher Mitchell se origina:

[...] do reconhecimento dos cientistas sociais de que relativamente poucos imigrantes internacionais renunciam inteiramente à cultura e à sociedade de suas nações de origem. De fato, sob as condições globais que tem emergido nos últimos cinquenta anos, cada vez mais imigrantes desejam e são capazes de manter vínculos com a sociedade onde nasceram. Para formar identidades que incluam normas da sociedade de origem e também se adaptar ao ambiente de chegada, o imigrante pode se engajar em diversas estratégias de vinculação. Estes vínculos tomam formas variadas e exibem forças diferentes, dependendo da natureza e trajetórias específicas do fluxo migratório. Tipos de conexão transnacional incluem: viagens periódicas entre a sociedade de origem e as nações receptoras, comunicação por telefone, carta, fita de áudio e vídeo, remessas de dinheiro e bens para as famílias, associação ativa em organizações ou empreendimento de negócios que abarcam fronteiras internacionais e/ou recepção de mensagens persuasivas de organizações (Incluindo governos) que desejam estimular relações transnacionais<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> JESUS, Sônia Melo de. *Protagonistas de um Brasil imaginário: faxineiras brasileiras em Boston*. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*, cit., p. 99-114.

<sup>140</sup> MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: [www.mte.gov.br](http://www.mte.gov.br)>. Acesso em 15.06.2017, às 19:49 hs.

<sup>141</sup> MITCHELL, Christopher. Perspectiva comparada sobre transnacionalismo entre imigrantes brasileiros nos Estados Unidos. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*, cit., p. 36-37.

Efetivamente, o migrante de hoje, mesmo longe de sua casa, não se afasta totalmente de suas origens nem de sua cultura; em razão do progresso tecnológico, é possível manter-se *próximo* de sua família e de seu local de origem. Hoje, o uso da *internet*, da *webcam*, do *skype*, da TV a cabo, da possibilidade de ouvir rádio brasileira e de tantas outras facilidades tecnológicas o mantém informado sobre o que acontece em seu país e mais especificamente no seu lugar de partida. A possibilidade de ler jornais e ver programas de televisão de sua terra, ver e conversar diretamente com seus familiares, se por um lado alivia a saudade e diminui a distância da terra natal, por outro se torna um obstáculo a mais para sua integração na nova terra onde se encontra. A essa nova característica das migrações internacionais o sociólogo Octavio Ianni chamou de *transmigração*<sup>142</sup>.

Também como circunstância determinante para dificultar a inserção de brasileiros no estrangeiro, segundo Mitchell<sup>143</sup>, está a situação de “indocumentado” da maioria dos imigrantes brasileiros e o medo de ser deportado, o que também contribui para inibi-lo a protestar contra as condições de trabalho que muitas vezes enfrenta. Em setembro de 2010, o Itamaraty informou que dois em cada três brasileiros que viviam no exterior se encontrava em situação ilegal, isto é, dos “três milhões de brasileiros que vivem no exterior, cerca de 2,4 milhões estão ilegais”<sup>144</sup>.

O número de imigrantes ilegais - melhor será dizer indocumentados - como apontando pelo professor de geografia da Universidade de Adelaide, na Austrália, Hugo Graeme<sup>145</sup>, é tão preocupante que chega a igualar-se ao de imigrantes legais. Como bem observado pela Professora de Direito Internacional Maritza Ferreti Farena:

Os migrantes exibem a contradição mais flagrante de nossa sociedade globalizada: ao mesmo tempo em que o mercado exige e compra mão-de-obra disponível e barata, impede aos trabalhadores e suas famílias o acesso aos direitos fundamentais de todo cidadão.

<sup>142</sup> IANNI, Octavio. A racionalização do mundo. *Tempo Social: revista de sociologia de USP*, São Paulo, v. 8, nº 1, p. 1, 1996.

<sup>143</sup> Cf. MITCHELL, Christopher. Perspectiva comparada sobre transnacionalismo entre imigrantes brasileiros nos Estados Unidos. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*, cit., p. 41.

<sup>144</sup> OPINIÃO E POLÍTICA. O drama dos brasileiros ‘ilegais’. Disponível em: <http://opinioenoticia.com.br/sem-categoria/o-drama-dos-brasileiros-ilegais/>. Acesso em 15.06.2017, às 16:20 hs.

<sup>145</sup> GRAEME, Hugo. Migrações internacionais não-documentadas: uma tendência global crescente. *Revista Travessia*, São Paulo, ano 11, nº 30, p. 5, jan./abr. 1998.

Paradoxalmente, o fruto do trabalho é cidadão do mundo, mas o trabalhador não. Ou seja, as coisas circulam livremente travestidas da qualidade de mercadoria, ao passo que as pessoas são reprimidas se ousarem ultrapassar as fronteiras estabelecidas. Isso explica a progressiva criminalização dos migrantes, particularmente na atual onda de combate ao terrorismo e ao narcotráfico. O processo de globalização, sob este aspecto, resulta assimétrico, excludente e paradoxal<sup>146</sup>.

Seria impossível abordar todas as questões que envolvem as migrações, seja porque são muitas, seja porque nem todas dizem respeito ao exame deste trabalho. A meu ver merece registro uma questão da maior relevância: a questão das remessas financeiras que os imigrantes realizam. Sobre isso, Terry Donald, ex-gerente do Fundo Multilateral de Investimentos (FUMIN), assevera que “as remessas representam a face mais humana da globalização e uma das menos estudadas”<sup>147</sup>.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) acompanha o volume dessas remessas desde 2000; os valores encaminhados por imigrantes brasileiros para cá, segundo o BID, ano a ano, foram, em 2001: 2,6 milhões de dólares; 2002: 4,6 milhões de dólares; 2003: 5,2 milhões de dólares; 2004: 5,624 milhões de dólares; 2005: 6,411 milhões de dólares; 2006: 7,373 milhões de dólares, 2007: 7,075 milhões de dólares. Como se vê, essas remessas aumentaram ano a ano<sup>148</sup>.

O volume de remessas recebidas pela América Latina e o Caribe em 2014 cresceu 5,3% em relação ao ano de 2013, alcançando US\$ 65,382 milhões. O México recebe mais de um terço das remessas da região da América Latina, ainda é o principal receptor com US\$ 23,6 milhões, seguido pela Guatemala com US\$ 5,54 milhões, República Dominicana com US\$ 4,57 milhões, El Salvador com US\$ 4,21 milhões e Colômbia com US\$ 4,09 milhões<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> FARENA, Maritza Ferreti. Algumas notas sobre direitos humanos e migrantes. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Henriques Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*, cit., p. 316-317.

<sup>147</sup> DONALD, Terry. SCHWEIZER, Luciano. Remessas de brasileiros no exterior. In: BRASILEIROS no mundo: conferência sobre as comunidades brasileiras no exterior. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, v. 1, p. 183.

<sup>148</sup> BID. *Remessas ao Brasil (milhões de US\$)*. Disponível em [http://www.iadb.org/countries/indicators.cfm?id\\_country=br&lang=pt](http://www.iadb.org/countries/indicators.cfm?id_country=br&lang=pt). Acesso em 07.05.2009, às 15:30 hs..

<sup>149</sup> BID. *Montante de remessas recebidas na América Latina e o Caribe bate recorde*. Disponível em: <http://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2015-05->

Ainda segundo o BID, o Brasil é o segundo país na América a receber tais remessas, ficando atrás apenas do México. Em 2007, os imigrantes brasileiros residentes no exterior geraram U\$\$ 60 bilhões e remeteram em torno de U\$\$ 7 bilhões para o Brasil<sup>150</sup>, numa média de U\$\$ 450,00 por pessoa. É até provável que esses valores sejam bem maiores, pois muitas remessas não são cadastradas por ocorrerem por meios irregulares e não por instituições financeiras.

Atualmente, as remessas estão aumentando. Em 2015, US\$ 2,46 bilhões entraram no Brasil, o que representa 15,6% a mais que em 2014<sup>151</sup>.

Neste ano, em janeiro, entrou no Brasil, proveniente de brasileiros que vivem no exterior a quantia de US\$ 193 milhões<sup>152</sup>.

A constatação do volume de remessas e de sua importância fez com que alguns empresários e bancos, inclusive oficiais, começassem a cuidar de sua operacionalização. Sob a mesma perspectiva é oportuno registrar que o FUMIN do BID tem feito um:

Esforço conjunto com agentes governamentais, o setor privado e ONGs, instituições financeiras e outras, para aumentar a consciência da importância desses fluxos; aumentar a competição para diminuir custos de remessas, promoverem a educação financeira, fomentar o impacto desses fundos ao oferecer mais opções financeiras para as famílias receptoras de remessas e suas comunidades<sup>153</sup>.

Importante também recordar que na *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias*, reconhece-se que os migrantes têm o direito de remeter dinheiro para suas famílias<sup>154</sup>.

---

[12/montante-recorde-de-remessas-recebido-na-regiao-em-2014,11158.html](http://12/montante-recorde-de-remessas-recebido-na-regiao-em-2014,11158.html), Acesso em 15.06.2017, às 20:00 hs.

<sup>150</sup> FUMIN/BID, 2008. *Mapa de Remessas de 2007*. Washington: FUMIN/BID, 2008.

<sup>151</sup> ESTADÃO. NOTÍCIAS. Remessa de dinheiro de brasileiros no exterior cresceu 15,6% no ano passado. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/remessa-de-dinheiro-de-brasileiros-no-externo-cresceu-15-6-no-ano-passado,10000024378> Acesso em: 13.08.2017, às 16:08

<sup>152</sup> G1. VALOR ECONÔMICO. Estrangeiros remetem recorde de US\$ 181 milhões a famílias no exterior. Disponível em: <http://www.valor.com.br/financas/4882216/estrangeiros-remetem-recorde-de-us-181-milhoes-familias-no-externo>, Acesso em 13.08.2017, às 16:13 hs.

<sup>153</sup> FUMIN/BID. Disponível em: [www.iadb.org.mif](http://www.iadb.org.mif), acesso em 15.06.2017, às 18:52 hs.

<sup>154</sup> "Art. 47. 1) Os trabalhadores migrantes têm o direito de transferir os seus ganhos e economias, em particular as quantias necessárias ao sustento das suas famílias, do Estado de emprego para o seu Estado de origem ou outro Estado. A transferência será efetuada segundo os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável do Estado interessado e

É importante registrar que a nova Lei de Migração prevê na parte referente a princípios e garantias:

Art. 4º. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:  
V- direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;

O volume das remessas enviadas pelos imigrantes brasileiros, se não fosse por outras razões, é suficiente para demonstrar que o Estado brasileiro precisa e deve acompanhá-los e ajudá-los quando solicitado, especialmente quando estiverem presos.<sup>155</sup>

Se muitos imigrantes conseguem se instalar com segurança e até melhorar as condições de vida no país para o qual se mudaram - e é provável que a maioria dos que saem de seus países consigam isto -, há um enorme contingente que piora muito em relação à sua situação anterior, principalmente quando é preso. Nestes casos essa situação se agrava muito, e por isso mesmo a transferência da execução penal de presos estrangeiros para seus países pode aliviar muito a situação desses seres humanos.

### 4.3 Aversão ao migrante

O exame do tratamento que o estrangeiro recebe deve ser visto sob dois prismas, um real e outro jurídico. Nas duas modalidades, é indispensável verificar a evolução histórica desse tratamento. A aversão ao estrangeiro é antiquíssima, originando-se, segundo Arnaldo Moraes Godoy, em virtude da escassez de alimentos: “À míngua do que comer, evitava-se o peregrino.

---

de harmonia com os acordos internacionais aplicáveis. 2) Os Estados interessados adotarão as medidas adequadas a facilitar tais transferências”.

<sup>155</sup> A *Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento*, realizada em 1994, na cidade do Cairo, observou que nas migrações internacionais pode haver benefícios tanto para os países de partida e para os de chegada. Para tanto, devem ser pesquisados os fatores determinantes para a emigração, e em relação às remessas de dinheiro para os países de origem sugere o incentivo de medidas econômicas e bancárias mais adequadas aos imigrantes.



Radica aí o termo xenofobia<sup>156</sup>. Há na Bíblia diversas passagens nas quais se encontram referências ao estrangeiro e ao tratamento que lhe deve ser dispensado, o que por si só demonstra a aversão que os hebreus possuíam em relação a ele<sup>157</sup>.

Sobre a cisão entre nacionais e estrangeiros na antiguidade, Wilba Bernardes informa:

Ao buscarmos os vestígios remotos da ideia da nacionalidade, não podemos deixar de mencionar a situação jurídica do estrangeiro, que sofreu profundas transformações no decorrer dos tempos. Em épocas mais remotas, o estrangeiro era considerado ou como escravo ou como uma fera bravia, inimiga e perigosa aos homens. O enigma do estrangeiro perdurou por longos tempos, desde a Índia, o Egito, a Grécia e Roma (só mais tarde o Direito Romano ameniza o repúdio ao estrangeiro, na Constituição do ano 212) até a Idade Média<sup>158</sup>.

O cristianismo, responsável por tantas modificações importantes, também contribuiu para que o estrangeiro passasse a ser visto e tratado como semelhante e, portanto, com respeito e afeto. Mas, longo foi o caminho até se chegar à igualdade jurídica e ao reconhecimento em documentos universais, como previsto na *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1948), na Constituição Americana (1787) e na maioria das Declarações de Direitos surgidos a partir do século XVIII e coroados no século XX.

Na Grécia, não era permitido aos estrangeiros participar de culto. Também não possuíam esses direitos políticos ou civis. A propósito, Gustave Glotz (1862-1935)<sup>159</sup> observa que a situação dos estrangeiros se modificou muito com as convenções e tratados celebrados entre as cidades vizinhas, elaborados para proteger seus súditos contra a violência de outros Estados. Assim, em Esparta, onde as classes eram bem diferenciadas - esparciatas, periecos e ilhotas -, os espartanos compunham a classe social privilegiada, tendo até mesmo direitos políticos. A organização social em

<sup>156</sup> GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no direito grego. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 143, jul./set. 1999, p. 310.

<sup>157</sup> Algumas dessas situações podem ser encontradas, por exemplo, no Êxodo, 22:21: "Não molestarás nem afligirás o estrangeiro. Também vós fostes estrangeiros na terra do Egito."; Êxodo 23:9: "Não serás molesto ao estrangeiro."; Levítico 19:33-34: "Se um estrangeiro vier habitar entre vós, em vossa terra, não o oprimireis."; Deuteronômio 27:19: "Maldito que lesar o direito do estrangeiro, do órfão e da viúva."; Mateus 3:5: "Porque tive fome, e destes-me de comer, tive sede, e destes-me de beber, era forasteiro e acolheste-me".

<sup>158</sup> BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 22.

<sup>159</sup> GLOTZ, Gustave *apud* BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*, cit., p. 24.

Esparta era constituída por cidadãos, metecos e escravos. Os escravos, que formavam a maioria da população, não participavam das decisões do poder e aos metecos, como eram chamados os estrangeiros, “não se reconheciam quaisquer direitos; com o decorrer dos anos foram assegurados alguns direitos civis, concedidos muitos mais por razões econômicas de travar relações comerciais do que por qualquer motivação humanitária”<sup>160</sup>.

Oscar Tenório (1904-1979)<sup>161</sup> informa que os metecos pagavam uma taxa especial, precisamente por serem estrangeiros, e, embora não fossem considerados cidadãos, podiam exercer atividades industriais ou comerciais, ter acesso à justiça, eram equiparados aos atenienses em direitos civis, e recebiam a proteção do polemarca sobre sua família e seus bens. Certamente, isso se deve ao fato de Atenas ser uma cidade comercial e, por isso mesmo, receber pessoas de diversas partes que até lá se dirigiam em razão do comércio. Sobre o tema observa Arnaldo Moraes Godoy:

O estrangeiro deixava de ser inimigo (*ekhtrós*) quando reconhecida sua qualidade de hóspede (*xénos*). Não tinha acesso à justiça, situação atenuada a partir do século IV a.C com proliferação dos tratados de asulia e de súmbola, que antecedem as modernas convenções internacionais. Fixavam-se foros para discussões judiciais, qualificavam-se os estrangeiros vinculados ao Estado contratante. Surge a honraria da proexenia, pertencente a um hóspede estrangeiro do poder público, antecessor da moderna figura do cônsul<sup>162</sup>.

Com propriedade, observa que:

As xenofobias do século XX (de que são vítimas armênios, judeus, palestinos) lembram modelos de Esparta. A onda de xenolasia na Europa (sobretudo na França) dá-se por motivos próximos às razões que insuflaram os espartanos: hoje defende-se o emprego, ontem a comida, o que teleologicamente tem idêntico sentido<sup>163</sup>.

Também em Roma só quem possuía cidadania e era livre – isto é, os patrícios – podia exercer direitos civis, políticos e religiosos. Ainda em Roma havia outras duas classes sociais: os plebeus, cuja origem se encontra nos estrangeiros, e os escravos. Tal discriminação provocou inúmeras guerras

<sup>160</sup> *Apud* BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*, cit., p. 25.

<sup>161</sup> TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 107.

<sup>162</sup> GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no direito grego, cit., p. 310.

<sup>163</sup> GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no direito grego, cit., p. 311.

entre os moradores de Roma. Foi o rei Sêrvio Túlio que concedeu aos plebeus o direito de exercer o serviço militar e alguns direitos políticos, o que só aconteceu a partir de 450 a. C. Com o aparecimento da Lei das Doze Tábuas, puderam também participar efetivamente da vida política.

O Direito Romano fazia uma nítida distinção entre quem era cidadão e quem não era. O *ius civile* era aplicado aos cidadãos e o *ius gentium* destinava-se a todos os habitantes do império que não eram considerados cidadãos. Guido Fernando Silva Soares assinala que o Direito Romano “foi uma surpreendente exceção a todos os sistemas jurídicos dos povos da antiguidade, pela extraordinária proteção que dava aos estrangeiros”<sup>164</sup>. Ele atribui tal fenômeno ao crescimento, no mundo, do Império Romano e à convivência com outros povos, e aponta que isso se deve, em boa medida, porque o *jus civile*, de cunho religioso, passou a conviver com o *jus gentium*, que abrangia tanto o *cives romani*, como os *peregrini*.

Na Idade Média, houve muita aversão e até mesmo perseguição a estrangeiros, v. g., o medo aos bárbaros. Com a invasão desses no Império Romano, surgiu um regime jurídico que ficou conhecido por “personalidade do direito”, pelo qual, independentemente de onde se encontrasse uma pessoa, ela era alcançada pelas leis de sua tribo ou de sua nação. Não existia, então, o princípio da territorialidade do direito. Para os bárbaros, os estrangeiros não tinham qualquer direito, só estando protegidos se estivessem sob o amparo de um rei ou de um homem rico.

Durante o período em que predominou o feudalismo, a ideia de nacionalidade não era tão relevante, pois era comum o uso do estrangeiro para o trabalho e para os frequentes combates.

Como se pode constatar, sempre houve discriminação contra estrangeiros, entre todos os povos e em todas as épocas. Mas, certamente, hoje, estamos diante de uma das maiores demonstrações de aversão ao estrangeiro, especialmente ao imigrante pobre, oriundo da América Latina, da África e da Ásia. Tal fato se agravou ou ficou mais explícito a partir do dia 11 de setembro de 2001 nos EUA e 11 de março de 2004 na Espanha, com ataques

---

<sup>164</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 162, 2004, p. 172.

terroristas atribuídos a estrangeiros e certamente vai aumentar com o recente ataque terrorista ocorrido em Barcelona em 18 de agosto.

A discriminação e o preconceito contra os imigrantes nos países ricos se manifestam de diversas formas; por exemplo, são acusados de serem responsáveis pelo desemprego de nacionais, principalmente por aceitarem remuneração abaixo do estipulado. Também se lhes atribui o aumento da criminalidade, em especial a criminalidade violenta. Segundo Tony Judt (1948-2010), um dos mais importantes historiadores europeus, o fortalecimento político da direita na Europa deve-se, em grande medida, ao temor da população diante da enorme presença de imigrantes não europeus. Também afirma que o grande desafio para o continente europeu não é econômico:

Problemas como leis trabalhistas, pensões, etc. são de natureza técnica e relativamente fáceis de resolver com vontade política. O desafio cultural, este sim, é real. A Europa foi um lugar muito homogêneo entre os anos 40 e 80. Era um subcontinente próspero, branco e pós-cristão. Mas, no último século, tudo mudou<sup>165</sup>.

Sobre a referida questão, em especial, a ONU confirma a preocupação dos europeus:

A migração é uma questão controversa em muitos países. A mera presença de recém-chegados provenientes de diferentes contextos socioculturais poderá colocar problemas, especialmente em sociedades que eram tradicionalmente homogêneas.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> JUDT, Tony. *Com muros e cotas, Europa vai perder poder de atração*. FOLHA DE SÃO PAULO, 11.05.2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1105200812.htm>. Acesso em 12/06/17, às 18:26 hs.

<sup>166</sup> ONU. *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 89. A jornalista italiana Oriana Fallaci (1930-2006), publicou um texto poucos dias depois do ataque de 11 de setembro de 2001 às Torres Gêmeas em Nova York, que representa um enorme segmento do pensamento europeu: "Equivoca-se, sobretudo, quem compara a onda migratória que se está abatendo sobre a Itália e sobre a Europa com a onda migratória que nos conduziu à América na segunda metade do século XIX, inclusive em finais do XIX e começos do XX. [...]. Não é o mesmo. E não é, por motivos bastante simples. O primeiro é que, na segunda metade do Oitocentos, a onda migratória para a América não se realizou de forma clandestina nem por prepotência de quem a fazia. Foram os americanos que a queriam e a solicitaram [...] que eu saiba, nunca houve na Itália uma decisão do parlamento convidando ou solicitando a nossos hóspedes que abandonassem seus países [...] chegaram aqui por iniciativa própria, com suas malditas balsas e nas barbas dos policiais que tentavam fazê-los regressar. Mais do que uma imigração, é, pois, uma invasão realizada sob o signo da clandestinidade. Uma clandestinidade .... arrogante e protegida pelo cinismo dos políticos que fecham um olho e, às vezes dois, diante dela" (FALLACI, Oriana *apud* PÓVOA NETO, Helion. *A criminalização das migrações na nova ordem internacional*. In: PÓVOA NETO, Helion; FERREIRA, Ademir Pacelli, (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 303.

Sobre a delicada situação dos imigrantes, merece nota a observação de Danilo Zolo<sup>167</sup>, ao afirmar que a resposta dos Estados ricos aos fluxos migratórios, que se resumem às perseguições e expulsões ou ainda à negação da qualidade de sujeitos, está sendo escrita e parece destinada a escrever, nas próximas décadas, as páginas mais fúnebres da história civil e política dos países ocidentais.

Efetiva e lamentavelmente, atualmente incontáveis casos demonstram com nitidez essa aversão. A propósito, o Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia, com sede em Viena<sup>168</sup>, publicou um documento no qual mostra que a sociedade espanhola associa a imigração à criminalidade e ao terrorismo e que está menos tolerante aos imigrantes<sup>169</sup>.

Ademais, outros países europeus, além da Espanha, diante da atual crise de refugiados, temem o aumento de ataques terroristas em seus países. De acordo com um levantamento realizado pelo centro de pesquisas Pew, 80% da população europeia acreditava que o fluxo de refugiados seja a causa de novos ataques terroristas em seus países. Assim, 76% dos entrevistados na Hungria, 71% na Polônia, 61% na Alemanha, 52% no Reino Unido e na França 46% acreditam que a chegada de refugiados possa aumentar os riscos de novos atentados<sup>170</sup>.

Em outubro de 2008, o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de leis denominado *Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo*, resultado de um acordo entre os 27 países-membros da União Europeia<sup>171</sup>. Nesse documento, são

---

<sup>167</sup> ZOLO, Danilo. *Apud* FERRETI, Maritza Natália. Algumas notas sobre direitos humanos e migrantes In: *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*, cit., p. 317.

<sup>168</sup> O referido comitê foi criado em 1997, por decisão do Conselho de Ministros da União Europeia, e fornece a esses Estados informações objetivas e comparativas sobre esses fenômenos para ajudá-los a estabelecer medidas e formular políticas contra os estrangeiros (OBSERVATÓRIO EUROPEU DO RACISMO E DA XENOFOBIA. Disponível em [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/c10411\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/c10411_pt.htm)., Acesso em 12.06.2017, às 18:28 hs.

<sup>169</sup> Em um trecho do relatório há o seguinte registro: “A imigração e, em particular, a ilegal, é associada no imaginário popular à delinquência e ao terrorismo, imagem que foi confirmada com os atentados de março de 2004 em Madri, que mataram quase 200 pessoas” (PORTAL DE NOTÍCIAS EFE. “Espanhóis estão cada vez mais intolerantes com os imigrantes” 14.04.2017. Disponível em [www.efe.com](http://www.efe.com). Acesso em 11 de agosto às 14:22 hs.

<sup>170</sup> DW. NOTÍCIAS. Grande parte dos europeus associa refugiados a terrorismo. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/grande-parte-dos-europeus-associa-refugiados-a-terrorismo/a-19394815> Acesso em 15.06.2017, às 19:15 hs.

<sup>171</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo*. Bruxelas, 24.07.2008. Disponível em [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/jl0038\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/jl0038_pt.htm), Acesso em 12.06.2017, às 18:33 hs.

uniformizadas as regras relativas à imigração ilegal e, assim, se adota tratamento igual a todos os imigrantes em todos os países da União Europeia. Com sua adoção, comprovada a situação de ilegalidade do imigrante, este será identificado e notificado administrativa ou judicialmente de sua deportação. Caso prefira, poderá sair do país voluntariamente no prazo de 7 a 30 dias. Se não o fizer, poderá ser emitida uma ordem de remoção e até ser preso por decisão administrativa, independentemente de ordem judicial<sup>172</sup>.

Outra possibilidade é a proibição de reingressar em qualquer dos Estados membros da União Europeia pelo prazo de até cinco anos<sup>173</sup>. Esta nova orientação tem repercussão direta para os brasileiros, pois estão entre os que mais emigram ilegalmente para o continente europeu<sup>174</sup>. Referido documento levou vários governos a protestar, principalmente aqueles que possuem o maior número de emigrantes na América do Sul.

<sup>172</sup> A Diretiva do Retorno é o conjunto de normas e procedimentos comuns adotados pelos Estados Europeus para tratar os casos de imigração ilegal, isto é, imigrantes que não tem permissão para entrar, permanecer ou residir no continente europeu. A Diretiva foi aprovada em 18 de junho de 2008 e encontra-se em vigor desde 24 de dezembro de 2010, data limite para cada país europeu incorporar essa norma à sua legislação nacional. PARLAMENTO EUROPEU. Parlamento Europeu aprova a diretiva do retorno. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20080616IPR31785+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 13.08.2017, às 17:10 hs. A proposta foi apresentada em 2005, sendo o resultado do empenho de liberais e conservadores que enfrentou forte resistência, especialmente do Partido Verde, da Anistia Internacional, da Associação Europeia em Defesa dos Direitos Humanos, principalmente contra a possibilidade de detenção dos imigrantes, inclusive de crianças por até 18 meses, unicamente por se encontrarem irregularmente no país. É importante registrar que antes da aprovação da Diretiva já existia a possibilidade de prisão para os casos de imigração ilegal, e, se o prazo máximo previsto na Diretiva é de 18 meses, antes era bem menor na maioria dos Estados membros da União Europeia, a saber: Chipre, 32 dias; França, 32 dias; Itália, 18 meses, (antes era de 40 dias); Espanha, 40 dias; Irlanda, 8 semanas; Portugal, 60 dias; Luxemburgo, 3 meses; Grécia, 3 meses; Eslovênia, 6 meses; Eslováquia, 6 meses; República Tcheca, 6 meses; Hungria, 6 meses; Romênia, 6 meses; Bélgica, 6 meses; Áustria, 8 meses; Polônia, 10 meses; Malta, 12 meses; Alemanha, 18 meses; Letônia, 18 meses; Dinamarca, ilimitada; Estônia, ilimitada; Finlândia, ilimitada; Lituânia, ilimitada; Holanda, ilimitada; Reino Unido, ilimitada e Suécia, ilimitada. (PIZARRO, Noêmia. *Nos bastidores da Directiva "Regresso"*. Lisboa: Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais. Disponível em <http://www.ieei.pt/post.php?post=679>. Acesso em 08.07.2012, às 16:00 hs.

<sup>173</sup> A mencionada *Diretiva* também permite a deportação para países de trânsito, isto é, para o país do qual ele partiu para ingressar no país do qual está sendo deportado, embora não seja o da nacionalidade e nem da moradia permanente do imigrante. O argumento utilizado para referida medida é que se afirma que muitos imigrantes destroem seus documentos para que não seja descoberta sua nacionalidade e, com isso, tentar evitar sua deportação. Para justificar a *Diretiva* também se sustenta que com sua adoção passa a haver igualdade do tempo em que o imigrante ficará preso aguardando deportação e no recebimento de assistência jurídica por parte do país no qual se encontra.

<sup>174</sup> ZH MUNDO. *Número de brasileiros barrados na Europa é o maior desde 2012*. Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/mundo/noticia/2016/09/numero-de-brasileiros-barrados-na-europa-e-o-maior-desde-2012-7379702.html>, Acesso em 12.06.2017, às 18:50 hs.

Embora a Grã-Bretanha não tenha aderido à *diretiva do regresso*, especificamente, adotou nova carteira de identificação para os imigrantes não pertencentes à União Europeia. Nesse documento, haverá um *chip* com dados biométricos e a demonstração da situação legal do estrangeiro<sup>175</sup>.

As notícias sobre a situação que os estrangeiros enfrentam na Europa é retratada cotidianamente pelos jornais. Mas a xenofobia não se restringe a um único continente. Na Ásia, em países como o Japão, ela também é acentuada. Um dos casos mais graves de aversão ao estrangeiro ocorre no continente africano. Embora não seja uma discriminação racial, isso se manifestou nos casos ocorridos em 2008, quando houve gravíssimos ataques a imigrantes na África do Sul<sup>176</sup>.

Na introdução da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Famílias* se constata a aversão que existe em relação a eles:

Os trabalhadores migrantes são estrangeiros. E basta este fato para que possam ser objeto de suspeita ou de hostilidade nas comunidades onde vivem e trabalham. Na maioria dos casos, são economicamente desfavorecidos e sentem as mesmas dificuldades econômicas, sociais e culturais que os grupos sociais menos favorecidos do Estado de emprego.

Também são apontadas pela Convenção que:

com frequência, as condições de vida dos trabalhadores migrantes não são satisfatórias. Os rendimentos baixos, as rendas de casa elevadas, a falta de habitação, a dimensão do agregado familiar e os preconceitos locais contra os estrangeiros na comunidade são os principais fatores que, reunidos, causam graves problemas de alojamento.

Em muitos casos, os trabalhadores migrantes deixam as famílias no seu Estado de origem. A existência solitária que levam dificulta os contatos normais com a comunidade onde vivem e afeta o seu bem-estar.

Cabe registrar a preocupação da ONU com a situação dos imigrantes:

Os trabalhadores migrantes correm sérios riscos de ver infringidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais que lhe são reconhecidos, quando são contratados, transportados e empregados

<sup>175</sup> BBC BRASIL.COM. *Grã-Bretanha mostra carteira de identidade para estrangeiros*. 25.07.2008. Disponível em [http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080925\\_idimigrantes\\_mp.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080925_idimigrantes_mp.shtml), Acesso em 08.03.2012, às 18:00 hs.

<sup>176</sup> BBC BRASIL. *Xenofobia faz imigrantes deixarem casas na África do Sul*. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/05/080519\\_southafrica\\_atualizando\\_mv.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/05/080519_southafrica_atualizando_mv.shtml), Acesso em 13.08.2017, às 17:15 hs.

ilegalmente. A pobreza generalizada, o desempregado e o subemprego, que se verificam em muitos países em desenvolvimento, oferecem uma boa oportunidade de recrutamento a empregadores e agências privadas sem escrúpulos; o transporte clandestino de trabalhadores migrantes constitui, por vezes, um ato criminoso.<sup>177</sup>

Não é diferente a preocupação do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da própria ONU:

Destituído de estatuto jurídico ou social, o trabalhador migrante ilegal é um alvo natural de exploração. Fica à mercê do seu empregador e pode ver-se obrigado a aceitar todo o tipo de trabalho, sem condições de trabalho e de vida. No pior dos casos, a situação dos trabalhadores migrantes assemelha-se à escravatura ou ao trabalho forçado. O trabalhador migrante ilegal raras vezes procura justiça, com medo de ser descoberto e expulso e, em muitos Estados, não tem direito a recorrer das decisões administrativas que o afetam.<sup>178</sup>

Embora esse preconceito e até mesmo discriminação não tenha a mesma intensidade no Brasil e em outros países da América do Sul, aqui também ela se faz sentir<sup>179</sup>, como demonstra pesquisa realizada na Argentina<sup>180</sup>. Embora no Brasil se afirme que nunca houve tratamento jurídico discriminatório desde o Império, quando se substituiu o trabalho escravo pela mão de obra do imigrante europeu, é impossível negar que a discriminação não tenha acontecido.

A socióloga Lucia Lippi Oliveira é autora de um interessante livro denominado *O Brasil dos imigrantes* no qual informa que, no início do século XX, “Intelectuais brasileiros construtores da teoria do ‘branqueamento” - processo seletivo de miscigenação que dentro de três ou quatro gerações faria

<sup>177</sup> *Ultrapassar barreiras*, cit., p. 5.

<sup>178</sup> ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes*. Lisboa, 2002, p. 9.

<sup>179</sup> Segundo Alain Pascal Kaly, doutor em Estudos Internacionais Comparados do Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade (CPDA) da UFRJ, os “Os estrangeiros europeus, asiáticos e americanos são tratados cada um a partir da sua própria nacionalidade; os da África não.” (KALY, Alain Pascal. *Os estudantes africanos no Brasil e o preconceito Racial*, cit., p. 467).

<sup>180</sup> Em uma pesquisa na qual foram ouvidos 5 mil estudantes do segundo grau, de 85 escolas públicas de várias províncias do país, destinada a analisar a xenofobia entre estudantes, constatou-se que os brasileiros têm 52% de aceitação e 30% de rejeição em uma lista de 12 diferentes nacionalidades. Também se verificou que há rejeição a ciganos, 67%; judeus, 55%, chineses, coreanos, 52% e peruanos, chilenos, paraguaios, americanos e árabes mais de 40%. Dan Adaszco, um dos responsáveis pela pesquisa, acredita que a boa aceitação dos brasileiros se deve ao fato de esses não serem vistos como ameaça no mercado de trabalho local (O NORTE ON-LINE. *Brasileiros são ‘estudantes preferidos’ de estudantes argentinos*. 28.08.2007. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,argentina-brasileiros-sao-estrangeiros-preferidos-de-estudantes-diz-pesquisa,42257> Acesso em 15.06.2017, às 19h36min).



surgir uma população branca – viam a vinda de imigrantes brancos como um bem. Também noticia que:

no Brasil do século XIX, a política de imigração visava a atrair estrangeiros para povoar e colonizar os vazios demográficos, o que permitiria a posse do território e a produção de riquezas. O imigrante desejado era o agricultor, colono e artesão que aceitasse viver em colônias, e não o aventureiro que vivesse nas cidades.<sup>181</sup>

A desconfiança aos imigrantes nessa época pode ser constatada pelas palavras do monarquista Eduardo Prado (1860-1901), em seu livro *A ilusão Americana* (1895), quando afirma que, se é certo que os imigrantes representam uma seleção dos mais fortes, enérgicos e audazes, é também certo que não são confiáveis, já que quem não hesitou em abandonar a pátria de seu nascimento não teria escrúpulos em perturbar a pátria adotiva<sup>182</sup>.

Lúcia Lippi Oliveira informa que, desde a década de 1910, especialmente após a Primeira Guerra e durante a década seguinte, houve vários movimentos nacionalistas contrários à vinda de mais estrangeiros. Para tanto, contribuíram as ideias de Alberto Torres (1865-1917) que criticava o governo por abandonar o trabalhador nacional e favorecer o estrangeiro. Para ele este é representante potencial do inimigo externo e passa a representar um perigo para a nação<sup>183</sup>.

Ainda, segundo Lúcia Lippi, outro importante político averso à imigração foi Artur Hehl Neiva que via o imigrante como alguém que por diversas razões, não é feliz onde está, sendo sempre desajustado, já que ou tem ambições econômicas que não pode realizar no país de origem, ou é um perseguido político, ou possui convicções religiosas às quais não pode dar expansão.<sup>184</sup>

Essa restrição ao imigrante pode ser constatada nas Constituições de 1934 e de 1937. Ambas impunham restrições à imigração ao reservarem 2/3 de empregos para brasileiros. A Constituição de 1934 criou o sistema de cotas de 2% sobre o total dos respectivos estrangeiros fixados no Brasil durante os últimos 50 anos, e proibia sua concentração.

Por sua vez, a Constituição de 1937, além de manter o estipulado a respeito pelo Texto anterior, reservava ao governo federal o direito de limitar ou

---

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi, *O Brasil dos imigrantes*, cit., p. 13.

<sup>182</sup> *Apud* OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, cit., p. 17.

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, cit., p. 19.

<sup>184</sup> OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*, cit., p. 19.

suspender a entrada de novos imigrantes e proibia a formação de núcleos, também proibia o ensino da língua estrangeira a menores, bem como a produção de jornais e revistas em língua estrangeira.

Francisco Campos foi o responsável pela implementação da política discriminatória que foi instalada no governo de Getúlio Vargas, durante o Estado Novo<sup>185</sup>.

O surgimento do Estado Moderno também fez surgir limitação à livre locomoção. Segundo James Nafziger “el sistema westfaliano de Estados-Nación complicó el libre movimiento de las personas através de la confirmación de fronteras territoriales más rígidas.”<sup>186</sup>

Em outros países da América não foi muito diferente: os EUA nos seus cem primeiros anos permitia a entrada de qualquer imigrante, embora as *Actas de Sedición y Etranjería* de 1798 autorizassem o presidente da República a expulsar os estrangeiros considerados perigosos para a nação. Nesse país, não se exigia qualquer documento ou visto para permanecer em seu território, o que perdurou até 1924.

Foi nos EUA, também, que surgiram as primeiras medidas restritivas à imigração. Prova disto é que, em 1882, o governo americano promulgou a *Chinese Exclusion Act*, pela qual se proibia o ingresso de chineses. Desde então, os EUA utilizaram uma política migratória essencialmente racista que perdurou até 1965. Outro exemplo disso se encontra, segundo Francois Rigaux, na primeira lei sobre naturalização dos EUA de 1790 que dizia “qualquer estrangeiro que seja livre e branco pode se candidatar a ser um cidadão (americano)”<sup>187</sup>.

Sobre a aversão ao migrante, há estudos em diversos campos do conhecimento, veja-se, por exemplo, a observação que Caterina Koltai faz, com base na psicanálise, afirmando que “a questão do racismo permite e merece uma abordagem multidisciplinar que vá além da simples condenação do fenômeno”. Sobre essa aversão veja-se a análise realizada pela autora:

<sup>185</sup> Veja-se, a respeito, o livro *O imigrante ideal* (o Ministério da Justiça e a entrada de estrangeiros (1941-1945) de Fábio Koifman, Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2012.

<sup>186</sup> The general admisión of aliens under international law, in *American Journal of International law*, 1983, p. 810.

<sup>187</sup> L'immigration: droit international et droits fondamentaux em *Les droits de l'homme au seuil du troisième millaire: Mélanges em homage á Pierre Lambert*, Bruylant. Bruxelles: 2000, p. 700.

O fascínio dos modernos pelo estrangeiro é o chamado encanto pelo exótico, enquanto o horror provocado por esse mesmo estrangeiro constitui o racismo. Nesse início de um novo milênio temos por um lado o indivíduo partindo para cada vez mais longe em sua procura do exótico, ao mesmo tempo, que fecha cada vez mais suas fronteiras para esse que vem de tão longe, em cujos nomes, crença, língua, sotaque e aparência física não tem como se reconhecer, culpando-o por todos os males de que sofre. É o discurso racista<sup>188</sup>.

E conclui a autora afirmando que não há racismo sem um discurso social que aponte e designe o estrangeiro a ser eliminado e que “a bola da vez parece ser o imigrante ilegal”:

Mas por que a ‘bola da vez’ parece ser o imigrante ilegal? Porque com o atual processo de globalização e formação de grandes blocos assiste-se, hoje em dia, por um lado a uma uniformização cada vez maior da vida cotidiana que não só atinge todo o planeta, como se propõe a uniformizar todos os modos de vida, inclusive as formas de desejo e gozo. E, por outro, a um êxodo populacional intenso no qual latino-americanos procuram emprego e abrigo prioritariamente nos Estados Unidos, mas também na Europa. Magrebinos na França, turcos na Alemanha, albaneses na Itália, fazendo com que o estrangeiro tenha deixado de viver necessariamente num além das fronteiras e passe a ser aquele que mora ao lado.

[...]

Com o atual processo de globalização, o outro pode estar em qualquer lugar. Hoje, o estrangeiro mora ao lado. Vive na casa vizinha e goza de maneira diferente. É justamente aí que reside o problema. aquilo que era tolerável quando o estrangeiro estava longe, torna-se insuportável a partir do momento em que ele se aproxima demais e nos impõe suas ‘excentricidades’, seu modo particular de gozar.

A partir desse momento, esse outro se torna insuportável por personificar um gozo que não possuímos. Aliás, basta ver que comemora feriados diferentes e os festeja de forma estranha, além de trabalhar demais, verdadeira besta de carga, sempre pronta a roubar o trabalho [...] quando não trabalha de menos, verdadeiro bicho-preguiça que se diverte e descansa enquanto eu trabalho por ele<sup>189</sup>.

Há um enorme conflito no mundo: conciliar o processo da globalização e a aversão ao imigrante. O que se constata é que as migrações internacionais continuam aumentando e na mesma proporção aumentarão as dificuldades para o ingresso de migrantes; especialmente de pobres e sem maiores

---

<sup>188</sup> KOLTAI, Caterina. Migração e racismo: um sintoma social. In: PÓVOA NETO, Helion; FERREIRA Pacelli, Ademir. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 177.

<sup>189</sup> KOLTAI, Caterina. Migração e racismo: um sintoma social. In: PÓVOA NETO, Helion; FERREIRA, Ademir Pacelli. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*, cit., p. 170-178.

qualificações acadêmicas ou profissionais. Tudo Isto é feito em defesa da alegada preservação da raça, cultura e identidade de cada povo.

#### 4.4 Proteção jurídica ao estrangeiro

Ao longo da história, em culturas e épocas distintas, sempre prevaleceu a distinção entre nacionais e estrangeiros sob os mais diversos aspectos.

Guido Fernando Silva Soares narra que na antiguidade:

Sistemas jurídicos dos Estados possuíam grande número de normas jurídicas nacionais e uma extensa prática interna nos aspectos legislativos, administrativo e judicial, dedicados à proteção da pessoa humana, mas que, no entanto, permitiam discriminações contra estrangeiros<sup>190</sup>.

Informa ainda que nesses sistemas estava prevista e definida a maioria dos direitos humanos, porém estes eram reconhecidos como prerrogativas dos nacionais. Tal fato, segundo o autor, ocorreu até meados no século XIX, como decorrência das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, quando se elaboraram as bases do Estado de Direito.

Importante notar, em relação aos direitos do estrangeiro e sobre o tratamento jurídico que recebem, que há grande diferença entre o Direito latino-americano e o europeu. Na França, ele se caracteriza como sistema da reciprocidade, que tem sua origem no Código Napoleônico e no costume da reciprocidade diplomática. Por esse sistema é assegurado ao estrangeiro, na França, os mesmos direitos civis conferidos aos franceses no país da nacionalidade do estrangeiro, previstos em tratados diplomáticos.

Há ainda o sistema da reciprocidade legislativa, também chamado de “sistema da reciprocidade de fato”, cuja fonte está no Código da Áustria de 1811 (art. 33). Tal sistema exige que os estrangeiros, em caso de dúvida, provem que seu Estado trata os austríacos da mesma forma que seus próprios nacionais quanto aos direitos em causa.

A terceira modalidade de sistema da reciprocidade é o denominado “sistema da reciprocidade negativa”, originário da Alemanha (Lei de Introdução, art. 31). Nessa disposição, permitia-se ao chanceler do Império, com

---

<sup>190</sup>SOARES, Guido Fernando Silva. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, cit., p. 100.

aprovação do Conselho Federal, estabelecer, por meio de decreto, um direito de retorsão contra certo Estado estrangeiro, seus súditos e sucessores, em que uma igualdade presumida está sob a permanente ameaça de suspensão, provada a inexistência de reciprocidade; esse mesmo sistema acha-se, também, na lei tcheco-eslovaca de 1963 (art. 32) e no Código Civil Russo de 1964 (seção 562).

Em outra vertente, há o sistema americano, o qual, conforme narra Haroldo Valladão, surgiu e se desenvolveu na América Latina, desde 1811, tanto nas Constituições como nos Códigos. É o sistema de equiparação completa, sem nenhuma limitação, exceção ou reserva, dos estrangeiros em relação aos nacionais<sup>191</sup>. A prova disto está no Código Bustamante (arts. 1º, 2º e 5º)<sup>192</sup>.

No Brasil, a igualdade jurídica entre brasileiros e estrangeiros está firmada desde a Constituição de 1891. Registre-se que a Constituição Política do Império, de 1824, não faz qualquer referência a estrangeiro, afirmando o art. 179 que a inviolabilidade dos direitos políticos e civis era assegurada aos cidadãos brasileiros. Foi a Constituição Republicana de 1891 que regulamentou que brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil têm os mesmos direitos, no que, aliás, foi seguido por todos os demais textos constitucionais<sup>193</sup>.

A atual Constituição da República, no art. 5º, reafirma tal regulamentação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

<sup>191</sup> VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: Introdução e parte geral, Freitas Bastos, Rio de Janeiro: 1960, p. 395.

<sup>192</sup> “Art. 1º - Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedem aos nacionais. - Art; 2º - Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozarão também, no território dos demais de garantias individuais idênticas às dos nacionais, salvo as restrições que em cada Estado um estabeleçam a Constituição e as leis. [...]. - Art. 5º - Todas as regras de protecção individual e coletiva, estabelecida pelo direito político e pelo administrativo, são também de ordem pública internacional, salvo o caso de que nellas expressamente se disponha o contrário”. (Decreto nº 18.871, de 13.08.1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>>. Acesso em 12.06.2017, às 20:40 hs.

<sup>193</sup> Assim declarava o art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]” [BRASIL. (1891).

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Referida Norma Constitucional somente pode ser lida em harmonia com o disposto no mesmo art. 5º, § 2º, que consagra a noção de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Contudo, a própria Constituição da República de 1988 impõe reservas para alguns cargos, os quais só poderão ser ocupados por brasileiros, e em alguns casos somente por brasileiros natos<sup>194</sup>.

No Brasil, embora somente o Congresso Nacional possa legislar sobre estrangeiros, o Poder Executivo pode expedir decretos e regulamentos sobre a matéria, sendo vedado, porém, aumentar e restringir os direitos e deveres do estrangeiro previstos na legislação, limitando-se tão somente a regulamentar as normas já existentes.

No Estado brasileiro, o estrangeiro não tem direitos políticos e assim o é atendendo ao costume do Direito Internacional americano. A *Convenção Interamericana Sobre a Condição do Estrangeiro* (1929) determina no artigo 7º: “O estrangeiro não se deve ingerir nas atividades políticas privativas dos cidadãos do país no qual se encontra; se tal fizer, ficará sujeito às sanções previstas na legislação local”<sup>195</sup>. Todavia na atual Constituição da República, o capítulo dedicado aos princípios, direitos e garantias fundamentais não estabelece restrições aos estrangeiros. Ao contrário, assegura-lhes essa igualdade<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> “São privativos de brasileiro nato os cargos: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos Deputados; III – de Presidente do Senado Federal; IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V – da carreira diplomática; VI- de oficial das Forças Armadas; VII- de Ministro de Estado da Defesa Social. Da mesma forma, o art. 89 que prevê a composição do Conselho da República, determina que, além do Vice-Presidente, do Presidente da Câmara e do Senado Federal, dos líderes da maioria e da minoria no Senado Federal; do Ministro da Justiça; deve também ser integrado por “seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.” (BRASIL, 1988).

<sup>195</sup> Assinado em Havana em 20.02.1928 e no Brasil homologado pelo Decreto nº 18.956 de 22.10.1929.

<sup>196</sup> “Art. 1º. - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; III- a dignidade da pessoa humana. – Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre,

A admissão do estrangeiro no Brasil ocorre, em geral, mediante a concessão de visto, que pode ser de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial ou diplomático. É isso que está estipulado na nova Lei de Migração.

Atualmente, temos importantes documentos de proteção aos estrangeiros. Esse amparo é encontrado em diplomas de natureza universal, bem como os documentos internacionais regionais. No primeiro âmbito, podemos citar como as mais importantes: a própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, elaborada pela ONU em 1948; a *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes*, de 1984; e a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, de 1948. Também encontramos Comissões, Comitês e Grupos de Trabalho, cujo dever é velar para que as recomendações desses documentos sejam colocadas em prática. Nesse aspecto, pode-se citar a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, criada em 1946; o Comitê sobre Direitos Cíveis e Políticos, criado pela ONU, em 1966; o Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Protocolo Adicional ao Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, também criado em 1966; e o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No plano regional merecem destaque, na Europa, a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, firmada em Roma (1950) e a *Carta Social Europeia*, assinada em Turim (1961), ambas elaboradas por iniciativa do Conselho da Europa. Também nesse mesmo continente surgiram comissões e comitês formados para colocar em prática as normas programáticas desses documentos, tais como a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos (1953) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (1959).

Na América Latina, temos a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, firmada em Bogotá, em 1969 e como instituições de vigília

---

justa e solidária; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. - Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação livre entre os povos para o progresso da humanidade; Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da lei; [...]”(BRASIL, 1988)

a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington (1959), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos localizada em São José da Costa Rica (1978).

Na África, realizou-se, em Banjul, no Quênia, em 1981, a Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, quando foi aprovada a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, também conhecida como *Carta de Banjul*, à qual se deve a criação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Em decorrência, criou-se uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1995) e a partir de 1997 surgiu a Comissão de Direitos Humanos e dos Povos.

No Oriente Médio, merece destaque a *Carta dos Direitos Humanos dos Povos no Mundo Árabe*, aprovada em 1994, pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes.

É preciso recordar que por ocasião da 3ª Assembleia Geral da ONU (1948), quando se discutia a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos países muçulmanos posicionaram-se publicamente contra ele, dentre os quais: Sudão, Paquistão e Arábia Saudita. O motivo da oposição era que a Declaração não levava em conta nem os preceitos e nem os costumes muçulmanos. Para os islâmicos há diferenças entre as pessoas decorrentes da religião<sup>197</sup>. Desse modo, para eles, o fundamento dos Direitos Humanos é o Islã.

Em decorrência disso, em 19 de setembro de 1981, foi elaborada a *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos* com o objetivo de proteger a cultura muçulmana. Nesse documento se percebe a inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, mas também se nota fortes divergências, pois aquela Declaração está vinculada essencialmente ao Alcorão<sup>198</sup>.

Na China, os Direitos Humanos estão ligados diretamente à tradição chinesa. O *Código Confuciano de Regras Éticas e Morais* embora reconheça que cada indivíduo deve ter reconhecida sua dignidade pessoal, isto não

---

<sup>197</sup> AVELLAR, Corina; CARDOSO, Yan; CÓRDOVA, Nathalya; JACON, Caio. A perspectiva islâmica no diálogo multicultural acerca dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2011/press/downloads/ocih.pdf>. Acesso em 13.08.2017, às 18:10 hs.

<sup>198</sup> DIREITOS Humanos Ásia. Disponível em: <https://direitoshumanosasia.wordpress.com/>. Acesso em 13.08.2017, às 18:10 hs.



constitui um direito inato, pois, dependendo das circunstâncias, essa pessoa poderá sua dignidade<sup>199</sup>.

Por outro lado, é preciso recordar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, foi aprovada com 48 votos a favor, nenhum contra e oito abstenções, dentre eles a URSS. Consequentemente, não se pode afirmar que os países do bloco soviético adotassem esse documento. Entretanto, com o desmembramento da URSS e o aparecimento de novos países e a inclusão na Comunidade Europeia foi possível a adoção dos documentos já existentes.

Não há na Ásia documentos programáticos que protejam imigrantes ou estrangeiros.

Importante destacar a existência de alguns diplomas com conteúdo específico relativo às garantias de igualdade entre nacionais e estrangeiros em documentos internacionais: *A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*<sup>200</sup> (1948); a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*<sup>201</sup> (1948); *As Regras Mínimas para o Tratamento do Preso*<sup>202</sup> (1955); a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*<sup>203</sup> (1966) o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*<sup>204</sup> (1966) o

<sup>199</sup> MORE, Rodrigo Fernandes. Os Direitos Humanos Na Ásia Oriental. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/more\\_dh\\_asia\\_oriental.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/more_dh_asia_oriental.pdf), Acesso em 13.08.2017, às 18:15 hs.

<sup>200</sup> “Artigo II – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra.” (DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm), Acesso em 13.06.2017, às 20:41 hs.

<sup>201</sup> “Art. II – Todos os homens podem invocar os direitos e as liberdades estabelecidos na presente Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião política ou outra, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação. Artigo XIII – 1. Todo homem tem o direito à liberdade de locomoção e de escolha de sua residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, bem como de a ele regressar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em 13.06.2017, às 20:45 hs.

<sup>202</sup> “Parte I – Regras de Aplicação Geral – Princípios Fundamentais – 6.1. As regras que se seguem deverão ser aplicadas imparcialmente. Não haverá discriminação alguma baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou em qualquer outra situação.” (BRASIL, 1994).

<sup>203</sup> Preâmbulo: “Considerando que a Carta das Nações Unidas fundamenta-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-Membros comprometem-se a agir, separada ou conjuntamente, para alcançar um dos propósitos das Nações Unidas, que é o de promover e encorajar o respeito universal e efetivo pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião; Considerando que todos os homens são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra todo incitamento à discriminação; Reafirmando que a discriminação de seres humanos por motivos de raça, cor

*Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*<sup>205</sup>(1966); a *Declaração sobre Asilo Territorial*<sup>206</sup>(1967); A *Convenção Americana sobre*

---

ou origem étnica é um obstáculo às relações amigáveis e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos, bem como a coexistência harmoniosa de pessoas dentro de um mesmo Estado; Artigo I – 1. Na presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. Artigo VI – Os Estados Partes assegurarão às pessoas que estiverem sob sua jurisdição proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra todos os atos de discriminação racial que, contrariando a presente Convenção, violem os seus direitos individuais e as suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais satisfação ou reparação, justa e adequada, por qualquer prejuízo de que tenham sido vítimas em virtude de tal discriminação. Artigo VII – Os Estados Partes comprometem-se a tomar medidas imediatas e eficazes sobretudo no campo do ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra preconceitos que conduzam à discriminação racial e para favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, bem como a promover os objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da Presente Convenção.” (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Decreto nº 65.810, de 08.12.1969. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139390por.pdf>. Acesso em 13.06.2017, às 20:50 hs.

<sup>204</sup> “Parte II: Artigo 2 – 1) Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição. Artigo 10. 1) Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana. 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a recuperação social e reabilitação moral dos prisioneiros. [...] Artigo 24. Qualquer criança, sem distinção alguma de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, terá direito às medidas de proteção que sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir todas as formas de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer espécie de discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra qualquer, de origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: [http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)>. Acesso em 13.06.2017, às 20:52 hs.

<sup>205</sup> “Parte II: Artigo 2.3. Os países em desenvolvimento, levando em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais. Parte III: Artigo 6.1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda a pessoa de ter possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf)> Acesso em 13.06.2017, às 20:00 hs.

<sup>206</sup> “Considerando que os objetivos proclamados na Carta das Nações Unidas são a manutenção da paz e da segurança internacionais, o desenvolvimento das relações de amizade entre as nações e a cooperação internacional na solução de problemas

*Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*<sup>207</sup> (1969); *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul*<sup>208</sup> (1981); a *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias* (1990)<sup>209</sup>.

---

internacionais de carácter econômico, social, cultural ou humanitário e na promoção e no estímulo aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre Asilo Territorial*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-asilo-territorial.html>> Acesso em 13.06.2017, às 20:54 hs.

<sup>207</sup> Preâmbulo: “Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma protecção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Parte I: Deveres dos Estados e Direitos Protegidos. Artigo I – Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei. Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos: Poderão ser incluídos no regime de protecção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70.” [BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Decreto nº 678, de 06.11.1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 27.11.1969. *DOU* 09.11.1992. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/DO678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/DO678.htm), Acesso em 13.06.2017, às 20:56 hs.

<sup>208</sup> Na Carta da Organização da Unidade Africana a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade são objetivos essenciais para a realização das legítimas aspirações dos povos africanos. Reconhece-se que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica sua protecção internacional, e que por outro lado, a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos: “Parte I – Dos Direitos e dos Deveres: Capítulo I – Dos Direitos Humanos e dos Povos: Artigo 2. Toda a pessoa tem o direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra situação. Artigo 3. 1. Todas as pessoas beneficiam-se de uma total igualdade perante a lei. 2. Todas as pessoas têm direito a uma igual protecção da lei. Artigo 5. Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos. Artigo 12 – 2. Toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país. Este direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei, necessárias à protecção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moralidade públicas.” (CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> Acesso em 13.06.2017, às 20:57 hs.

<sup>209</sup> Em 1990, a Assembleia Geral da ONU adotou a *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*, um documento de carácter global inspirado em documentos internacionais que objetiva estabelecer normas que, tanto quanto possível, uniformizem as legislações e os procedimentos administrativos e judiciais dos Estados Membros. Consta da introdução da Convenção: “O trabalhador migrante não é um produto do século XX. Homens e mulheres têm abandonado os seus países, em busca de trabalho noutros lugares, desde que existe o sistema do trabalho remunerado. Porém, hoje a diferença está em que o número de

Uma das mais importantes manifestações sobre a situação dos imigrantes foi elaborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2003 e ficou conhecido como *Opinião Consultiva nº 18*. Nela, são tratadas as garantias jurídicas e os direitos dos migrantes indocumentados. A referida consulta foi apresentada no ano anterior (2002) e nas razões para sua apresentação, o México, na condição de Estado consulente, observou que tinha 5.998.500 trabalhadores fora de seu país, sendo 2.490,000 indocumentados e que, por isso mesmo, não possuíam a situação de migrantes regulares. Observou que os trabalhadores em situação irregular são objeto de tratamento hostil dada sua condição migratória e, em consequência, são considerados como um grupo inferior em relação aos demais trabalhadores legais ou nacionais do Estado onde se encontram. O Estado solicitante informou que em apenas cinco meses (1º de janeiro a 7 de maio de 2002) o México realizou intervenção por meio de suas repartições consulares em 383 casos de defesa de direitos humanos de seus nacionais, o que bem demonstra a necessidade de um pronunciamento da Corte a respeito<sup>210</sup>. Na Consulta, a Corte é indagada se:

1. Pode um Estado americano no que tange a sua legislação trabalhista tratar de forma prejudicial os migrantes indocumentados em relação aos residentes legais?
2. Pode um Estado americano tratar distintamente de forma prejudicial o migrante indocumentado em relação ao cidadão nacional ou ao migrante legal no que se refere a direitos trabalhistas?
  - 2.1. Pode-se considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas de um trabalhador imigrante indocumentado é compatível com os direitos de um Estado americano de assegurar a não discriminação e a proteção igualitária e efetivas da lei que impõem os tratados sobre o assunto?
3. Considerando-se os artigos 2º, parágrafos 1º e 2º e 5º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, inclusive o da

---

trabalhadores migrantes é muito superior ao verificado em qualquer outro período da história da humanidade. Milhões de pessoas que ganham a vida – ou procuram um emprego remunerado – chegaram na qualidade de estrangeiros aos Estados onde residem. Não há nenhum continente ou região no mundo que não tenha o seu contingente de trabalhadores migrantes.”

<sup>210</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/2003 de 17.09.2003, p. 12. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>, Acesso em 09.03.2012, às 16:25 hs.

igualdade perante a lei à efetiva proteção desta sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, diante dos compromissos internacionais decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e de outros compromissos do direito internacional de proteção dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

4. Considerando o progresso do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, especialmente as previstas nos instrumentos internacionais indicados na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não-discriminação e do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e nesse contexto, podem tais dispositivos ser considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as conseqüências jurídicas para os Estados membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem os artigos 3, incisos 1 e 17 da Carta da OEA?

Diante disso, a Corte Interamericana respondeu:

Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y practicas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

1. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

2. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

3. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

5. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

6. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la inatingibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

7. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

8. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

9. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

10. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio<sup>211</sup>.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho, na *Convenção para a Migração e Trabalho de 1939* (revisado em 1949), com vigência desde 22 de janeiro de 1952, conhecida como Convenção 97, trata dos trabalhadores imigrantes e tem o mérito de haver sido a primeira a especificar alguns direitos desses trabalhadores. Nela, os Estados Parte se comprometem a dar a todos os imigrantes que se encontrem legalmente no país tratamento não menos favorável ao que é aplicado a seus próprios nacionais em relação a remuneração, seguridade social, filiação sindical, horas de trabalho, férias, direito e contribuições de trabalho, impostos, etc.<sup>212</sup>

<sup>211</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/2003 de 17.09.2003, p. 12. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>, Acesso em 09.03.2012, às 16:25 hs.

<sup>212</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Convenção nº 97 da OIT, Trabalhadores Migrantes* (Revista em 1949). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvOITTrabMig.html> Acesso em 13.08.2017, às 18:30 hs.

## 5 O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

### 5.1 Considerações gerais

A implantação da transferência da execução penal de presos estrangeiros deve ser vista como mais um marco de humanização do sistema punitivo na história da humanidade, e nem por isso o derradeiro.

Hoje, quando se fala de Direito Penal, se pensa somente em prisão; contudo, esta é de surgimento relativamente recente se comparada a outras espécies de punição. O que é importante observar é que o mundo passou e passa por um longo processo de humanização e transformação tanto nos tipos de punição como também na forma de sua execução. Por isso mesmo é indispensável recordar quais foram as fases desse longo e contínuo processo de humanização.

Para entender o sistema punitivo hoje e para se ter uma noção de como será no futuro, devemos examinar seu surgimento, sua evolução, e as diversas fases pelas quais passou até chegar aos dias atuais. A importância do exame histórico é reconhecida por todos que estudam o Direito Penal, e como bem observado por Heleno Cláudio Fragoso (1926-1985): “A forma que o Direito Penal assume em determinado momento só pode ser bem entendida, no seu sentido geral e em cada uma de suas instituições, quando posta em referência com seus antecedentes históricos”<sup>213</sup>.

A história do Direito Penal, que também é a história da pena, como anotado por Roberto Lyra (1902-1982)<sup>214</sup>, é dividida em períodos: o da vingança privada, o da vingança divina, o da vingança pública, o humanista e o científico. Nesse percurso, houve importantes marcos de humanização em todas as etapas e, certamente, ainda haverá outros mais.

A aplicação de punições é tão antiga que há referências a elas no primeiro Livro da Bíblia<sup>215</sup>: Adão foi punido por desobedecer às regras ditadas por Deus. Ainda que não se considere a Bíblia como fonte histórica neste

---

<sup>213</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 31.

<sup>214</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, v. 2, p. 12.

<sup>215</sup> BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*, Cap. 3:23.

ponto, sabe-se que a pena sempre existiu, mesmo nos primórdios da humanidade, quando se aplicavam punições aos membros que violavam as normas de comportamento do grupo.

Desde então, muitas foram as mudanças pelas quais a pena passou, e isso não aconteceu somente nas modalidades de sua previsão, mas também nas justificativas para sua existência e na definição de seus objetivos.

O desenvolvimento e a evolução da humanidade conduziram à humanização do Direito Penal e, conseqüente e especialmente no sistema punitivo, tanto nas punições previstas como em sua execução. Para ilustrar este processo de humanização é necessário destacar algumas de suas etapas.

## 5.2 Dos primeiros agrupamentos à Idade Moderna

O homem primitivo vivia em grupos e tinha muitos medos: medo de pessoas estranhas, do desconhecido, da natureza, do que não entendia e, conseqüentemente, não conseguia explicar. Não devia ser fácil para ele compreender fenômenos da natureza como a chuva, os raios, os trovões, os terremotos, o fogo, os vulcões. Esses medos e a necessidade de se proteger de perigos reais ou imaginários o levaram a se agrupar e a coabitar, criando normas de conduta. Ele temia e adorava, ao mesmo tempo, o que não conhecia e não compreendia. Era aquilo que se convertia num misto de proibido e sagrado denominado por Sigmund Freud (1856-1939) de *tabu*<sup>216</sup> e que pode ser considerado o primeiro código não escrito<sup>217</sup>.

<sup>216</sup> O termo *tabu*, de origem polinésia, assemelha-se semanticamente ao termo *sacer*, corrente entre os antigos romanos, ao termo grego *ayos* e, ainda, à palavra hebraica *kadesh*. Seu significado não era preciso, expressando tanto o sentido de sagrado como o de misterioso, inabordável, proibido, impuro.

<sup>217</sup> Segundo Sigmund Freud, o homem primitivo acreditava que havia seres espirituais, alguns bons e outros maus, responsáveis pelos fenômenos naturais e pelo destino dos seres vivos, vegetais e coisas inanimadas. Por isso mesmo, o homem primitivo acreditava que a vingança pela violação do tabu era, na maioria das vezes, exercida pelo próprio tabu, vale dizer, pela própria divindade. Freud sustenta que: “a punição pela violação de um tabu era, sem dúvida, originalmente deixada a um agente interno automático: o próprio tabu violado se vingava. Quando, numa fase posterior, surgiram as idéias de deuses e espíritos, com os quais os tabus se associaram, esperava-se que a penalidade proviesse automaticamente do poder divino. Em outros casos, provavelmente como resultado de uma ulterior evolução do conceito, a própria sociedade encarregava-se da punição dos transgressores, cuja conduta levava seus semelhantes ao perigo. Dessa forma, os primeiros sistemas penais humanos podem ser remontados ao tabu”. (FREUD, Sigmund. Totem e tabu. Tradução de Órizon Carneiro Muniz, 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995, In: \_\_\_\_\_. *Obras completas de Sigmund Freud*. v. 13, p. 38).



A esse respeito, merece transcrição o posicionamento de Manoel Pedro Pimentel (1922-1991), que registra sobre essa fase da punição:

Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao 'totem' ou da desobediência ao tabu. Os infratores eram punidos severamente, com castigos ditados pelos encarregados do culto. O chefe religioso era também o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo<sup>218</sup>.

O homem primitivo acreditava que a ira provocada no ser sobrenatural pelo comportamento "criminoso" levaria à punição de todo o grupo e, para evitá-la todos os membros do grupo deveriam participar da execução da pena ao infrator. Dessa forma, buscava-se eliminar a cólera despertada na divindade e também evitar o castigo sobre todos os membros do grupo. Embora ainda não se possa falar propriamente em pena, essa punição tinha caráter sacral e uma finalidade expiatória.

Nessa fase, surgiram duas categorias de punições: uma cabível a membros do mesmo grupo quando se violava uma norma estabelecida entre eles, ofendendo desse modo o próprio clã, casos em que, como ensina Giorgio Del Vecchio (1878-1970) se impunha a expulsão do ofensor, o que significava condená-lo à própria morte, posto que a vida fora do grupo era praticamente impossível<sup>219</sup>. A outra punição era aplicada a membros de outros grupos (estrangeiros), pagando com sangue a violação às normas do grupo. A esse vínculo Erich Fromm chamou de *vínculo de sangue*, o qual consistia em "um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto"<sup>220</sup>. Jiménez de Asúa observa que:

El segundo caso aparece sobre todo, como un combate contra el extranjero y contra su *gens*, como una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de una de las partes contendientes".<sup>221</sup>

Desse modo, a punição era tão somente vingança privada, sem nenhum critério de aplicação e sem observância a qualquer medida de

<sup>218</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 119.

<sup>219</sup> DEL VECCHIO, George. *Lições de filosofia do direito*. 5ª ed. Tradução de Antônio Joaquim Brandão. Coimbra: Armênio Amaro, 1979, p. 521.

<sup>220</sup> FROMM, Erich. *Anatomia da destrutividade humana*. Tradução de Marco Aurélio Souza Matos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 366.

<sup>221</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. 1, p. 242.

proporcionalidade, e para alcançá-la tudo era permitido. Isso fez desse período um dos mais sangrentos da história do Direito Penal e levou à morte famílias e grupos inteiros. Como observado por Bernardino Alimena (1861-1915), “não se pode deixar de pensar que a primeira forma e a primeira justificação dessa função que hoje chamamos justiça penal deve ter sido necessariamente a vingança: vingança praticada pelo ofendido”<sup>222</sup>. Sobre isso Adolfo Prins afirma que:

O direito de vingança privada é o direito penal dos povos que estão ainda no começo da sua organização e que carecem de um poder central assaz forte para refrear os impetus do individuo entregue a si mesmo. Desde então se limita a conter a violencia pela violencia<sup>223</sup>.

Posteriormente, embora a vingança continuasse a ser um direito da vítima ou de sua família, ela passou a ser *regulamentada*. É isso que determinava a *lei de talião*, por meio da qual se incorporou ao sistema punitivo o princípio da proporcionalidade.

Essa *lei* determinou o primeiro marco de humanização do Direito Penal. Foi essa *lei* que regulamentou a punição, que deveria ser semelhante ou proporcionalmente igual à ofensa cometida, estabelecendo, por isso mesmo, limite ao espírito de vingança do ofendido: *olho por olho, dente por dente*. A incorporação do critério da proporcionalidade que deve existir entre infração e castigo foi tão importante, que até hoje está presente no sistema punitivo da maioria dos países, notadamente dos que professam um Direito Penal democrático.

Apesar do avanço que sua adoção representou no sistema punitivo, não foi difícil chegar à constatação das enormes desvantagens de suas consequências. Passou-se, então, a desestimular o sentimento de vingança do ofendido e, conseqüentemente, foi se transferindo a responsabilidade pela punição para pessoas neutras. Deste modo, buscava-se vingar a vítima e preservar a ordem social, embora a punição privada continuasse existindo como exceção<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ALIMENA, Bernardino. Introdução ao direito penal. Tradução de Maria Fernanda de Carvalho Bottallo, Editora Rideel, São Paulo: 2006, p. 68.

<sup>223</sup> PRINS, Adolfo. *Ciência penal e direito positivo*. Tradução de Henrique de Carvalho. Lisboa: Clássica, 1915, p. 16.

<sup>224</sup> Para Manoel Pedro Pimentel, não procede a ideia de que a pena tenha origem na vingança pública, por entender que a vingança não é uma pena. Então, assevera: “Entre a vingança – forma de punição – e a pena não há senão semelhança. Está hoje assentado que

Nas civilizações antigas<sup>225</sup>, por não haver distinção entre direito e religião, pois os Estados eram teocráticos, o sistema punitivo se caracterizava por sua acentuada religiosidade, tendo a pena natureza de catarse espiritual. Os povos antigos acreditavam que as punições provinham dos deuses e que eram seus representantes terrestres os responsáveis pela sua aplicação. A pena mais comum e mais largamente utilizada era a de morte, aplicada segundo as peculiaridades de cada povo, mas sempre executada publicamente e com crueldade. Em menor dimensão foram utilizadas as penas corporais, geralmente para crimes menos graves.

O exemplo mais representativo disso é o Código de Hamurabi, que teve especial importância para a história dos direitos babilônico, asiático e hebreu. Esse código é uma coletânea de normas proibindo determinadas condutas e as correspondentes punições que variavam de acordo com a classe social tanto do infrator como da vítima e nele se encontra a lei de talião. Foi isso que ocorreu com pequenas variações nas culturas egípcias, fenícias, hebraica, árabe, chinesa, indu, persa, assíria e inca.

Algumas civilizações antigas conheceram e aplicaram o instituto da *compositio*, pelo qual se buscava a conciliação entre infrator e vítima ou seus familiares pelo pagamento de pecúnia para reparar o dano provocado e com isso evitar a vingança. Para Jiménez de Asúa “asi nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición (de componere, arreglar, conciliar)”<sup>226</sup>. Os hebreus substituíram a aplicação indiscriminada do talião pela composição. A esse respeito, é importante registrar a observação de Bernardino Alimena ao examinar o surgimento do instituto da *compositio*:

O castigo constituído por mutilações e mortes foi substituído por um castigo equivalente. Surgiu a composição. A composição que hoje nos parece, e é, absurda assinala uma das maiores vitórias alcançadas pelo homem. Com a composição era manifesta a medida

---

não há dependência histórica entre pena e vingança. Ontologicamente desligadas, oferecem caracteres acidentais comuns. Erram os que pretendem fundar a primeira nas bases irracionais da segunda. Mesclaram-se, é verdade, em um determinado período, ao fim do qual a pena seguiu sendo uma reação contra o mal, fundada racionalmente na necessidade de manutenção da ordem e da paz na comunidade, enquanto a vingança permaneceu como uma forma de reação da natureza humana, despertada irracionalmente pelo dano. (PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 121)

<sup>225</sup> A Antiguidade compreende o período que vai desde o descobrimento da escrita, isto é, 4000 a. C. a 3500 a. C., até a queda do Império Romano, vale dizer, até o ano 476 d. C. Nesse período, a organização social, política e econômica se caracteriza pelo poder absoluto do soberano.

<sup>226</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, cit., t. II, p. 244.

da ofensa, e, por conseguinte, a medida da pena. O passo da vingança e do Talião à composição é um fenômeno constante em certo momento da história de todos os povos e teve lugar precisamente quando a vingança, a vingança da vingança e o Talião nada mais faziam que multiplicar o mal.<sup>227</sup>

Sem dúvida, isso contribuiu muito para mitigar o sistema punitivo de então e, conseqüentemente, iniciar a humanização do sistema punitivo.

Posteriormente à invasão de Roma e com o fortalecimento do *Estado* e a instalação da monarquia, o poder de punição privada sofreu restrições. Os germânicos conheceram principalmente como penas a *wehreld*, que consistia numa indenização, mas principalmente na submissão do infrator à vítima ou sua família passando a servi-lo como escravo; a *buse*, que era uma pena de multa à vítima ou sua família para se livrar da vingança privada, e o *friedensgeld* ou *fredum*, que consistia no pagamento ao soberano de dinheiro pela violação da paz. Foram aplicadas, também, a pena de morte e as penas corporais. Em alguns casos, a *compositio* era aplicada voluntariamente e, em outros, imposta compulsoriamente. Para os crimes mais graves se aplicava a “perda da paz” (*friedlosigkeit*), pela qual se perdia a proteção social.

Merece transcrição o trecho escrito por Nilo Batista ao examinar o Direito Penal germânico no período antigo:

O estranho, ou seja, aquele que não é conhecido, que não integra as estruturas familiares e grupais da organização social germânica ou foi delas removido, é o grande alvo de suas práticas penais. Nada mais coerente para uma sociedade cuja paz se turbava precisamente pela ruptura das rotinas cotidianamente cumpridas e celebradas: o desconhecido/externo subverte e amedronta, impede que hoje seja como ontem e anteontem.<sup>228</sup>

Os gregos foram os responsáveis pela introdução da discussão das razões do direito de punir e sobre a finalidade da pena, o que se deve especialmente a Sócrates (469-399 a. C.)<sup>229</sup>. Com a punição, objetivavam castigar o infrator e inibir o cometimento de novos crimes. Para eles quem cometia o crime pela pena expiava o mal e assim se purificava. Também

<sup>227</sup> ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*, cit., p. 70.

<sup>228</sup> BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, v. 1, ed. Revan, Rio de Janeiro: 2002, p. 36.

<sup>229</sup> BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 8ª ed., 2010, p. 104.

Sócrates ensina que o direito é instrumento humano de coesão social dirigido a encontrar o bem comum, o que é alcançado pelo cultivo das virtudes<sup>230</sup>.

Platão<sup>231</sup> (427-347 a. C.), por sua vez, sustenta que a lei tem origem divina e nesse sentido, que a justiça é a força da harmonia entre as diferentes virtudes da alma e considera a pena como instrumento para impor o respeito à lei. Para ele, o criminoso deve ser tratado, e não simplesmente castigado, e assim buscar a ressocialização e sua reeducação. Mas, também afirma que, caso fosse necessário para a proteção da sociedade, quando o criminoso não possa ser corrigido, poderá se aplicar a pena de morte. Para o corrigível, a pena deve ter um fim preventivo e ser vista como “medicina da alma”. Defende a ideia de expiação e retribuição da pena.

Por sua vez Aristóteles (384-322 a.C.)<sup>232</sup> vê a pena como uma necessidade e com a função de atingir o ideal desejado de moral. Afirma que na prática de um crime essa igualdade é quebrada e que é pela aplicação da pena que essa igualdade se restabelece. Certamente, a principal contribuição dos gregos a respeito da pena foi afastar sua exagerada natureza sagrada e ver no crime um ataque à coletividade e não aos deuses.

Os romanos produziram incontáveis e importantes documentos jurídicos desde a *Lei das XII Tábuas*, que se inspira na igualdade social e política, até Justiniano<sup>233</sup>. Apesar disso, imperava o terror. As punições eram desproporcionais para assegurar o poder amedontrador sobre o povo. Para eles, as penas são meio de prevenção do crime. Os fins da pena são a expiação da culpa ou retribuição pelo dano social causado e a intimidação das pessoas pelo temor da punição.

Assim como os gregos, os romanos puniam não para satisfazer as divindades, mas, sim, a coletividade. Incluía-se aí a vítima e/ou sua família, até mesmo para desestimular a vingança privada nos casos em que não era

---

<sup>230</sup> JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, v. I, p. 273/278.

<sup>231</sup> PLATÃO. *Diálogos*, vols. III e IV. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Pará: Universidade Federal do Pará, p. 214.

<sup>232</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*: livro X. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 3ª ed., 1992, p. 97, 206-208.

<sup>233</sup> Este texto foi a base de todos os direitos penais da Idade Média na Europa: o *Digesto* de Justiniano, que por sua vez influenciou o *Fuero Juzgo* dos visigodos, que foi a base das Partidas de Afonso X, que foi o pilar da Nova Recopilação de Felipe II, até o século XIX, quando começaram as primeiras codificações modernas e foram a base do *Digesto* de Justiniano. (GARCIA BENITEZ, Antonio. *Los Orígenes de la pena*, Padilla Libros & Libreros, Sevilla:2009, p. 57)

admitida ou para limitá-la quando cabível. Do mesmo modo, aplicavam as penas com o objetivo de recuperar o infrator. A esse respeito, merece destaque Sêneca (4 a.C- 65 d.C), ao sustentar que a pena serve para defender o Estado, buscar a regeneração do infrator e evitar que novos crimes sejam cometidos<sup>234</sup>.

A punição à família do infrator pretendia ter um caráter ético (*corrupção do sangue*) e de controle social. Por sua vez, as mutilações eram feitas para dificultar que o indivíduo cometesse outros crimes<sup>235</sup>.

O Imperador Constantino, que aderiu ao Cristianismo e implantou a liberdade de culto, também contribuiu para a humanização das penas ao defender que houvesse *prisões* para infrações menos graves, que elas fossem limpas e que os presos tivessem contato com o ar livre pelo menos uma vez ao dia.

Observa Eugenio Raul Zaffaroni<sup>236</sup> que com Grécia e Roma “*se mundaniza marcadamente el derecho penal*”, o que não significa, segundo o próprio autor, uma vitória. Lentamente, a influência da religião e a natureza sagrada das penas e de sua aplicação foram se distanciando do Direito Penal, o que foi importante para a contínua evolução do sistema das penas. Com acerto, assevera Jayme Altavilla:

Entretanto, o direito havia perdido o seu mistério; deixara de ser frustradamente sagrado; saíra da escuridão conveniente dos templos; poderia ser agora consultado e invocado por patrícios e plebeus; fincara no solo romano o seu princípio de universalidade; deixara de ser um raio fulminante de Júpiter para se constituir um clarão perpétuo na razão humana; deixara de ser um ditame real para se transformar num mandamento escrito e divulgado; deixara de ser um subterfúgio legal para se converter numa comunhão de idéias e de interesses coletivos; não era mais um atributo dos sacerdotes, porque passara à secularidade e ao condomínio do povo; não era uma fórmula imprecisa e obsoleta e sim a consubstanciação de uma conquista historiada em doze placas de bronze de boa têmpera, encravadas naquela parte do foro destinada aos comícios e banhada pela luminosidade rubro-dourada do sol que fecundava pródigamente todo o Lácio.<sup>237</sup>

A respeito da importância que as culturas grega e romana tiveram para o desenvolvimento do sistema punitivo anota Renê Ariel Dotti:

<sup>234</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 125.

<sup>235</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 124/125.

<sup>236</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*, Parte general, Ediar: Buenos Aires, 1985, p. 146.

<sup>237</sup> ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*, São Paulo: Melhoramentos, s./d., p. 63.

Segundo a opinião generalizada dos estudiosos, foi através da teoria e da prática greco-romana que a reação penal alcançou os estágios mais evoluídos do pensamento penalístico da antiguidade. Embora sem o registro de marcas definitivas, posto que o processo revelava marchas e contramarchas, pode-se concluir que a cultura grega e a cultura romana constituíram a secularização de sistemas penais que procuravam identificar essência da condição humana e desenvolver a noção de Estado diferenciada das concepções teocráticas que inflavam as antigas comunidades sociais.<sup>238</sup>

Na América do Sul, entre os Incas, cuja organização social e política também era teocrática, mas socialista, as infrações contra o Inca eram reprimidas severamente. As punições eram aplicadas segundo a situação do infrator, isto é, se nobre ou plebeu, favorecendo os primeiros. Não se aplicavam penas pecuniárias<sup>239</sup>.

O que é comum em todas as culturas antigas é não haver privação de liberdade como sanção autônoma, mas somente como medida cautelar para garantir a execução da pena ou para assegurar a produção de provas. Se inicialmente a punição ficava sob a responsabilidade única do ofendido ou de sua família, tal fato foi mudando e a pena passou a ser aplicada para satisfazer à coletividade e exercida por uma organização estatal, ainda que incipiente. Sobre o sistema punitivo nas culturas antigas, observa Altavilla:

As legislações antigas foram más, porém sinceras, expondo nos seus ordenamentos restrições odiosas e penalidades sanguinárias e brutais, compatíveis com o seu tempo. As legislações modernas, com algumas exceções, são enfáticas e hipócritas, ostentando postulados democráticos das alheias declarações de direitos, mas condicionando as suas aplicações e regulamentações que os anulam, na prática, tal como as constituições dos Estados subordinados ao heliocentrismo soviético.

Nos códigos antigos, os legisladores que os outorgaram em nome de seus deuses, não procuraram encobrir os seus incisos de ferro; antes se vangloriavam deles, a exemplo de Hamurabi e de Manu. O despotismo estatal exsurgia dos seus textos, sem subterfúgios e reticências. Aquêles direitos conservaram, da forja elaborativa, todo o vermelho de sua escandescência. Incidiam sobre os fatos, sem rodeios e afetações desnecessárias. Imprimiam conceitos brutais, porém sem impostura<sup>240</sup>.

Durante a Idade Média<sup>241</sup>, o sistema punitivo foi marcado, principalmente, pela superstição, pelo terror e pela crueldade. Os estados

<sup>238</sup> DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 131.

<sup>239</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, v. I, p. 923/933.

<sup>240</sup> ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*, cit., p. 197.

<sup>241</sup> Ela durou dez séculos começando com a queda do Império Romano em 1476, perdurando até a destruição de Constantinopla, em 1453.

voltaram a ser teocráticos, a Igreja consolidou sua hegemonia e a religião voltou a exercer enorme influência sobre o direito e, de modo especial, sobre o Direito Penal, principalmente pela influência das *ordálias* e *juízos de Deus* dos germanos. O sistema punitivo medieval, especialmente a partir da Alta Idade Média, orientou-se pela política penal introduzida pela Santa Inquisição por meio dos *Tratados de Latrão* de 1215. O Direito Penal canônico começou no século XII e se caracterizou pelo seu caráter sagrado, retribucionista e de vingança divina. Para a Igreja Católica, a pena devia ser utilizada para salvar a alma do criminoso mesmo que isso implicasse no sacrifício de seu corpo. Ao mesmo tempo, como anota Anibal Bruno (1890-1976)<sup>242</sup>, disciplinou a repressão e fortaleceu a autoridade pública, pelo combate à vingança privada com as *tréguas de Deus* e o asilo religioso.

Santo Agostinho (354-438)<sup>243</sup> e São Tomás de Aquino (1225-1274)<sup>244</sup> tiveram enorme influência sobre a orientação punitiva dessa época. Para Santo Agostinho, a pena deve ser proporcional à infração e deve ter por finalidade a prevenção geral conseguida pela intimidação e de prevenção especial obtida pelo “tratamento” dado ao delinquente. Para ele, o importante é o julgamento no juízo final. Para São Tomás, a pena deve ser retributiva, o direito de castigar é uma delegação divina e deve, por isso mesmo, aproximar-se da justiça divina. Sustenta que a pena de morte se justifica nos casos em que o criminoso seja perigoso para a sociedade. Para ambos, a pena é um mal necessário, oposto ao crime cometido, traduzido no brocardo *malum passionis ab malum actionis*.

Nesse período, predominou largamente o sistema punitivo aplicado sobre o corpo do criminoso. Para o direito canônico, o crime e o pecado escravizavam a pessoa, e a pena era o meio para conseguir sua libertação. Sobre a pena corporal anota Adolpho Prins:

O poder publico aproveita-se em toda parte desta situação para transformar o direito penal, eliminar do systema repressivo a antiga noção da reparação e da multa, e fazer triumphar a noção da pena publica e corporal e o principio da intimidação<sup>245</sup>.

<sup>242</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1, v. 1, p. 86.

<sup>243</sup> AGOSTINHO (Santo). *A Cidade de Deus contra os pagãos*. Tradução Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2ª ed., 1990, Parte II, Livro Vigésimo Primeiro, Cap. XI, p. 502.

<sup>244</sup> AQUINO, Tomas de. (São). *Suma teológica*. Parte II-II, art. II. Tradução Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980, p. 2540.

<sup>245</sup> PRINS, Adolpho. *Ciência penal e direito positivo*. Tradução de Henrique de Carvalho. Lisboa: Clássica, 1915, p. 20-21.



Por sua vez, observa Moniz Sodré<sup>246</sup>, “em nome da justiça foram praticados, durante vários séculos, actos de terrificantes supplicios e crudelissimas torturas que ainda hoje nos encham de indignação e de horror”. Francisco Silva Ferrão (1798-1874), cuja obra foi publicada em 1856, em Lisboa, faz um preciso resumo do que ocorrera até então:

A historia do Direito Penal é uma historia de crimes moraes, de tyrannias, de horrores, de tormentos, e de sangue, que fazem estremecer a humanidade, que hoje contempla os factos, e que não pôde, na presença delles, deixar de recuar tremendo. Parece impossível, que houvessem legisladores, juizes, executores de alta justiça, a representar activamente nas repetidas scenas de supplicios os mais variados, todos corporaes, todos afflictivos, a respeito dos quaes a imaginação do homem procurasse com esmero a preferêcia e a invenção de martyrios os mais dolorosos contra seres da mesma especie, contra irmãos, contra filhos. Os homens, peóres que as feras, a pretexto de punir os malefícios, commeteram crimes mais reprehensíveis, que os que pretenderam reprimir. Deram o exemplo de crueldade, da violação dos direitos individuaes, e dos de propriedade.<sup>247</sup>

Embora tenha havido, durante a Idade Média, um importante documento, a *Magna Carta* (1215), que introduziu a ideia de reconhecimento dos direitos humanos, ela não trouxe em seu bojo menção direta à noção de humanização das penas.

Foi com o término da Idade Média, que ocorreu com a Queda de Constantinopla (1453), e o surgimento do Renascimento, no início do século XV, caracterizado pelo retorno à Antiguidade Clássica e o aparecimento dos Estados monárquicos, que se estancou o que se denominou Direito Penal do Terror. Esse novo momento – que ficou conhecido como *Período das Luzes* – exigia que também no Direito Penal houvesse mudanças, e isso ocorreu graças, especialmente, à contribuição de alguns ousados pensadores.

Tommaso Campanella (1568-1639)<sup>248</sup> considera o Direito Penal sob o enfoque sociológico, pois para ele o crime é derivado das diferenças existentes entre ricos e pobres e a pena tem, ademais, caráter medicinal.

O *Absolutismo* que ocorreu na Idade Moderna<sup>249</sup>, entre os séculos XV e XVIII, teve importantes teóricos para justificar a existência da pena. Assim, por

<sup>246</sup> MONIS SODRÉ, Antônio. *As três escolas penais*, 3ª edição, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., São Paulo: 1928, p. 17.

<sup>247</sup> FERRÃO, Silva *apud* DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 124.

<sup>248</sup> CAMPANELLA, Tommaso. *A cidade do sol*. Tradução Aristides Lobo. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 90.

exemplo, Baruch Spinoza (1632-1677)<sup>250</sup> e John Locke (1632-1704)<sup>251</sup> afirmam que o fim da pena é a manutenção da obediência dos súditos ao rei e da segurança comum. Desse modo, a pena serve para impedir que novos crimes sejam cometidos tanto pelo próprio infrator como por outros.

Por sua vez, Nicolai Maquiavel (1468-1527), defende em sua obra *O Príncipe* (1532) que a punição deve ter fim intimidativo e deve servir para garantir a segurança da sociedade e assegurar ainda que o rei conserve o poder.

Para Thomas Hobbes (1588-1679), a origem da pena está no contrato social que se justifica pelo instinto de conservação, desse modo, o soberano responsável por proteger e manter a coletividade em segurança precisa proibir condutas e punir seus infratores. Para Hobbes<sup>252</sup>, a pena é “um dano infligido pela autoridade pública, a quem fez ou omitiu o que pela mesma autoridade é considerado transgressão da lei, a fim de que assim a vontade dos homens fique mais disposta à obediência”. Para ele, na pena não deve haver influência divina, devendo existir proporcionalidade entre infração e punição. Já para Jacques Bossuet (1627-1704)<sup>253</sup>, o poder é derivado de Deus e a pena não se preocupa em recuperar o criminoso, mas em intimidar a população.

Hugo Grotius (1583-1645)<sup>254</sup> considerado o fundador do direito internacional teve importante papel no desenvolvimento do sistema punitivo, segundo Franz Von Liszt (1851-1919): “apenas Hugo Grocio [...] elevou o direito natural à categoria de ciência independente, empenhou-se na discussão sobre os fundamentos do direito de punir”<sup>255</sup>.

Importante salientar que é durante o Período Moderno que florescem documentos de teor humanista, principalmente na Inglaterra, embora ainda

<sup>249</sup> A Idade Moderna começou com a Revolução Francesa, em 1789, e segue até nossos dias.

<sup>250</sup> SPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político*. Tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1988, p. 323.

<sup>251</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. Cap. VII. In: \_\_\_\_\_. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>252</sup> HOBBS, Thomas. *O leviatã: ou matéria, forma e poder de uma República Eclesiástica e Civil*. São Paulo: Icone, 2003, p. 262-263.

<sup>253</sup> BOSSUET, Jean. *A política segundo as santas escrituras*. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

<sup>254</sup> GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Tradução, introdução e notas de Primitivo Mariño Gomez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, edição bilingue, 1987.

<sup>255</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v. 1, p. 56.

vinculados a sociedades de estamentos sociais rígidos, destacando-se o *Bill of Rights* (1688), *Petition of Rights* (1628) e *Act the Habbeas Corpus* (1689).

Certamente o século XVIII foi o mais importante para a humanização do Direito Penal. Basta recordar alguns dos acontecimentos ocorridos nessa época: a *Revolução Francesa* (1789); a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e o *Iluminismo*. Foi nesse período que se deu a valorização do homem, da cultura, da busca da razão, da diminuição da influência da religião e a exigência que se apresentasse uma justificativa racional para a pena.

Alguns pensadores desse período se destacaram por suas ideias revolucionárias, especialmente as de cunho político e humanista: Voltaire (1694-1778), Rousseau (1712-1778) e Beccaria (1728-1794) foram decisivos para a humanização do sistema punitivo.

Por sua vez, Samuel Puffendorf (1632-1694), Christian Tomasius (1655-1728) e Christian Wolf (1679-1754), que eram jusnaturalistas, fundamentavam o direito do Estado na razão, vendo o fim da pena na utilidade comum - por isso mesmo, recusavam o princípio da retribuição da pena. Por sua vez, Montesquieu (1689-1755)<sup>256</sup> pedia a reforma do Direito Penal e a independência do Poder Judiciário, o respeito ao homem baseado numa moral laica, a abolição das penas excessivas e inúteis, a abolição da tortura e a defesa de que a lei deve se dirigir a evitar o crime e a proteger o indivíduo.

Por sua vez, Rousseau<sup>257</sup> que escreveu *Contrato Social* (1762), proclamou os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos. Por seu turno, Voltaire<sup>258</sup> pediu a renovação dos costumes judiciários, argumentando que os juízes devem ser escravos da lei e que as sentenças devem estar fundamentadas nelas; também defendeu a reforma das prisões e a abolição da pena de morte, devendo ser substituída por trabalhos forçados. Defendia que nos casos de punição devia-se punir utilmente.

Cesare Beccaria publicou, em 1764, o livro que viria a dividir o Direito Penal: antes e depois *Dos Delitos e das Penas*. Em seu precioso livro atacou o

---

<sup>256</sup> Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2000.

<sup>257</sup> ROSSEUAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 1ª ed., 2006.

<sup>258</sup> VOLTAIRE. *Cartas Filosóficas*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, V. 58. São Paulo: Editora Escala, s.d.

sistema punitivo então existente, isto é, um direito penal cruel e aterrorizante. É preciso reconhecer que entre as influências recebidas por Beccaria estão Montesquieu, Rousseau, D'alembert (1717-1783), Diderot (1713-1784), Buffon (1707-1788), Hume (1711-1786), Helvetius (1715-1771) e os irmãos Alessandro (1741-1816) e Pietro Verri (1728-1797)<sup>259</sup>.

Com Beccaria começa uma nova etapa para o Direito Penal; sobre sua importância observa Altavilla:

Beccaria não criou nenhuma filosofia, nem fez nenhuma revelação de caráter divino. Sua justa imortalidade está no seu sentido de percepção criminológica e na oportunidade da exposição de suas idéias. Teria ele o destino de iniciar na Itália a constelação de criminologistas que se seguiu com Carrara, Lombroso, Garofalo, Pessina, Ferri e Sighele.

Por certo nunca imaginou a revolução que o seu livro iria trazer à ciência penal do mundo, nem sua biografia registra qualquer gesto que lhe denunciasse pretensões messiânicas.

Foi apenas um espírito penetrante e empreendedor, a serviço da causa humana, com a indiscutível virtude do seu postulado. Porém isso foi o bastante para que a sua consagração se tornasse universal, na proporção em que o seu trabalho de elucidação penal ia sendo traduzido e as suas idéias taxadas nas legislações penais que se seguiram<sup>260</sup>.

Foi com Beccaria que se iniciou o denominado período humanitário, quando se exigiu que houvesse respeito pelo ser humano, principalmente quando fosse processado criminalmente e durante a execução da pena. Entre as principais reformas apresentadas por Beccaria se destacam: distinção clara entre crime e pecado, o poder legislativo não poder se confundir com o poder judicial, assegurar o princípio da legalidade: assim, somente as leis podem prever penas; a publicidade do processo; abolição da tortura como método processual; igualdade de todos perante a lei; proporcionalidade entre crime e

---

<sup>259</sup> É o próprio Beccaria, em carta endereçada a Morellet, que reconhece: "Lo debo todo a libros franceses. Ellos fueron los que desarrollaron en mi espíritu los sentimientos de humanidad, ahogados por ocho años de educación fanática. D'ALMBERT, DIDEROT, HELVECIO, BUFFON, HUME: nombres ilustres que no se puede oír pronunciar sin comoverse, vuestras obras inmortales son mi continua lectura, el objeto de mis ocupaciones durante el día y de mis meditaciones en el silencio de la noche... De cinco años data la época de mi conversión a la Filosofía, y la debo a la lectura de Lettres persannes. La segunda obra que remato la revolución en mi espíritu es la de HELVECIO. El es quien me ha impulsado con fuerza por el camino de la verdad, y quien despertó mi atención, antes que nadie, sobre la ceguera y los errores de la Humanidad. Debo a la lectura de l'Espirit una gran parte de mis ideas." (*Derecho penal* (De los delitos y de las penas) Estudio preliminar por Quintiliano Saldaña, Madri, Librería y Casa Editorial Hernando, 1930, p. 8).

<sup>260</sup> ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*, cit., p. 147.

punição; abolição da crueldade das penas: assegurava que não é a crueldade das penas que evita os crimes e sim sua infalibilidade; a utilidade das penas; abolição da pena de morte a não ser por razões de segurança nacional ou quando o acusado possa iniciar uma revolução contra o governo estabelecido.

Também merece destaque o nome do inglês John Howard (1726-1790), considerado o responsável pelo surgimento da ciência penitenciária. Depois de ficar preso em Brest (França) e voltar à Inglaterra, passou a defender a melhoria das condições prisionais. Mais tarde, nomeado *sheriff* do condado de Belfast (1772) e *sheriff* de Bedford (1773) implementou medidas humanizadoras nesses estabelecimentos. Em 1774 apresentou à Câmara dos Comuns um projeto de reforma carcerária, sem conseguir que fosse aprovado. Em 1779 tentou mais uma vez a aprovação do projeto, sem êxito.

Em 1777, publicou o livro *The State of Prison in England and Walles with an account of some goregen*, o que levou à edição de um documento escrito em benefício dos presos e conhecido como *Howard Acts* e à elaboração do projeto das *Penitentiary Houses*. Neles defendia que devia haver isolamento noturno entre os presos e que a religião devia ser a base da reforma moral do preso. Também pregava melhores condições de higiene e de alimentação, defendia que devia haver disciplina diferenciada para os presos provisórios e para os condenados devia haver trabalho<sup>261</sup>. Suas ideias inspiraram diretamente a reforma do sistema penitenciário da Inglaterra, EUA, Itália, Países Baixos, Holanda e Prússia, além de influenciar muitos outros países e pensadores.

Na Espanha, no mesmo período, o mexicano radicado na Espanha, Manuel de Lardizabal y Uribe (1744-1820), em trabalho publicado com o nome *Discurso sobre las penas* (1782) defendia que o objetivo das penas é buscar a recuperação do criminoso. Elas devem ser aplicadas desde que haja alguma utilidade em sua execução, razão pela qual se justifica seu caráter retributivo. Da mesma forma que Beccaria, também defendeu a intranscendência da pena e a proporcionalidade que deve haver entre crime e punição; aliás,

---

<sup>261</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 135; LEAL, Cesar de Barros, *Prisão: crepúsculo de uma era*, cit., p. 32; OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, cit., p. 6; DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal*, cit., p. 145.

Quintano Ripollés o chama de “el Beccaria español”<sup>262</sup>. Merece destaque sua observação a respeito da comprovação de que os presos condenados, em sua maioria, saíam pior do que entraram no cárcere - por isso defendia a necessidade de implantação de estabelecimentos prisionais correccionais para que aqueles que, ao deixarem a prisão, estivessem preparados para o retorno ao grupo social e, assim, fossem úteis à coletividade.

### 5.3 A privação da liberdade como sanção penal

Embora não seja possível precisar quando ocorreu o surgimento da pena privativa de liberdade como sanção penal autônoma, atribui-se sua origem a religiosos: estes, ao violarem normas religiosas de condutas, trancavam-se em suas celas para refletir e expiar seus pecados. Independentemente da precisão dessa assertiva, é valiosíssima a contribuição da Igreja Católica e de Igrejas Protestantes para a utilização e expansão da privação de liberdade como pena autônoma. Embora hoje possa parecer estranho, o surgimento dessa espécie de castigo constitui um dos mais importantes marcos de humanização do direito punitivo. É preciso registrar que sua incorporação ao Direito Penal foi determinante para colocar fim ao terrível período de terror imposto pela crueldade das sanções que existiam até então. Com inteira razão, registra Hilde Kaufmann:

La introducción de la pena privativa de la libertad fue el producto del desarrollo de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano. Esta evolución condujo precisamente a la adopción de reglamentos carcelarios, que sorprenden por su humanidad y cuya lectura todavía hoy impresiona, cuyo primer exponente es del año 1595 y ya aseguraba buen tratamiento y muchos derechos a los presidiarios<sup>263</sup>.

O primeiro estabelecimento destinado ao cumprimento de prisão como pena começou a funcionar em Londres, em 1550, denominado, a partir de 1575, *House of Corrections*. Era, na verdade, um castelo abandonado e fundado por protestantes, no qual se recolhiam menores de rua, bêbados e prostitutas, sem que houvesse qualquer outra finalidade que não a própria privação da liberdade.

---

<sup>262</sup> SALDAÑA, Quintiliano. *Estudio preliminar*, De los delitos y de las penas, cit., p. 23.

<sup>263</sup> KAUFMANN Hilde. *Criminología: ejecución penal y terapia social*. Tradução de Juan Bustos Ramires. Buenos Aires: De Palma, 1979, p. 18-19.

Como observa Evandro Lins e Silva (1912-2002):

A prisão, como método penal, é relativamente recente. Antes, ela era terrivelmente cruel e impiedosa; eram os orgástulos, as enxovias, as masmorras, vestíbulos dos pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios, bastidores do cenário final onde os acusados morriam atezados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia<sup>264</sup>.

Michel Foucault (1926-1984)<sup>265</sup> afirma que a prisão, como instituição, não tem mais de 200 anos, o que é verdade; em nosso país, por exemplo, aparece pela primeira vez no Código de 1890, para substituir as penas corporais, especialmente os açoites, o desterro e a própria pena de morte. A grande aceitação da pena privativa de liberdade como espécie de sanção criminal encontra-se precisamente na maior humanização do Direito Penal<sup>266</sup>.

O inglês Jeremias Bentham (1748-1832), autor do livro *Theory of penaltys and recompenses* (1781), vê na pena um fim utilitário e dá uma importantíssima contribuição à humanização das prisões. Bentham apresentou uma nova concepção de penitenciária, um novo projeto arquitetônico e propôs a separação dos presos por sexo, ao mesmo tempo em que recomendava o fornecimento de alimentação adequada, vestuário, limpeza, trabalho, assistência à saúde, educação e ajuda aos egressos<sup>267</sup>.

<sup>264</sup> LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Gramatica*. In Sistema penal para o terceiro milênio – atas do colóquio Marc Ancel, (org.) João Marcello de Araújo Junior, 2ª Ed, Editora Revan: Rio de Janeiro, 1991, p. 17.

<sup>265</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História e violência nas prisões*. 32ª ed. tradução de Raquel Ramallete. Ed. Vozes: Petropolis, 1987 p.195.

<sup>266</sup> Para a efetiva aplicação da pena de prisão, foram construídos ou utilizados diversos estabelecimentos especialmente destinados a esse fim. Desse modo, na Inglaterra, em 1576, foi instituída lei determinando que em todos os condados deveria haver um estabelecimento prisional. Outro exemplo são as casas inauguradas em 1558, em Nuremberg, e as de Amsterdam, em 1595 para homens, e em 1597 para mulheres, estas construídas pelos protestantes. Na Alemanha também foram construídas casas destinadas à correção daqueles que delinquirem, o que se deu em Bremen (1609), Lubeck (1613) e Hamburgo (1622) (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, cit., p. 6). Como exposto, a Igreja Católica se empenhou em construir estabelecimentos correccionais, como foi o caso do Hospício de São Miguel por iniciativa do Papa Clemente XI, inaugurado em Roma em 1703, destinado a menores infratores. Em 1735, foi construída outra penitenciária para mulheres, também por determinação do Vaticano, e a Casa de Correção de Gand, em 1775, na Bélgica, por Hipolite Vilain (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, cit., p. 6). Na França, em 1656, começou a funcionar o primeiro estabelecimento prisional destinado a internar vagabundos. Mais tarde, o Rei Luiz XVIII criou, em 1819, o *Conseil Supérieur des Prisons*, uma das primeiras manifestações de política criminal e penitenciária com a qual foi possível apurar, punir e corrigir os maus tratos a que eram submetidos os presos (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*, cit., p. 7).

<sup>267</sup> Bentham idealiza um sistema progressivo com dois estágios: o primeiro era de muita disciplina e muito trabalho e o segundo, de liberdade parcial que ele chamava de “meia liberdade”.

## Sobre a contribuição de Bentham aponta César Barros Leal que foi ele

o:

propugnador do utilitarismo em sede de direito penal e que idealizou um modelo de prisão celular, o panótico, um estabelecimento circular ou radial, no qual uma só pessoa, desde uma torre, podia exercer controle total dos presos, vigiando-os no interior de seus aposentos. O panótico, ademais, não se limitava ao desenho arquitetônico, associando-se em seu projeto a um regime caracterizado pela separação, higiene e alimentação adequadas, além da aplicação, embora excepcional, de castigos disciplinares.<sup>268</sup>

É fundamental registrar que, sobre os métodos de cumprimento da pena de prisão, surgiram, ao longo do tempo e em diversos países, diretrizes específicas sobre como a referida sanção deveria ser cumprida. Esses princípios denominaram-se sistemas, destacando-se o Sistema Filadélfico<sup>269</sup>, o Auburniano<sup>270</sup>, os Sistemas Progressivos<sup>271</sup>, especialmente o Progressivo Inglês<sup>272</sup>, o Progressivo Irlandês<sup>273</sup>, o Sistema Reformatório de Elmira<sup>274</sup>, o

<sup>268</sup> LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*, cit., p. 33.

<sup>269</sup> Nos Estados Unidos, William Penn (1644-1718), contrário que era à utilização de penas cruéis tentou humanizar o sistema punitivo na América, o que não conseguiu por não receber autorização do Rei Carlos II da Inglaterra. A busca pelo abrandamento do sistema punitivo também contou com a colaboração de desconhecidos. Exemplo disso é o caso da prisão Walnut Street Jail, na Filadélfia, que, como dito por Pimentel, nada mais era do que uma aglomeração de presos (PIMENTEL, M. P. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 137) e na qual, graças aos chamados *quackers*, em 1790, adotou-se o sistema conhecido como pensilvânico. Esse sistema também foi implantado nas prisões de Pittsburgh (Western Penitentiary) e Cherry Hill (Eastern Penitentiary), inauguradas em 1818 e 1829, respectivamente, inspiradas na penitenciária *panopticon*, idealizada por Jeremias Bentham. Também foi adotado na Europa, especialmente, até o início do século XX, em países como Holanda, França, Suécia e Inglaterra. Nesse sistema, os presos eram separados em celas individuais, não podendo realizar qualquer atividade e nem receber visitas, o silêncio absoluto era obrigatório. Com isso pretendia-se que o preso meditasse e se arrependesse. Para tanto, podia contar com a leitura da Bíblia e conversar com o capelão ou com membros da comunidade responsáveis por dar assistência aos condenados, que formavam o que ficou conhecido como *Sociedade de Philadelphia para Aliviar a Miséria das Prisões Públicas*. (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit., p. 51)

<sup>270</sup> Assim chamado porque foi na penitenciária de Auburn, no Estado de Nova York em 1818, que começou a ser utilizado. Também ficou conhecido como *Silent System*. Nesse sistema, cada preso ficava isolado no período noturno, sendo permitido, durante o dia, o convívio entre eles, desde que não houvesse qualquer comunicação verbal. Qualquer violação a essas regras era reprimida até mesmo com punições corporais (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit., p. 52; LEAL, Cesar Barros, *Prisão: crepúsculo de uma era*, cit., p. 33; PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, cit., p. 137).

<sup>271</sup> Foram adotados em vários países, inclusive no Brasil, e sua importância está na divisão do tempo do cumprimento da pena em etapas, passando de uma mais rigorosa para outra menos severa. Isto ocorria segundo a avaliação da conduta do preso. Destaca-se a busca da preparação do condenado para a vida livre no seu local de origem.

<sup>272</sup> Em 1848, foi utilizado na ilha de Norfolk, na Austrália, pelo capitão da marinha Alexander Maconochie, (1787-1860), destinado a receber condenados por crimes mais graves da Inglaterra. No *Sistema de Marcas (Mark System)* como também é denominado, o tempo do cumprimento da pena era dividido em três fases: inicialmente havia o isolamento em cela de dia e de noite; depois o isolamento era noturno e de dia realizavam-se trabalhos coletivos; e,



Sistema de Montesinos<sup>275</sup> e o Borstal<sup>276</sup>. O surgimento desses sistemas só começou a ocorrer a partir da segunda metade do século XVII, na Europa e nos EUA, com a publicação, em 1760, do trabalho do monge beneditino Jean Mabillon (1632-1707) denominado *Reflexões sobre as prisões monásticas*.

Como se vê, houve efetivamente um processo de humanização do sistema punitivo e sobre isto merece ser citada mais uma vez Hilde Kaufmann, que, em visita a Buenos Aires, a convite do Centro Internacional de Ciencias Penales, em 1975, ao proferir palestras, afirmou a necessidade da humanização da execução penal como meio de evitar o aumento da criminalidade:

La ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal<sup>277</sup>.

---

finalmente, como recompensa, permitia-se o livramento condicional. Tudo isto em atendimento ao bom comportamento do condenado (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit., p. 52)

<sup>273</sup> Este sistema foi criado pelo irlandês Walter Frederick Crofton (1815-1897), em 1854, quando era Diretor das Prisões da Irlanda. Teve grande aceitação na Europa e na América, incluindo o Brasil. Sua novidade consistia em introduzir uma nova etapa entre a segunda e terceira fase, quando o preso era transferido para uma prisão agrícola e submetido do trabalho e sem proibição de falar com outros presos. Aqui merece destaque a preocupação com a preparação do preso para o retorno à vida em liberdade (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit. p. 53).

<sup>274</sup> Recebeu esse nome por haver surgido em Elmira, no Estado de Nova York, criado pelo seu diretor, Brockway, em 1869; nele havia a substituição do castigo pela educação e os presos eram separados em classes, sendo obrigados a aprender um ofício e a trabalhar, recebendo valor em dinheiro ao deixarem a prisão. Foi neste sistema que o trabalho passou a ser utilizado como instrumento de reintegração social (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit., p. 53).

<sup>275</sup> Surgiu na Espanha e foi utilizado pelo Coronel Manuel Montesinos y Molina (1796-1862), autor de um importante trabalho intitulado *Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia, Reforma de la Dirección del Ramo y Sistema Económico del Mismo* (1846), com a experiência de haver ficado preso três anos na França, criou quando Governador do Presídio de Valência o que ficou conhecido como “Sistema Montesinos”, no qual se dava tratamento digno ao preso evitando-se a aplicação de castigos. Em vez disso, utilizavam-se métodos pedagógicos; remunerava-se o trabalho realizado; a autodisciplina e responsabilidade do condenado eram incentivadas e concedia-se a liberdade condicional como retribuição ao bom comportamento. Especialmente por isso, Montesinos é considerado o criador do livramento condicional e das saídas temporárias.

<sup>276</sup> Assim denominado em razão de uma penitenciária com esse nome, localizada no Condado de Kent (Inglaterra) e que, desde 1902, acolhia condenados com idade entre 16 e 21 anos, aos quais era dada educação moral e profissional. Foi com este sistema que efetivamente se implantou o regime aberto, pois, em 1930, foram construídas casas na cidade de Nottinghamshire, para que fossem ocupadas pelos próprios presos. Estas residências ficaram conhecidas como “Casas de Albergados” (OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo da prisão*, cit., p. 56).

<sup>277</sup> KAUFMANN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecución penal*. Ediciones Depalma: Buenos Aires: 1977, p. 18.

Como meio de humanização da pena, Kaufmann observa que é necessário, por parte do preso, que haja reestruturação do contato com sua família, estimulando sua comunicação por correspondência; recebimento de visitas e de saídas; utilização de rádio e televisão; leitura de revistas atualizadas e de livros. Com exata propriedade, salienta que “la humanización es una parte de la reforma carcelaria que tiende a lograr, mediante un exigente proceso de aprendizaje, el fortalecimiento social, la capacitación para la vida en libertad”<sup>278</sup>. E digo eu: tudo isto é possível e mais facilmente alcançável com a adoção da transferência da execução penal do preso para seu país.

A preocupação com os direitos do preso se iniciou com a chamada *Ciência das Prisões*, que surgiu graças à contribuição de Beccaria, Howard e Bentham, dentre outros. Com eles, começa a preocupação com a arquitetura das prisões, a alimentação, a saúde, a higiene e o trabalho do preso. Esse interesse em diminuir o sofrimento do condenado também teve importante contribuição, como mencionado, da Igreja Católica e de Igrejas Protestantes.

Em 1878, no Congresso de Estocolmo, surge a denominação *Ciência Penitenciária* com maior alcance que a expressão *Ciências das Prisões*: aquela surge da contribuição do positivismo e com ela começa a individualização da pena<sup>279</sup>.

É preciso registrar que demorou muito para que se reconhecessem direitos aos presos, sejam eles provisórios ou condenados. No Congresso de São Petersburgo (1890) foi reconhecido o direito à remuneração pelo trabalho efetuado. No Congresso de Budapeste (1905), acrescentou-se o direito à indenização por acidente de trabalho. No 10º Congresso Penitenciário Internacional, realizado em Praga (1930), foram reconhecidos direitos do preso condenado<sup>280</sup>.

Esse longo processo fez surgir e evoluir uma importante disciplina, o *Direito Penitenciário*. No século XX, no 3º Congresso Internacional de Direito Penal promovido pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Palermo, (1933), segundo notícia Armida Bergamini Miotto, define-se pela primeira vez o Direito Penitenciário:

---

<sup>278</sup> KAUFMANN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecución penal*, cit., p. 23-24.

<sup>279</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. Os direitos e deveres dos presos, in *Fascículos de ciências penais*, ano 6, v. 6, nº 2, abr./mai./jun./ 1993, p. 17.

<sup>280</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. Os direitos e deveres dos presos, cit., p. 19.

O Direito Penitenciário consiste num conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre Estado e condenado, desde que a sentença condenatória legitima a execução, até que dita execução se finde no mais amplo sentido da palavra.<sup>281</sup>

Desse modo, o Direito Penitenciário reconhece as relações jurídicas que existem entre o Estado e o condenado, sendo, por isso mesmo, normativo. Dentre seus princípios sobre a matéria que especificamente interessam a este trabalho podem ser apontados: os da proteção dos Direitos Humanos do condenado; os que reafirmam que o preso é membro permanente da comunidade e, para tanto, recomendam que o condenado seja reinserido na sua comunidade após o cumprimento da pena; que o cumprimento da pena deva ser executado de acordo com o princípio da individualização; e que o condenado e a comunidade devam participar ativamente do processo de sua reintegração social.

Por tudo isso, quando aplicada pena de prisão, deve o preso receber o máximo de benefícios existentes em conformidade com o ordenamento jurídico e com base em Direitos Humanos para diminuir seu sofrimento e para facilitar sua futura reintegração social. E é precisamente isto que a aplicação do instituto da transferência da execução penal possibilita.

É interessante observar que o processo de humanização do Direito Penal não ocorreu nem isolada e nem independentemente da evolução dos direitos humanos no mundo. Ao contrário, seguiu e acompanhou, mesmo que à distância, a evolução dos Direitos Humanos até nossos dias.

Este breve relato demonstra o percurso traçado na utilização da pena privativa de liberdade, bem como a contribuição de pessoas de diversas nacionalidades e a utilização de inúmeras experiências realizadas em diversos países para a humanização do sistema punitivo. Importante registrar que todas essas experiências tiveram o objetivo de diminuir o sofrimento do ser humano quando preso e a conveniência de sua reinserção na sociedade.

A proteção dos direitos humanos em geral e dos direitos dos presos em especial são de interesse universal, e assim o são porque interessa a todos os seres humanos, porque todas as pessoas podem usufruir desses direitos, porque somos todos iguais, sem fazer qualquer distinção ou restrição de

---

<sup>281</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. Os direitos e deveres dos presos, cit., p. 20.

caráter biológico, sexual, de nacionalidade, de religião ou de qualquer outra característica.

Foi necessária a evolução e a elaboração de inúmeros documentos de proteção de Direitos Humanos<sup>282</sup>, para o efetivo reconhecimento dos direitos dos presos, mas, certamente, o documento mais importante a respeito são as *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso da ONU* (1955). Estas normas nasceram sob a inspiração direta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e são fruto do trabalho de pelos menos três décadas de estudos. Sua origem se encontra na elaboração de 55 recomendações escritas e apresentadas, em 1926, por um grupo de funcionários do sistema prisional da Grã Bretanha à Comissão Internacional Penal Penitenciária<sup>283</sup>.

Esta Comissão Internacional Penal Penitenciária encaminhou tais regras/recomendações à Sociedade das Nações, que após a Segunda Guerra seria sucedida pela ONU, e com base nos trabalhos até então existentes, se transformaram nas *Regras Mínimas para Tratamento do Preso* (Resolução nº 663 C (XXIV), de 3 de julho de 1957)<sup>284</sup>.

Desde então, a ONU tem provocado e estimulado todos os países membros a elaborarem documentos similares atendendo às peculiaridades de cada Estado. Para atender tal desiderato, o Brasil, em 1994, através do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça

---

<sup>282</sup> Entre os principais documentos Internacionais de proteção de Direitos Humanos e que tiveram importância fundamental para o reconhecimento dos presos temos: Declaração Universal dos Direitos do Homem. (Paris, 1789); Declaração Universal dos Direitos Humanos. (Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral da ONU, (Paris, 1948); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. (Resolução XXX Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, (Bogotá, 1948); Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. (Paris, 1948); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. (Nova York, 1966); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. (Nova York, 1966); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (Nova York, 1966); Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica – (São José da Costa Rica, 1969); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. (Nova York, 1984); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (Assunção, 1990); Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e seus protocolos; Carta Social Europeia de 1961; Pactos de Nova York sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos do Homem (1975); Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Povos (1981); Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1993).

<sup>283</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. Os direitos e deveres dos presos, cit., p. 21/22.

<sup>284</sup> Este documento tem duas partes: a primeira trata das regras de aplicação geral, isto é, as normas aplicáveis a quaisquer categorias de presos e a segunda, em que há normas para cada modalidade de presos: condenados, inimputáveis, provisórios e por prisão civil.

(CNPCCP) elaborou as *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil*. A respeito deste documento devo registrar que coube a mim na condição de conselheiro desse órgão ser o responsável pela relatoria de sua elaboração.<sup>285</sup>

Em 1975, no Congresso de Genebra, foi apresentado por Emília del Valle Bouzon de Tarzano, de nacionalidade argentina, um projeto de *Declaração Universal dos Direitos Humanos do Preso*. A propósito, acredito ser urgente que se elabore um novo documento de valor internacional, com novas *Regras Mínimas*, reconhecendo direitos universais ao preso em conformidade com os dias atuais. A meu ver, dentre essas novas *Regras* deve-se reconhecer ao preso estrangeiro o direito de ser transferida sua execução penal para seu país para que aí cumpra sua pena.

Em todos os congressos da ONU o tema do reconhecimento de direitos do preso tem sido abordado, assim como têm sido feitas muitas tentativas para que isso efetivamente ocorra na prática.

#### 5.4 Substitutivos penais

Ao longo desses milhares de anos, o mundo conheceu a pena de morte, as penas cruéis, especialmente as corporais, e a pena de prisão, certamente a de maior aplicação. Como se viu, a pena de morte foi a mais utilizada antes do surgimento da privação da liberdade como pena autônoma<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Resolução nº 14, de 11.11.1994, a exemplo das Regras da ONU, tem duas partes, na realidade, dois títulos. O primeiro, denominado Regras de Aplicação Geral, com 18 capítulos e 52 artigos e, o segundo, que trata das Regras Aplicáveis a Categorias Especiais, com 9 capítulos e 13 artigos. Como se vê, atendendo uma conquista moderna não se faz grandes diferenças entre presos provisórios e em cumprimento de pena. Esse documento foi elaborado quando o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária era presidido pelo Professor Edmundo Oliveira e tinha como seus componentes: Miguel Frederico do Espírito Santo (RS); Damásio de Jesus (SP); Ariosvaldo de Campos Pires (MG); Rubens Approbato Machado (SP); George Francisco Tavares (RJ); Luiz Alfredo Paim (RS); Maria Eugênia da Silva Ribeiro (SE); Amauri Serralvo (DF); Eduardo Maneira (MG); Hermes Vilchez Guerrero – Relator (MG); Aparecido Lopes Feltrim (DF); Ronaldo Antônio Botelho (PR); Heitor Piedade Júnior (RJ); Luiz Flávio Borges D'urso (SP); Arnaldo Camardelli Agle (BA); Divaldo Theophilo de Oliveira Neto (DF) e Mário Júlio Pereira da Silva (DF).

<sup>286</sup> Observa ZAFFARONI que "... el despliegue que nos muestra la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los aspectos más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras y que es susceptible de herir más profundamente nuestra sensibilidad actual que el mismo fenómeno de la guerra, si por tal entendemos la guerra tradicional, puesto que ésta por lo general, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones registradas en la historia de la legislación penal." *Manual de derecho penal*, cit., p. 142.

A pena de prisão passou a ser excessivamente utilizada, passando a ser praticamente a única resposta - o que concorreu para seu próprio desgaste. O sistema punitivo continuou seu processo de humanização com a adoção das denominadas *penas e medidas alternativas à prisão*, também conhecidos como *substitutivos penais*.

Essas inovações foram adotadas em diversos países, especialmente dirigidos à proteção dos Direitos Humanos dos presos, à busca de humanização do sistema punitivo e ao reconhecimento da dignidade do condenado como ser humano<sup>287</sup>.

No 5º Congresso de Prevenção do Crime e Tratamento do Criminoso (Genebra, 1975) o Secretário Geral da ONU encaminhou relatório no qual informava que alguns países haviam efetuado experiências legislativas com o objetivo de humanizar seu sistema punitivo. Isso ocorreu notadamente em países socialistas, na Inglaterra e nos EUA. Uma das primeiras experiências dessa nova proposta se encontra na *prestação de serviços à comunidade*. Segundo aponta Jason Albergaria, sua origem “estaria na legislação penal dos países socialistas, como a Polônia, Hungria e Romênia, mas a experiência pioneira partiu do Código Penal soviético, de 1926”<sup>288</sup>.

Na Rússia, foi introduzido em 1960; na Polônia, em 1963, na Inglaterra, em 1972, na Romênia e na Hungria, em 1973 e em Portugal, em 1982. Por sua vez, a limitação de fim de semana foi adotada pela legislação alemã de menores de 1953 e na Bélgica, em 1963.

No 6º Congresso de Prevenção do Crime e Tratamento do Criminoso da ONU (Caracas, 1980) elaborou-se a Resolução nº 8 e no 7º Congresso (Milão, 1985) surgiu a Resolução nº 16, defendendo a diminuição dos casos de aplicação da pena privativa de liberdade. No 8º Congresso (Havana, 1990) recomendou-se a adoção das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade*, através da Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990. Nesse documento, conhecido como *Regras de Tóquio*, se afirma que ele foi elaborado considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o

---

<sup>287</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Del Rey: Belo Horizonte, 1992, p. 66.

<sup>288</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*, cit., p. 70.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso de 1955 e as Resoluções nº 8 e nº 16, do 6º e 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, respectivamente.

No referido documento, nos *princípios* gerais, se afirma, no art. 1.1:

As presentes Regras Mínimas enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

E, no tópico 1.5, recomenda-se:

Os Estados-Membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando-se em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinquente<sup>289</sup>.

No Brasil, as chamadas “penas alternativas” foram introduzidas no Código Penal em 1985, pela nova Parte Geral do Código Penal, que previa: I – prestação de serviços à comunidade, II – interdição temporária de direitos e III – limitação de fim de semana. Com a Lei nº 9.714, de 1998, cujo anteprojeto foi elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) do Ministério da Justiça<sup>290</sup>, de cuja comissão tive oportunidade de participar, houve significativa ampliação nas modalidades previstas e nas hipóteses de cabimento: prestação pecuniária e perda de bens e valores. O anteprojeto e o projeto ainda introduziam o recolhimento domiciliar, mas houve veto presidencial a esta inovação.

---

<sup>289</sup> Regras de Tóquio – Comentário às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade. Tradução de Damásio E. de Jesus, Ministério da Justiça, Secretaria de Justiça, Brasília, 1998, p. 23-24.

<sup>290</sup> Na Exposição de Motivos nº 689, de 18.12.1996, do Ministro da Justiça Nelson Jobim está escrito: “A proposta em questão é resultado de amplos estudos e discussões lavradas no seio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que tem em sua composição os seguintes membros titulares e suplentes: Paulo R Tonet Camargo (Presidente), Aldir Jorge Viana da Silva, Amauri Serralvo, Ariosvaldo de Campos Pires, César de Barros Leal, Damásio Evangelista de Jesus, Frederico Guilherme Guarilha, Heitor Piedade Júnior, Hermes Vilchez Guerrero, Julita Tannuri Lemgruber, Luiz Flávio Borges D’urso, Maria Eugênia da Silva Ribeiro, Mário Júlio Pereira da Silva, Miguel Frederico do Espírito Santo, Nilzardo Carneiro Leão, Rolf Koerner Júnior, Ronaldo Antônio Botelho e Vandir da Silva Ferreira.”

Em relação às opções aplicáveis no mundo, Damásio de Jesus estima em pelo menos 52 as modalidades de medidas alternativas à pena de prisão no mundo.<sup>291</sup>

Outro substitutivo ao aprisionamento é a aplicação da pena de multa, que não recai diretamente sobre a pessoa do condenado e sim sobre seu patrimônio. Como exposto, foi usada em algumas civilizações antigas e entre os germânicos, voltando a ser prevista nas legislações codificadas do século passado. Uma das vantagens de sua aplicação está em evitar prisões de curta duração e de não afastar o condenado do convívio social e familiar.

Como se vê, o sistema punitivo passou por um longo processo em direção ao abrandamento das penas previstas e na amenização dos métodos de sua execução, embora não se possa negar que em determinados períodos ocorreram retrocessos. Isso ocorreu na Idade Média, em especial durante a Santa Inquisição e, no século passado, quando predominou o Tecnicismo Jurídico, nos regimes fascista e nazista entre a Primeira e a Segunda Grande Guerra.

Como se demonstrou, a humanização do sistema punitivo é fruto do trabalho de muitos idealistas. Percorreu uma longa caminhada e tem importantíssimo papel para evidenciar os objetivos da pena. É preciso registrar que este processo ainda não foi concluído, ele continua, pois ainda há muito a fazer.

Por isso mesmo, neste trabalho propõe-se, como meio de maior humanização visando atender ao principal objetivo da pena, que é a reintegração social do condenado para que este cumpra sua pena privativa de liberdade no seu local de origem, uma vez que é lá que estão seus interesses e vínculos, como sua família e amigos e, certamente, é lá que voltará a viver após o cumprimento da pena especialmente da privativa de liberdade.

Constata-se que a redução da utilização da prisão é uma tendência mundial principalmente no continente europeu<sup>292</sup>.

A meu ver, na evolução da humanização do sistema punitivo não podem ser consideradas apenas as leis ou documentos normativos; é igualmente

---

<sup>291</sup> *Regras de Tóquio*, cit, p. 52-53.

<sup>292</sup> A respeito veja-se a obra *Prisão, crepúsculo de uma era* de autoria do Professor César de Barros Leal, Del Rey, Belo Horizonte:



importante que se examinem as contribuições apresentadas por movimentos e grupos de pensadores reunidos naquilo que se costuma denominar de *Escolas Penais*<sup>293</sup>. É necessário registrar a observação de Zaffaroni<sup>294</sup>, para quem não se deve confundir a história da legislação penal com a história das ideias penais, pois nem sempre coincidem.

A esse respeito, merecem destaque as Escolas Clássica e Positiva, embora haja outras que também tiveram grande importância pela contribuição que deram ao processo de humanização do sistema punitivo.

Na Itália, por influência do Iluminismo, em fins do século XVIII e primeiras duas décadas do século XIX, surgiu a Escola Clássica, que considerava a pena um instrumento de combate à criminalidade - o que ocorria pelo poder atemorizador e pela certeza da punição, o que impedirá que o agente volte a delinquir. Aparece, assim, a ideia de prevenção especial. Não havia entre os clássicos qualquer preocupação com a recuperação do condenado. Merece destaque a defesa que se fazia de que a pena devia ser proporcional e adequada ao crime, não havendo preocupação com a pessoa que o cometia. Sua finalidade residia em restaurar a ordem pública violada pelo cometimento do crime.<sup>295</sup>

Ainda em fins do século XIX e em contestação à Escola Clássica, surge a Escola Positiva, cujo precursor foi Cesare Lombroso (1836-1909) com o livro denominado *L'umo delinquente* (1876). Nele, se sustenta que são as características antropológicas as responsáveis pela prática dos crimes. Esta *Escola* se empenhou em afastar questionamentos meramente filosóficos e metafísicos, para prestigiar a ciência. Também teve como um de seus principais postulados a preocupação com o ser humano, reconhecendo sua individualidade e a influência que recebe de seu meio. É com ela que começam os estudos sobre individualização da pena e sobre a periculosidade. Graças a

---

<sup>293</sup> Segundo João Mestieri: "Escola penal é o elenco de soluções típicas do problema penal abrangendo-o em todos os seus aspectos principais, quais sejam: o delinqüente, a responsabilidade penal, o crime e a pena" (*Teoria elementar do direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990, p. 56)

<sup>294</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*, cit., p. 142.

<sup>295</sup> Dentre os nomes mais representativos estão Cesare Beccaria, Gaetano Filangieri (1752-1788); Giovanni Carmignani (1768-1847); Gian Domenico Romagnosi (1761-1835) e Francesco Carrara (1805-1888) na Itália. Na Alemanha, o nome mais importante é o de Paul Anselm Feuerbach (1775-1833). Para muitos, é com ele que se inicia a ciência do Direito Penal nesse país. Foi ele o responsável por elaborar o Código Penal bávaro de 1813, o qual serviu de inspiração para outros códigos penais desse período.

ela surgem as Medidas de Segurança, a Criminologia, a Antropologia, a Psicologia e a Política Criminal, além da Ciência Penitenciária<sup>296</sup>.

Um importante marco para a evolução do Direito Penal se encontra na criação da União Internacional de Direito Penal (UIDP) pelo austríaco Franz Von Liszt (1851-1919), pelo holandês Anton Gerard Van Hamel (1842-1917) e pelo belga Adolpho Prins, o que aconteceu em 1889. Com ela, se busca reunir os melhores postulados da Escola Clássica e da Escola Positiva. O sucesso dessa *União* (UIDP) se encontra no desenvolvimento de alguns institutos jurídicos, como o livramento condicional e a proposta de que cada tipo de condenado recebesse um tratamento específico. Merece registro a enorme influência que a obra de Prins *La défense sociale et les transformations du droit penal* (1910), exerceu sobre a elaboração da legislação penal de seu tempo, não apenas na Europa, mas também na América<sup>297</sup>.

Para Von Liszt, um dos mais importantes penalistas dos últimos séculos, a pena só tem sentido se necessária e, para isso, deve ser intimidativa, embora reconheça que só isso não basta para evitar novos crimes, pelo que é necessário que se elabore e aplique uma política criminal preventiva. Para ele, a pena também serve para satisfazer a vítima e para permitir que o condenado volte a ser útil à sociedade. Também defende que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser substituídas pela prisão doméstica e pela realização de trabalhos fora do estabelecimento prisional<sup>298</sup>.

Mas nem todas as *Escolas* ou *Movimentos* se empenharam na humanização do sistema punitivo. Prova disso está na Escola Técnica-Jurídica, que alcançou grande destaque entre as duas grandes guerras mundiais, especialmente em governos ditatoriais como ocorreu no fascismo e no

---

<sup>296</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, cit., p. 56. Dentre os principais nomes estão, além do próprio Lombroso, o de Enrico Ferri (1856-1929), autor de importantes livros, como *Le sociologia criminale* (1884) e *principii di diritto criminale* (1928), Raffaele Garofalo (1851-1934), autor de *Criminologia* (1885) e criador do conceito de crime natural. Nesse trabalho sustenta que o criminoso não possui instintos altruístas porque não nasceram com ele, desse modo, sempre voltará a praticar crimes, não sendo possível sua recuperação, daí ser infrutífera qualquer tentativa de educação nas prisões. Seu pensamento é contrário ao que se defende neste trabalho, uma vez que ele propõe que, para evitar que o criminoso voltasse a delinquir, não devia voltar, depois da prisão, para o ambiente do qual saiu. Ainda segundo sua orientação, quando a pena não possibilite a adaptação do criminoso à sociedade deve ser aplicada a pena de morte. (Criminologia Estudo sobre o delicto e a repressão penal, tradução de Júlio de Matos, 4ª ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa: 1925, p. 92, 178 e 289)

<sup>297</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., p. 58.

<sup>298</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, cit., p. 58.

nazismo. Caracterizou-se por combater o positivismo e afastar o que considerava os exagerados questionamentos filosóficos e metafísicos que até então predominavam. Embora tenha sido criada por Vicente Manzini (1872-1957), na Itália, teve em Arturo Rocco (1876-1942) seu principal destaque<sup>299</sup>.

A Escola da Política Criminal contribuiu muito para o desenvolvimento do conceito da pena, das medidas de segurança e para a grande aplicação da pena de multa e de outros substitutivos penais. Fillipo Gramatica, depois de criar, em 1945, o Centro de Estudos de Defesa Social, criou, em 1948, durante o Segundo Congresso Internacional de Defesa Social, a Sociedade Internacional de Defesa Social, que vê na pena uma única finalidade: a ressocialização. Posteriormente, em 1954, Marc Ancel criou a Nova Defesa Social, durante a realização do *Terceiro Congresso*, sustentando que por ser a pena inevitável, é preciso utilizar estudos criminológicos para conseguir alcançar a individualização da pena e, desse modo, possibilitar que o condenado se reintegre à sociedade<sup>300</sup>.

Há, ainda, outros *movimentos* ou *tendências* penais que se não são consideradas exatamente Escolas. Cada qual, a seu tempo e modo, contribuiu para a Ciência Penal.

Todos esses movimentos tiveram muita importância e influenciaram diversas legislações e decisões políticas de diversos países, contribuindo, desse modo, também, para a humanização da legislação penal e em especial da humanização do sistema punitivo.

Desse modo, em razão desse longo processo percorrido, deve prevalecer a efetivação do instituto da transferência da execução penal, prevalecendo sobre questões muitas vezes burocráticas ou meramente formais.

## 5.5 Pena e Princípios constitucionais

Como exposto, o Direito Penal passou por um longo processo. Nesse percurso, foram se incorporando a ele alguns valores que passaram a integrar

---

<sup>299</sup> DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal*, cit., p. 158/160, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., p. 60.

<sup>300</sup> LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramatica*, cit., p. 30-33.

sua própria estrutura. Assim, atualmente o Direito Penal tem Princípios<sup>301</sup> que devem reger a criação legislativa da pena, o momento de sua aplicação judicial e também a execução da sentença.

Por isso, o Direito Penal democrático, ao cuidar da pena, deve orientar-se por princípios inscritos - implícita ou explicitamente - na Constituição da República. Alguns deles são especialmente importantes para o exame do instituto da transferência da execução penal de presos estrangeiros. Dentre os que guardam estreita relação com o instituto estão os princípios da humanidade, da legalidade da lei penal, da igualdade, da individualização, intrascendência, necessidade, proporcionalidade, suficiência e utilidade.

Tais princípios permitem e asseguram a previsão legal de penas compatíveis com o Estado Democrático de Direito, evitam o abuso do Estado na persecução criminal e na aplicação da pena e impõem o respeito a todos os direitos do condenado não atingidos pela sentença penal condenatória. Não se pode deixar de reconhecer que, no Brasil, pelo menos durante o processo legislativo e a prolação das sentenças, esses princípios têm sido observados; isto se conclui pela leitura da Constituição da República e de leis ordinárias, em especial o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Da mesma forma, a jurisprudência, especialmente dos tribunais superiores, coroa essa opção democrática, humanista e justa. Lamentavelmente, o mesmo não se pode dizer da execução da pena, especialmente da pena privativa de liberdade.

Várias são as referências à pena de prisão na legislação pátria. A Constituição da República não é somente farta em determinar princípios aplicáveis à pena, mas proíbe expressamente algumas modalidades – por

---

<sup>301</sup> A esse respeito, é importante recordar a lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho quando observa que “princípios são ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico, são valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituírem em normas jurídicas” (Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 433). Sempre será útil recordar que os princípios são fonte básica e primária, e, por isso mesmo, estão acima da lei e dos costumes. Não é demais recordar que princípios compõem a base na qual se funda e se estrutura o Direito Penal. Segundo Warley Bello: “Princípios são cânones, estruturas, ideias mestras, axiomas, alicerces, diretrizes estruturais imanentes ao ordenamento jurídico. São ideias jurídicas, noções abstratas, representações intelectuais, políticas, sociais, ideológicas. São estruturas formais porque são do mundo do dever ser, do reino da cultura e não da natureza.” (Tratado dos princípios penais, v. 1, Bookess, Florianópolis, 2012, p. 29.)

exemplo, a pena de morte, de caráter perpétuo, os trabalhos forçados, o banimento e a adoção de penas cruéis<sup>302</sup>.

Considerando que vivemos em um Estado Democrático de Direito e pela relevância que tais princípios representam para o que se defende nesta tese, seja permitido fazer breves considerações sobre alguns desses princípios. É precisamente com fundamento nos princípios mencionados a seguir que se deve examinar o instituto da transferência da execução penal do preso para seu país.

### 5.5.1 Princípio da humanidade

Deve-se ao Iluminismo, a Beccaria e a outros pensadores a incorporação desse princípio ao Direito Penal. Ele se encontra no alicerce de todo o sistema político e jurídico de nossa sociedade, sendo assegurado pela Constituição da República<sup>303</sup>, nos diversos diplomas legais e documentos programáticos encontrados internacionalmente, que vedam a utilização de penas cruéis ou desumanas para o preso. É o caso do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966)<sup>304</sup>. A mesma orientação é adotada nas *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Preso*<sup>305</sup> e do Brasil<sup>306</sup>. Entre nós,

<sup>302</sup> É o que estipula o art. 5º, XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...]”. (BRASIL, 1988)

<sup>303</sup> Art. 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. (BRASIL, 1988)

<sup>304</sup> Dispõe o art. 7º que ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (PACTO internacional dos direitos civis e políticos de 1966. Decreto nº 592, de 06.07.1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 13.08.2017, às 18:42 hs.

<sup>305</sup> REGRAS Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros, 1955. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm). acesso em 13.08.2017, às 18:42 hs.

<sup>306</sup> Determina o art. 1º: “As normas que se seguem obedecem aos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções, e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem”. Por sua vez, o art. 3º prevê: “É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal”. (BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária [CNPCP]. Resolução nº 14, de 11.11.1994. Fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. *DOU* 02.12.1994. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em 13.08.2017, às 18:50 hs.

referido princípio é explícito na Constituição da República<sup>307</sup>, no Código Penal<sup>308</sup> e na Lei de Execução Penal<sup>309</sup>.

Quanto à aplicação da lei, mormente em relação a pena, o *Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei*, adotado pela Assembleia Geral da ONU, no dia 17 de dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169, elucida em seu artigo 5º que:

Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, nem nenhum destes funcionários pode invocar ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como o estado de guerra ou uma ameaça de guerra, ameaça à segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>310</sup>

Nossos tribunais, especialmente os superiores, têm atuado como vigias para que tal princípio seja respeitado<sup>311</sup>.

### 5.5.2 Princípio da legalidade

Esse princípio também tem como fonte histórica o Iluminismo, e foi consagrado com o brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, expressão criada por Ludwing Anselm Von Feuerbach (1804-1872), em 1813, considerado o “fundador da moderna ciência do Direito Penal na Alemanha”<sup>312</sup>.

<sup>307</sup> Afirma categoricamente o Texto Constitucional: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”. Do mesmo modo determina o art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...]”. (BRASIL, 1988)

<sup>308</sup> “Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. (BRASIL, 1940)

<sup>309</sup> Art. 3º: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

<sup>310</sup> CÓDIGO De Conduta Para Os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação Da Lei. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>. Acesso em 13.08.2017, às 19:40 hs.

<sup>311</sup> STF - HABEAS CORPUS: HC 144866 SP - SÃO PAULO 0006038 46.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471910632/habeas-corpus-hc-144866-sp-sao-paulo-0006038-4620171000000> Acesso em 13.08.2017, às 18:53 hs.

<sup>312</sup> É o que informa Anibal Bruno, *Direito penal*, cit., t. I, p. 107.

É encontrado em quase todos os diplomas legais do mundo ocidental, ainda que em alguns de forma implícita<sup>313</sup>. No caso brasileiro, a Constituição da República o prevê expressamente<sup>314</sup>, e o Código Penal, de modo explícito, também o consagra<sup>315</sup>. Sua observância impõe a existência de uma lei formal anterior vedando expressamente o fato proibido e prevendo a correspondente sanção<sup>316</sup>.

Tal princípio dá segurança jurídica e protege as liberdades e os direitos fundamentais. Seu respeito reside em pôr limite no poder do Estado contra o cidadão. Prova disso é que uma das primeiras medidas que adota toda ditadura, independentemente de sua ideologia, é a de violá-lo<sup>317</sup>. Este princípio é dos mais importantes e reconhecidos pela jurisprudência, principalmente no STF<sup>318</sup>.

### 5.5.3 Princípio da igualdade

<sup>313</sup> Alguns países não consagram esse princípio, como ocorre na Albânia, Coreia do Norte e China; por outro lado, há os que o preveem de forma implícita, como a Finlândia e a Dinamarca.

<sup>314</sup> Art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988).

<sup>315</sup> “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1940)

<sup>316</sup> Como se verá, a maioria absoluta dos tratados sobre transferência de presos estrangeiros exige que a conduta que determinou a condenação do estrangeiro também seja prevista como crime no país para onde se pretende transferir a execução da pena, é o que se denomina *dupla incriminação*. Neste ponto podem surgir algumas questões delicadas. Imagine-se que um estrangeiro condenado por um crime no país onde se encontra pretenda transferir sua execução para o Brasil. Contudo o crime por ele praticado nesse território não constitui ilícito penal aqui. Como resolver esta questão? Isto será abordado no Capítulo 6 deste trabalho.

<sup>317</sup> É o caso dos Códigos Penais da URSS de 1922 e 1926. Este último, em seu art.16 proclamava: “Quando algum ato socialmente perigoso não estiver expressamente previsto no presente código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade se determinarão em conformidade com os artigos do mesmo relativos aos crimes de índole análoga”. Também o Código Penal da Alemanha nazista de 1935 previa: “Será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder.”

<sup>318</sup> STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 938647 RJ - RIO DE JANEIRO 0512069-38.2000.4.02.5101. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/486992345/recurso-extraordinario-re-938647-rj-rio-de-janeiro-0512069-3820004025101>. Acesso em 13.08.2017, às 18:55 hs.

Está assegurado no art. 5º, *caput*, e nos incisos I, XLI, XLII e art. 7º, XXX da Constituição<sup>319</sup>. O próprio Preâmbulo da Carta Constitucional<sup>320</sup> menciona a *igualdade* como princípio a ser observado na estrutura da nação. O grande desafio da aplicação desse princípio é que ele não pode ser aplicado cegamente, uma vez que a igualdade também implica reconhecer que as pessoas são diferentes; não reconhecer isso acarretaria a própria negação à aplicação do princípio.

A defesa da igualdade pode ser encontrada nas lições cristã, budista e em tantas outras que pregam a fraternidade e a igualdade entre as pessoas e, por isso mesmo, combatem a discriminação. No âmbito filosófico, Aristóteles defende que:

A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção<sup>321</sup>.

É importante registrar a lição de Aristóteles sobre a *igualdade proporcional*, que implica tratar cada pessoa observando suas características específicas. Desse modo, ensina, aquele que tem mais necessidades deve receber mais benefícios.

Foi com o Iluminismo que juridicamente se estabeleceu a igualdade. Não por acaso, a grande marca que a Revolução Francesa (1789) escreveu na história da humanidade foi *liberdade, igualdade e fraternidade*. Especialmente desde então, foi-se construindo, em diversos documentos programáticos, a

<sup>319</sup> “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, v garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. (BRASIL, 1988)

<sup>320</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL, 1988)

<sup>321</sup> ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 36.



necessidade de reconhecer a igualdade entre as pessoas, o que, por sua vez, acarreta que também se deve reconhecer que algumas pessoas ou segmentos, por serem diferentes, devem ser tratados desigualmente para que ocorra a verdadeira igualdade entre os seres humanos.

Hoje é praticamente pacífico o reconhecimento da igualdade entre as pessoas em todas as Constituições do mundo democrático. Conseqüentemente, proíbe-se a discriminação. Por isso, observa Luigi Ferrajoli que a igualdade jurídica é um princípio complexo, pois ao mesmo tempo em que inclui as diferenças pessoais, exclui as diferenças sociais<sup>322</sup> e é nesta perspectiva que deve ser vista a situação dos presos estrangeiros.

Ele é igual ao nacional condenado e, assim, não pode ser discriminado. Mas, ele é também diferente do nacional condenado e é por isto que deve ser tratado de modo diferente. E diferente significa no caso poder receber alguns benefícios não previstos para o nacional.

O sagrado princípio da igualdade é protegido também na jurisprudência<sup>323</sup>.

#### **5.5.4 Princípio da individualização**

Está previsto do mesmo modo como clausula pétrea, na Constituição de República<sup>324</sup>, no Código Penal<sup>325</sup>, na Lei de Execução Penal<sup>326</sup> e em diversos

<sup>322</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 726.

<sup>323</sup> STF - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 439484 RJ. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25069126/agreg-no-recurso-extraordinario-re-439484-rj-stf> Acesso em 13.08.2017, às 18:57 hs.

<sup>324</sup> Determina o art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, dentre outras, as seguintes” [...]. (BRASIL, 1988). Ainda no inciso XLVIII se prevê que a pena deverá ser cumprida em “estabelecimentos distintos” e de acordo com a natureza do delito, a idade, o sexo do apenado, sendo assegurado às presidiárias, condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (inciso L). (BRASIL, 1988)

<sup>325</sup> No Código Penal, há diversas normas que se referem à individualização da pena – por exemplo, no art. 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**”. No art. 68, ao determinar: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. (BRASIL, 1940)

<sup>326</sup> É nesse diploma que há maior número de referências a esse princípio, é o caso do art. 5º, que impõe a classificação dos presos observando-se seus antecedentes e personalidade e

documentos programáticos<sup>327</sup>. Mas, sua ocorrência não se dá unicamente na fase legislativa, ela também deve ser observada durante a aplicação da lei penal e especialmente no momento da execução da pena. Segundo Uadi Lammêgo Bulos:

Ao aludir que 'a lei regulará a individualização da pena', o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, considerada como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista, preocupada com o desenvolvimento, a igualdade, o bem-estar e a justiça. Por isso, inadmitem-se investidas contra o pórtico da dignidade do homem. Trata-se do princípio humanitário, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade<sup>328</sup>.

Por meio desse princípio, a execução da pena deve ser adaptada à pessoa do condenado estrangeiro, devendo, para tanto, serem consideradas suas características individuais. A jurisprudência sobre o tema se manifesta no sentido de assegurar essa salvaguarda<sup>329</sup>.

### **5.5.5 Princípio da intranscendência**

Também é chamado de princípio da personalidade ou pessoalidade e está assegurado pelo art. 5º, XLV, da Constituição da República<sup>330</sup>. O brocardo latino *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) expressa que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Como vimos, nos primórdios e

no art. 8º pelo qual devem ser submetidos a exame criminológico para a obtenção de elementos necessários a uma adequada individualização da execução.

<sup>327</sup> A esse respeito as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, pelas quais devem os presos ser chamados pelo nome (art. 4º); devem ser alojados em diferentes estabelecimentos conforme suas características referentes a sexo, idade situação legal e jurídica, a quantidade da pena a ser cumprida, o regime de seu cumprimento, a natureza de sua prisão e o tratamento específico que lhe corresponda (art. 7º); isso sem descurar a situação das mulheres que deverão cumprir a pena em estabelecimentos próprios, inclusive podendo permanecer com seus filhos no período da amamentação (art. 89). (BRASIL, 1994)

<sup>328</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 5ª ed., 2003, p. 263.

<sup>329</sup> STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1000476 PR - PARANÁ 0013222-96.2004.4.04.7000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/486982972/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1000476-pr-parana-0013222-9620044047000> Acesso em 13.08.2017, às 18:55 hs.

<sup>330</sup> Art. 5º, XLV: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". Aliás, à exceção da Constituição de 1937, todas as Constituições previram expressamente este Princípio. (BRASIL, 1988)

durante longos séculos o castigo recaía sobre o grupo no qual estava integrado o infrator, aí incluída sua família e muitas vezes suas futuras gerações –, é isto que se constata na sentença que condenou Joaquim José da Silva Xavier, *Tiradentes* (1746-1792)<sup>331</sup>. A orientação jurisprudencial consagra este princípio<sup>332</sup>. Por outro lado, há normas prevendo o amparo à família do preso na legislação nacional, o que demonstra que a condenação não pode recair sobre sua família<sup>333</sup>.

### 5.5.6 Princípio da necessidade

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no art. 8º, manifestou-se sobre tal princípio, ao dispor que “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias”. Vale lembrar que, em relação à pena, o Código Penal alemão de 1975, na *Exposição de Motivos*, a ela se referiu como “amarga necessidade”. Dois séculos antes, Beccaria já advertia que toda pena que não deriva da absoluta necessidade é tirânica<sup>334</sup>. Contudo, é importante recordar que muito antes os romanos, à época do Império, já ensinavam que *de minimus non curat praetor*.

Como bem observado por Luiz Flávio Gomes<sup>335</sup>, “quando descoberta a desnecessidade concreta da pena, mesmo admitindo-se a culpabilidade do

<sup>331</sup> “[...] declaram o réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável réu...” (Sentença proferida em 1792, no Rio de Janeiro. O processo de TIRADENTES, Tosto, Ricardo Lopes, Paulo Guilherme M., Conjur Editorial, São Paulo: (s.d) p. 206)

<sup>332</sup> STF - HABEAS CORPUS: HC 129873 PR - PARANÁ 0005675-30.2015.1.00.0000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/222818744/habeas-corpus-hc-129873-pr-parana-0005675-3020151000000> Acesso em 13.08.2017, às 18:58 hs.

<sup>333</sup> A Constituição da República no art. 5º, “I”, determina: “Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. (BRASIL, 1988). A LEP, no art. 23, VII, estabelece: “orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”. (Lei nº 7.210/1984) exemplo disso está previsto no art. 29, § 1º, da mesma lei, que prevê que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender “b) à assistência à família”. Há, ainda, um importante ponto, previsto na Lei nº 8.213 de 1991, no qual, no art. 80, se estabelece o auxílio-reclusão, pelo qual os dependentes do preso segurado recebem dinheiro para permitir sua manutenção. (BRASIL. Lei nº 8.213, de 24.07.1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências)

<sup>334</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cap. XV: Moderação das penas, cit., p. 65.

<sup>335</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria de pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 7, p. 47.

agente, não deve o juiz estabelecê-la”. O autor cita como exemplo a previsão expressa na lei para situações em que isso deve ocorrer, *v.g.*, as situações de aplicabilidade de perdão judicial. Gomes observa que, muito embora o juiz esteja autorizado a fazer o juízo de necessidade nas situações especificamente definidas na lei, por força do disposto no art. 59 do Código Penal, “nada impede essa verificação em outras hipóteses”<sup>336</sup>. É precisamente esse fato que consagra a jurisprudência na grande maioria de seus julgados<sup>337</sup>.

### **5.5.7 Princípio da proporcionalidade**

O brocardo latino *poena debet culpae respondere, commensurari delicto* exprime bem em que consiste este princípio, o qual deve ser observado no momento da elaboração da lei e da sentença e sua origem se encontra, como visto, na lei taliônica.

Embora não esteja previsto expressamente na Constituição da República, esta faz referência à exigência de proporcionalidade em diversos pontos, até mesmo sobre a necessidade de a reprimenda ser proporcional, qualitativa e quantitativamente, ao ataque sofrido<sup>338</sup>. Mas, se o Texto Constitucional não fez previsão expressa, o mesmo não acontece com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando assume a noção de proporcionalidade como exigência na aplicação da punição<sup>339</sup>. Por

<sup>336</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: culpabilidade e teoria de pena*, cit., v. 7, p. 46.

<sup>337</sup> STJ - Relatório e Voto. HABEAS CORPUS: HC 262926 ES 2013/0002095-8. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25042072/habeas-corpus-hc-262926-es-2013-0002095-8-stj/relatorio-e-voto-25042074> Acesso em 13.08.2017, às 19:58 hs.

<sup>338</sup> É o caso do art. 5º, V, que afirma: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]”. (BRASIL, 1988)

<sup>339</sup> O art. 15 determina “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. (DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/observatoriodh/images/1789-Declara%C3%A7%C3%A3odossdireitosdohomemedocidad%C3%A3o.pdf> Acesso em 13.08.2017, às 19:00 hs.

sua vez, o Código Penal brasileiro é expresso a respeito<sup>340</sup>; do mesmo modo, o princípio encontra-se implícito em outros dispositivos desse texto legal<sup>341</sup>.

A razão de sua incorporação ao Direito Penal reside em impedir que a pena seja mais grave que o próprio crime. Sua defesa ocorreu, principalmente, durante o Iluminismo. Montesquieu defende expressamente esse princípio:

Capítulo XVI. Da justa proporção entre as penas e os crimes. É essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos<sup>342</sup>.

Também sobre o referido princípio adverte Beccaria:

Não somente é de interesse comum que não se cometam delitos, mas também que sejam mais raros relativamente à proporção de males que causem à sociedade. Mais fortes, pois devem ser os obstáculos que afastam os homens dos delitos, na medida em que estes são contrários ao bem público, e na medida dos impulsos que levam os homens a cometê-los. Deve haver, assim, uma proporção entre os delitos e as penas<sup>343</sup>.

É nesse sentido que se orienta a jurisprudência<sup>344</sup>.

### 5.5.8 Princípio da suficiência

Se a pena deve ser proporcional ao dano cometido, também deve ser infligida suficientemente para cumprir seu objetivo, isto é, reprimir e prevenir o crime. É essa a orientação do Código Penal<sup>345</sup> e da jurisprudência<sup>346</sup>.

<sup>340</sup> No art. 59 do Código Penal está previsto: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário** e **suficiente para reprovação** e prevenção do crime...” (BRASIL, 1940)

<sup>341</sup> É o que ocorre, por exemplo, na previsão da pena dos crimes tentados, em geral (art. 14, parágrafo único); na punição para o agente cuja participação é de menor importância (art. 29, § 1º), a punição para o crime continuado (art. 71). (BRASIL, 1940)

<sup>342</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*, cit., p. 100-101.

<sup>343</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, cap. XXIII: Que as penas devem ser proporcionais aos delitos, cit., p. 82-83.

<sup>344</sup> STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 142394 MS - MATO GROSSO DO SUL 0073777-36.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485030537/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-142394-ms-mato-grosso-do-sul-0073777-3620171000000> Acesso em 13.08.2017, às 19:00 hs.

<sup>345</sup> Art. 44. “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...]; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja **suficiente**. O art. 59 estabelece “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário** e **suficiente para reprovação** e prevenção do crime”. (BRASIL, 1940)

### 5.5.9 Princípio da utilidade

Como já apontado no item 5.5.6, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 previu esse princípio como condição para a possível aplicação de pena<sup>347</sup>. A orientação jurisprudencial também consolida o princípio<sup>348</sup>.

É com fundamento nesses princípios que se deve examinar o instituto da transferência da execução penal do preso estrangeiro para seu país e verificar se na aplicação do instituto estes princípios estão respeitados. Disso decorre a importância do exame realizado.

---

<sup>346</sup> STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1025610 SP - SÃO PAULO 0003157-72.2002.4.03.6181. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485010175/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1025610-sp-sao-paulo-0003157-7220024036181> Acesso em 13.08.2017, às 19:05 hs.

<sup>347</sup> É o que diz seu art. XXIII: As penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade. (DECLARAÇÃO..., 1789)

<sup>348</sup> STF - RECLAMAÇÃO: Rcl 26556 PR - PARANÁ 0001933-26.2017.1.00.0000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471896508/reclamacao-rcl-26556-pr-parana-0001933-2620171000000>, Acesso em: 13.08.2017, às 19:15 horas.

## 6 OBJETIVOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL

### 6.1 Considerações gerais

Embora não possa ser vista como única resposta estatal à prática de crimes, a pena privativa de liberdade ainda é a mais utilizada em todo o mundo. Não vejo como deixar de aceitar sua aplicação, o que não me impede de concordar com as incontáveis críticas que a ela são feitas.

A maioria da população carcerária é constituída de gente com pouca instrução e poucos recursos econômicos. E não se pense que isto seja uma característica apenas do nosso país ou da América Latina ou de chamado Terceiro Mundo. Na Europa, a situação não é diversa. A propósito escreve Hilde Kaufmann:

Sólo con ver la actual población carcelaria en todo el mundo y dejando de lado el problema de los prisioneros políticos, porque entre ellos aparecen generalmente personas de alto nivel espiritual, así como mentes extraviadas, y porque constituyen un grupo carente de unidad, se comprobará que la gran mayoría de los apenados son personas que han sufrido en su desarrollo, ya desde temprano, las más diversas lesiones. En su mayoría provienen de estratos sociales bajos, de las partes mas necesitadas de la población. Les ha sido negada una sana educación, lo mismo que una adecuada instrucción escolar y profesional, o bien éstas han fracasado por carencias intelectuales, insuficiencias de salud, necesidades economicas, subdesarrollo y circunstancias semejantes<sup>349</sup>.

Embora isso tenha sido escrito há quatro décadas, não há razão para acreditar que essa situação tenha mudado. Não é necessário discorrer sobre os gravíssimos problemas que advêm do encarceramento nem do tratamento que se dá aos que estão presos, semelhante, muitas vezes, ao do enjaulamento de animais<sup>350</sup>. A respeito dos males da prisão, de sua ineficácia e do tratamento que é infligido no preso, as palavras de Evandro Lins e Silva são precisas e vêm de quem passou pela Advocacia, pelo Ministério Público, pela Magistratura e pelo Poder Executivo:

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma

---

<sup>349</sup> KAUFMANN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecución penal*, cit., p. 21.

<sup>350</sup> Edmundo Oliveira lembra que “das nascentes zoológicas é que vem o uso de ‘prender’”. Explica também que a “a palavra ‘Cárcere’ do latim *carcer*, que designava na Idade Antiga, o local do circo em que os cavalos aguardavam o sinal para a partida, nas corridas. Passou depois a designar a prisão, onde se colocavam os escravos, os delinquentes e os vencidos na guerra.” (*Futuro alternativo das prisões*, cit., p. 5)

ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinquentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos condenados.

Os fariseus de todos os matizes, não podendo deixar de reconhecer a evidência dos malefícios da prisão, bradam que a pena tem caráter intimidativo e serve como retribuição do mal causado pelo infrator da norma penal. O fator intimidativo pode ser exercido por outras formas de punição, que não a cadeia, e, quanto à retribuição, seria um retorno à pena castigo, anticientífica, verdadeiro talião patrocinado pelo Estado.<sup>351</sup>

A esse respeito também é indispensável recordar as palavras do criminalista de reconhecida formação humanista, Heleno Cláudio Fragoso:

A experiência de dois séculos veio demonstrar a falência completa da filosofia correcional. Países desenvolvidos inverteram grandes somas em seus programas correcionais, construindo prisões que supunham capazes de ressocializar ou de emendar o condenado, sem qualquer êxito. As taxas de reincidência se mantêm, qualquer que seja a prisão. Demonstrou-se o efeito devastador do confinamento sobre a personalidade humana e a contradição insolúvel entre as funções de custódia e de reabilitação. Como instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade, ajustando-a à subcultura prisional (prisonização). A reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta. O homossexualismo, por vezes brutal, é inevitável. A delação é punida com a morte. Conclui-se, assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta um custo social demasiadamente elevado. Aos defeitos comuns de todas as prisões, somam-se os que são comuns nas nossas: superpopulação, ociosidade e promiscuidade.

Chegamos, assim, a certas conclusões que já não são discutidas. A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas impostas aos delinqüentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento longo.<sup>352</sup>

<sup>351</sup> LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Gramática*, cit., p. 40.

<sup>352</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., p. 383-384.



Também é fundamental verificar o que o penitenciário e humanista César Barros Leal escreve sobre a prisão:

Questionar-se-á, a propósito: a pena, *in casu*, não seria exorbitante, demasiadamente cruel?

A promiscuidade sexual nas prisões tem provocado a expansão da AIDS que, em alguns países, como no Brasil e os Estados Unidos, chega a números preocupantes, trazendo-nos à memória a 'febre carcerária', [...]

A superpopulação usual (onipresente problema, que tem crescido em demasia nas últimas décadas, graças à costumeira ausência de priorização a este setor nevrálgico da administração da Justiça Criminal), a carência de pessoal com formação especializada e a falta de tratamento individualizado, a par da obsessão pela segurança (inconciliável com programas reeducativos), agravam o quadro sombrio dos parques prisionais de quase todo o mundo, em que se vulnera, a todo instante, a integridade física e moral do preso.<sup>353</sup>

Com base na transcrição desses textos, pode-se questionar: Então, por que não se defende o fim da prisão? Porque seu fim não é possível, não ainda.

Esses retratos sobre as condições em que se cumpre a pena de prisão, apontados por Evandro Lins e Silva, Heleno Fragoso e César Barros Leal, nos casos de presos estrangeiros, são ainda muito mais exacerbados.

Não vislumbro, repito, até onde consigo ver, a abolição da prisão. Creio mesmo que continuará a ser utilizada ainda por muito tempo em razão de muitas vezes ser efetivamente o único meio possível e adequado como resposta à prática de alguns crimes; porque está de tal forma arraigada na cultura de algumas sociedades que lhes é quase impossível abrir mão dessa espécie de punição e, ainda, por receio dos governantes em contrariar a opinião pública, a qual imagina a prisão como única resposta válida para reprimir o crime.

Mas, se não se pode prescindir da pena de prisão, também não pode ela ser utilizada para agravar o sofrimento do preso; ao contrário, deve-se buscar, constantemente e em todas as situações, promover sua humanização. É precisamente com base nesse objetivo que defendo a transferência da execução penal do preso para que cumpra a pena no seu local de origem, no meio em que foi criado, no local onde reside sua família e onde pretende morar quando reconquistar sua liberdade. O cumprimento da pena de prisão próximo

---

<sup>353</sup> LEAL, César Barros. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos Direitos Humanos dos presos in Revista do CNPCP, v. 1, nº 6, jul./dez. 1995, Brasília, p. 22.

de seu meio familiar e social pode diminuir o grave quadro tão realisticamente pintado por Evandro, Heleno e César.

Antes de perquirir sobre o objetivo da condenação criminal, especialmente da pena de prisão, é preciso indagar: Qual a razão para que a pena seja aplicada? Quais as teorias que propõem sua justificação? Essas indagações, apesar de antigas, permanecem atuais e ainda não encontraram uma resposta única e satisfatória. Com razão, portanto, o registro de Paulo Queiroz, quando anota, com relação à pergunta inicial:

Semelhante indagação, como é sabido, constituiu uma das preocupações mais antigas e controversas da filosofia, que é a justificação do direito de punir, tradicionalmente tratada sob a rubrica de 'teorias da pena', que, no fundo, são teorias do direito penal [...].<sup>354</sup>

Como já exposto, a pena sempre existiu e, como observado por Bruno<sup>355</sup>, “não se podia esperar que nas culturas mais antigas se tivesse debatido o problema da justificação da pena. Como em relação às outras instituições sociais, a sua existência era admitida implicitamente como necessária e legítima”. O fato é que a pena existe como instrumento de defesa social e aí reside, segundo o próprio Bruno, sua legitimidade: “Esta sanção, que é a pena, exprime a reprovação que a ordem de Direito faz pesar sobre o fato e reafirma a vontade do Estado de assegurar a validade do preceito”<sup>356</sup>. Entretanto, se é pacífico que a pena é uma necessidade, questiona-se sua *ratio* e as finalidades que se procuram alcançar com sua utilização. Sempre será válida a afirmação de Antonio Berstain, que, com pertinência, assevera que essa questão constitui o alfa e o ômega de todo o direito penal e “quien no haya resuelto esta antinomia no puede llamarse de jurista”<sup>357</sup>.

Para responder à pergunta inicial - isto é, *por que se pune?* surgiram algumas teorias que defendem sua existência e por isso mesmo são chamadas de legitimadoras e podem ser agrupadas em três grupos: teorias absolutas, relativas e mistas. Por isso mesmo é indispensável examiná-las, ainda que sucintamente.

<sup>354</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 12.

<sup>355</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*, t. 3, Saraiva: Rio de Janeiro, p. 1967, p. 35.

<sup>356</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*, cit. t. 3, p. 28.

<sup>357</sup> BERSTAIN, Antonio. *Cuestiones penales y criminológicas*. Madri: Reus, 1979, p. 29-30.

As teorias absolutistas vêm na pena uma necessidade decorrente da prática do delito: aplica-se a pena porque se delinuiu. Como explica Bruno, ao tratar do tema:

Retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada. Se algum fim prático pode ser com isso alcançado, é consideração secundária, que não deve sobrepor-se e nem sequer equiparar-se àquele fim essencial de justiça<sup>358</sup>.

Sua justificação está no fato passado, vale dizer, unicamente no crime cometido. Um dos principais ideólogos dessa corrente é Imanuel Kant (1724-1804)<sup>359</sup>, para quem a expiação é um imperativo categórico, sendo a pena uma exigência ética, dispensando qualquer questionamento teleológico. É por demais conhecida sua afirmação que diz que mesmo que se tenha certeza que o indivíduo não voltará a delinquir, a pena deve ser aplicada. Ao sintetizar o pensamento do filósofo alemão, Bruno assinala que essa teoria pode ser condensada na seguinte frase: “Mesmo se uma sociedade voluntariamente se dissolve, o último assassino que se ache em prisão deverá ser justificado, a fim de que cada um receba a retribuição que reclama a sua conduta”<sup>360</sup>.

Para Hegel<sup>361</sup>, também seguidor desse posicionamento, o crime é a negação do direito e a pena é a negação jurídica do crime, restabelecendo a harmonia alterada pela prática do crime; desse modo, nada mais tem importância. Dentre outros importantes seguidores desse movimento devem ser citados Pellegrino Rossi (1787-1849), Francesco Carrara (1805-1888) e Enrico Pessina (1828-1916). O brocardo latino *punitur quia peccatum est* (“pune-se porque se pecou”) é sua mais precisa síntese.

A respeito dessa corrente, merece transcrição literal o exame feito por Paulo Queiroz, quando assinala que a teoria absoluta recebe esta denominação por ver:

A pena como um fim em si mesmo, pena que, quer como realização da justiça, quer como expiação de um mal, quer por razões de outra índole, se justifica pura e simplesmente pela verificação de um fato

<sup>358</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*, cit., t. 3, p. 33.

<sup>359</sup> KANT, Imanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 176.

<sup>360</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*, cit., t. 3, p. 34.

<sup>361</sup> HEGEL, Georg Wilhelm. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 91.

criminoso, cuja punição se impõe categoricamente independentemente, pois, de considerações finais<sup>362</sup>.

Com razão, anota esse autor que para tal corrente não se ignora ou se contesta que a pena possa cumprir outras funções, entendendo-se, no entanto, que as possíveis finalidades da pena nada têm a ver com sua natureza, com sua *ratio essendi*.

Mesmo que se aceite essa fundamentação para a aplicação da pena, ela não pode servir para não reconhecer os direitos do preso e todas as conquistas da humanidade sobre a execução penal, pelo que é oportuno recordar as palavras de Jason Albergaria:

A moderna concepção da retribuição está vinculada às exigências da dignidade humana e garantias do Estado de Direito [...]. Em outros termos, a idéia de retribuição está vinculada ao respeito da dignidade humana, e às garantias jurídicas do Estado de Direito, como reivindica a direção da *non intervention*. O art. 59 do Código Penal dá posição dominante à retribuição, ao privilegiar a culpabilidade, ao lado de outros elementos do processo da determinação judicial da pena<sup>363</sup>.

Em oposição às teorias retributivas, surgiram as teorias relativas, também chamadas de finalistas, assim denominadas por defenderem que a pena não se esgota em si mesma, ao contrário, objetiva alcançar um fim maior, atuar preventivamente e, assim, evitar que novos crimes sejam cometidos. E essa prevenção será dupla: como prevenção geral, evitará que outras pessoas pratiquem crimes; e como prevenção especial, desestimulará que o condenado volte a delinquir. Esta modalidade de prevenção foi apresentada por Von Liszt<sup>364</sup> e tem fundamental relevância por buscar a ressocialização do criminoso.

Por sua vez, a lição de Giandomenico Romagnosi (1761-1835) esclarece bem a orientação da prevenção especial quando sustenta que não haverá mais razão na aplicação da pena, quando houver a certeza de que o infrator não cometerá outro crime, e assim é porque não há mais prevenção a alcançar, pois é essa que legitima sua aplicação. Daí a conhecida passagem: “Si después del primer delito se tuviera la *certeza* moral de que luego no ocurría

<sup>362</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, cit., p. 18.

<sup>363</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*, cit., p. 41.

<sup>364</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, v. 1, cit., p. 100.

ningún otro, la sociedad no tendría *ningún* derecho para castigarlo”<sup>365</sup>. Dentre seus principais defensores estão Beccaria, Carmignani, Bentham, Feurbach, Von Liszt e Von Hippel. Aqui é aplicável o brocardo latino *punitur et ne peccetur*. (“pune-se para que não se peque”).

Não sem razão, Bruno distingue essas teorias sob a ótica do tempo:

Para toda teoria absoluta, a razão de ser da sanção penal está no passado, no crime cometido pelo agente, que uma exigência de ordem religiosa, moral ou jurídica força a castigar. Para as teorias relativas, aquela razão de ser está no futuro, na prática de novos crimes, que o Estado tem o dever de prevenir<sup>366</sup>.

Mas, como nenhuma das duas satisfazia por inteiro, surgiram as teorias mistas, também chamadas de unitárias, as quais procuraram reunir os pontos mais importantes de cada uma. Para tanto, fundiram numa mesma teoria o caráter retributivo, mas também buscando alcançar a prevenção geral e especial. Com precisão, Paulo Queiroz sintetiza o caráter dessas teorias:

Significa dizer, noutros termos, que a pena é conceitualmente uma retribuição jurídica, mas retribuição que somente se justifica se e enquanto necessária à proteção da sociedade, vale dizer, é uma retribuição a serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos<sup>367</sup>.

Em meu entendimento, não há, notadamente à luz do Texto Constitucional, do Código Penal e da própria Lei de Execução Penal, como escolher entre as teorias absolutas ou utilitárias, uma vez que a pena alicerça-se nos dois fundamentos, isto é, retribuição e prevenção. Por isso mesmo, creio que a melhor opção é ficar com as teorias mistas. Acertado, portanto, o posicionamento de Albergaria, que defende:

Uma posição intermédia, procurando conciliar os dois extremos. Parte da ideia de retribuição com base, acrescentando os fins preventivos especiais e gerais. Aparece como uma solução de compromisso na luta das Escolas. Retribuição e Prevenção são dois pólos opostos da mesma realidade, que se coordenam mutuamente, e não podem subordinar-se um ao outro<sup>368</sup>.

<sup>365</sup> ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genésis del derecho penal*. Tradução de Carmelo Gonzales Cortina e Jorge Guerrero. Editorial Temis: Bogotá, 1956, § 263, p. 108.

<sup>366</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*, cit., t. 3, p. 34.

<sup>367</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*, cit., p. 66.

<sup>368</sup> ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*, cit., p. 18.

Mas, qualquer que seja a opção escolhida<sup>369</sup>, é imprescindível recordar que a pena deve ser cumprida segundo o respeito a determinados princípios que foram incorporados pela humanidade ao longo dos séculos, como reflexo das ideias, estudos e lutas de diversos humanistas.

Desse modo, não se pode ser contra a transferência da execução penal de presos estrangeiros por achar que ele deve ser punido e por crer que ele será expulso depois de cumprida a pena. É indispensável examinar o que se busca com a condenação criminal e se essa transferência está abarcada por esse objetivo.

## 6.2 Objetivos da condenação criminal

Mas, afinal, qual é o objetivo da pena? Qual sua finalidade? O que se busca com sua previsão, aplicação e execução? De minha parte, não tenho dúvida de que a resposta a essas indagações é a busca da reinserção social, ou, em palavras mais precisas: possibilitar que o preso condenado volte a viver adaptado em liberdade no grupo ao qual pertence.

Na filosofia, desde as ideias de Aristóteles, passando pelos mais importantes pensadores, encontramos que se deve buscar o bem comum fundado na dignidade do indivíduo.

É interessante mencionar que é esse também o objetivo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, produzido pela ONU em 1948, nos termos do que dispõe em seu art. 1º, no qual constatamos a preocupação com o tema<sup>370</sup>. É comum afirmar que o homem não existe sozinho, que não pode ser visto senão como integrante de um grupo. É nesse contexto que o objetivo da pena deve ser examinado.

---

<sup>369</sup> Há ainda outras teorias a respeito, merecendo destaque a teoria agnóstica da pena. Para seus seguidores a pena não tem como cumprir com as finalidades tradicionalmente a ela atribuídas. Ela não tem poder para ressocializar o condenado. Esta ressocialização não tem de ser buscada por ela, mas, sim, apesar dela. A respeito desta teoria veja-se o livro *Antimanual de criminologia* de Salo de Carvalho, Editora Saraiva, 5ª ed., São Paulo: 2013.

<sup>370</sup> "Art. 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". (ONU *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948). Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm)>. Acesso em 13.08.2017, às 19:20 hs.

### 6.3 O objetivo da condenação criminal no Direito estrangeiro

Em incontáveis legislações de diversos países está previsto que a finalidade da pena é a ressocialização do sentenciado. Na maioria dos países do mundo ocidental, encontramos textos legais que reafirmam o objetivo ressocializador da pena, incluindo a pena privativa de liberdade. Vejamos a orientação de alguns desses países e seus documentos correspondentes<sup>371</sup>.

A Constituição Portuguesa (1976) proíbe o uso de penas cruéis, degradantes ou desumanas<sup>372</sup>. Também o Código Penal (2007), trata das finalidades das penas no art. 40 e claramente aponta a necessidade de ressocialização<sup>373</sup>. O texto legal não poderia ser mais claro e preciso ao asseverar que a pena visa à reintegração do condenado à sociedade.

O Código Penal alemão (1998), também segue a mesma linha e explicita o futuro da vida em sociedade<sup>374</sup>.

No Direito espanhol, a reeducação do condenado e sua reinserção social como finalidades da pena estão explicitamente estabelecidos na Constituição (1978)<sup>375</sup>. A legislação infraconstitucional segue a mesma orientação. Assim, o Código Penal (1995), chamado *Novo Código Penal da Democracia*, demonstra a finalidade almejada com a sanção criminal<sup>376</sup>.

<sup>371</sup> Muitos outros países e suas legislações poderiam ser citados como exemplo dessa mesma orientação adotada, contudo, é importante não esquecer que a pena também têm outras finalidades, como o de evitar a reincidência, satisfazer de alguma forma a vítima ou sua família e resarcir o dano causado pelo crime, dentre outras.

<sup>372</sup> Art. 25, II, PORTUGAL. 1976. *Constituição da República Portuguesa*, 1976. Disponível em: <www.parlamento.pt> Página Inicial> Legislação>. Acesso em 28.05.2011, às 20:00 hs.

<sup>373</sup> “Art. 40. - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa à proteção de bens jurídicos e à reintegração do agente na sociedade.” (PORTUGAL. *Código penal*. Lei nº 59, de 04.09.2007.

<sup>374</sup> “Capítulo Três – Consequências Legais do Ato: Título Dois – Determinação da Pena: Seção 46 – Princípios para Determinar a Pena: (1) A culpabilidade do agente é a base para determinação da pena. Os efeitos que se esperam que a pena produza, sobre a **vida futura em sociedade do agente**, devem ser considerados”. (ALEMANHA. Código penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*).

<sup>375</sup> “Artículo 25 [...] Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. (ESPAÑA. 1978. *Constituição espanhola*. 1978)

<sup>376</sup> “[...] En relación con la sustitución de las penas se incluye como novedad que en el caso de que las penas no excedan de dos años en relación con los reos no habituales puedan ser sustituidas por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, con la finalidad de potenciar la

No Direito argentino, percebe-se também a preocupação da lei para que o preso consiga se reinserir ao seu contexto social. A Constituição prevê a obrigatoriedade da extradição de uma localidade para a sua de origem, caso o cometimento do ilícito se dê em província distinta daquela em que reside o réu<sup>377</sup>. No Código Penal argentino (1922) há uma disposição que visa favorecer a ressocialização, como se vê no Livro Primeiro, dedicado às penas, ao prever a possibilidade de contratação de apenados para trabalho em obras públicas<sup>378</sup>.

Por sua vez, a legislação colombiana também assegura a dignidade da pessoa humana e da solidariedade<sup>379</sup>. Esse mesmo espírito humanitário é encontrado no Código Penal (2000), que, ao referir-se às funções da pena, prioriza a reinserção social<sup>380</sup>.

Do mesmo modo, a Constituição peruana manifesta a importância que dá aos Direitos Humanos desde o art. 1º<sup>381</sup>. Não é diferente o que dispõe o Código Penal (1991), ao tratar da ressocialização e da reabilitação como finalidades das penas<sup>382</sup>.

Na Constituição Política da República de Costa Rica (1949), bem como no Código Penal (1970) está presente o caráter humanista das sanções penais. O Texto Constitucional assegura a proibição do uso de penas degradantes e

aplicación de esta última modalidad penológica y conseguir un claro **efecto ressocializador** y reeducativo. [...]”. (ESPAÑA. Código penal de 1978)

<sup>377</sup> “Artículo 8º: Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias”. (ARGENTINA. Constitución de 1994)

<sup>378</sup> “Artículo 6º: [...] Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares”. (ARGENTINA. Código penal de 1922)

<sup>379</sup> É o que determina o artigo 1º da Constituição: “Artículo. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. (COLÔMBIA. Constitución de 1991)

<sup>380</sup> “Artículo 4º. - Funciones de la Pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, **reinserción social** y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. (COLÔMBIA. *Código Penal* de 2000)

<sup>381</sup> “Artículo 1º - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. (PERU. Constitución de 1993)

<sup>382</sup> “Artículo IX – Fines de la Pena y Medidas de Seguridad – La pena tiene función preventiva, protectora y **ressocializadora**. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. (PERU. Código penal. 1991)



confissão obtida por meio de tortura<sup>383</sup>; por sua vez, o Código Penal assegura e declara a função reabilitadora da pena<sup>384</sup>.

Como se viu, nos textos legislativos escolhidos, dentre os tantos mais que poderiam ser mencionados, a diretriz que predomina no mundo democrático na execução da pena é a reintegração do condenado, mesmo que haja eventualmente nela caráter retributivo.

Mas não são somente os textos legais, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, que estabelecem como objetivo da pena a reintegração do condenado à sociedade; inúmeros documentos internacionais reafirmam, também, o caráter ressocializador da pena.

Dentre tantos outros, mencione-se a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969), conhecido como *Pacto de San Jose da Costa Rica*, que assim se manifesta:

Art. 5º, inciso 6: As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a **readaptação social dos condenados**.<sup>385</sup>

Também o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (1966), dispõe:

Art. 10, 3. - O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a **reabilitação moral dos prisioneiros**.<sup>386</sup>

Há, sem dúvida, um documento de abrangência mundial e que merece novamente ser mencionado: *As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento do Preso* (1955). Com ele, busca-se assegurar, como o próprio nome diz, que o preso, provisório ou condenado, tenha respeitado seus direitos de ser humano.

<sup>383</sup> “Artículo 40. Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.” (COSTA RICA. 1949. Constitución Política de La República de Costa Rica, 1949. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. Acesso em 13.08.2017, às 19:25 hs.

<sup>384</sup> “Prisión y medidas de seguridad. Artículo 51. La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción reabilitadora.” (COSTA RICA. Código penal. Lei nº 4.573, de 04.05.1970)

<sup>385</sup> CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 13.08.2017, às 19:25 hs.

<sup>386</sup> Art. 10, inciso 3: (PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 13.08.2017, às 19:25 hs.

Nele também está explícito o objetivo ressocializador da pena – por exemplo, o art. 24, que trata da assistência médica:

Art. 24 - O médico deverá examinar cada preso tão logo seja possível [...]; assinalar as deficiências físicas e mentais que podem constituir um **obstáculo para a readaptação**, e determinar a capacidade física de cada preso para o trabalho.

Há, ainda, no referido documento, outras disposições que, de forma explícita e direta, deixam claro essa finalidade:

Art. 60, b - É conveniente que, antes do termino da execução de uma pena ou medida, se adotem os meios necessários para assegurar ao preso um **retorno progressivo à vida em sociedade**.

Art. 67 - As finalidades da classificação deverão ser: b) Repartir os presos em grupos, a fim de facilitar o tratamento **orientado para sua readaptação social**.

Art. 72, a - A organização e os métodos de trabalho penitenciário deverão ser semelhantes, o mais possível, àqueles que se aplicam a um trabalho fora do presídio, **a fim de preparar os presos para as condições normais do trabalho livre**.

#### 6.4 Objetivo da condenação criminal no Direito brasileiro

No plano interno, não pode haver dúvida a respeito do objetivo da condenação criminal. O ordenamento jurídico não deixa margem a questionamentos.

O Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, ao tratar dos critérios judiciais para a fixação da pena base, no art. 59, estabelece expressamente parâmetros para a atuação judicial, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, vinculando-os à ideia da necessidade da reprovação e prevenção do crime.

Esse texto legal é claríssimo: a pena tem caráter retributivo, mas não é esse seu aspecto mais importante. Concreta e inequivocamente, a pena, e em especial a pena de prisão, objetiva preparar o condenado ao retorno à vida em liberdade no seu meio familiar, social e natural.

Precisamente, o Código Penal, no Título V da Parte Geral, é claro ao dispor no art. 35 sobre o objetivo ressocializador da pena, pois permite, ou melhor, recomenda, que o condenado frequente cursos supletivos

profissionalizantes para que se prepare para a vida em liberdade<sup>387</sup>. Da mesma forma, o art. 36, § 1º, ao tratar do regime aberto prevê essa possibilidade<sup>388</sup>. No livramento condicional, instituído no art. 83, III, parágrafo único, condiciona a concessão desse benefício à efetiva probabilidade de reintegração social do preso, para dessa forma estimular esse desejo<sup>389</sup>.

O mesmo se constata, ainda de forma mais clara, na Lei de Execução Penal. Desde a Exposição de Motivos a preocupação é explícita com relação à reintegração do preso:

Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a **reincorporação do autor à comunidade**.

A parte dispositiva dessa lei segue a mesma orientação, enfatizando a questão da ressocialização ao dispor que:

Art. 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**.

Art. 10º A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e **orientar o retorno à convivência em sociedade**.

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e **prepará-los para o retorno à liberdade**.

Art. 23. Incumbe ao serviço social de assistência social: [...]; V – **promover a orientação** do assistente, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, **de modo a facilitar o seu retorno à liberdade**.

Art. 25. A assistência ao egresso consiste: **i – na orientação e apoio para reintegrá-lo à liberdade**.

<sup>387</sup> “Art. 35 – Regras do regime semiaberto. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”.

<sup>388</sup> “Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”. (BRASIL, 1940)

<sup>389</sup> “Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Parágrafo único – Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”. (BRASIL, 1940)

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: [...]; III – **participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.**

Esse objetivo não está previsto somente na legislação. Há, a exemplo do que ocorre em outros países, inúmeros documentos programáticos e recomendações que asseguram que o objetivo da pena privativa de liberdade é a reintegração social do condenado.

Assim, nas *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil* (1994) fica explícito o objetivo ressocializador da pena, especificamente da pena de prisão. É clara essa opção quando se assenta em princípios como a liberdade, a igualdade, com vista à reinserção social do agente, que alcançam até mesmo a postura pós-penitenciária a ser adotada pelo Estado:

TÍTULO I – REGRAS DE APLICAÇÃO GERAL – CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.

Artigo 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos tratados, Convenções, e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

CAPÍTULO VII – DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E DE ASSISTÊNCIA SANITÁRIA.

Artigo 18º. IV – assinalar as deficiências físicas e mentais que possam constituir um obstáculo para sua **reinserção social.**

TÍTULO II – REGRAS APLICÁVEIS A CATEGORIAS ESPECIAIS – CAPÍTULO XIX – DOS CONDENADOS.

Artigo 53 – II – dividir os presos em grupos para **orientar sua inserção social;**

CAPÍTULO XXI – DO TRABALHO.

Artigo 56. IV – devem ser consideradas as necessidades futuras do condenado, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho;

VII – a lei ou regulamento fixará a jornada de trabalho diária e semanal para os condenados, observada a destinação de tempo para lazer, descanso, educação e outras atividades que se exigem como parte do tratamento e **com vista à reinserção social;**

CAPÍTULO XXII – DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AJUDA PÓS-PENITENCIÁRIA.

Artigo 57. O futuro do preso, após o cumprimento da pena, será sempre levado em conta. Deve-se animá-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas e ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim como sua própria **readaptação social.**

Artigo 58. Os órgãos oficiais, ou não, de apoio ao egresso devem: I – proporcionar-lhe os documentos necessários, bem como,

alimentação, vestuário e alojamento no período imediato à sua liberação, fornecendo-lhe, inclusive, ajuda de custo para transporte local; II – **ajudá-lo a reintegrar-se à vida em liberdade**, em especial, contribuindo para sua colocação no mercado de trabalho.

Também merecem destaque as *Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária*, do mesmo CNPCP, que no seu art. 7º assevera como norma programática a observância à Declaração dos Direitos Humanos e a outros documentos da mesma natureza<sup>390</sup>.

Esse mesmo documento consagra a reintegração social e faz menção à questão da ressocialização em vários outros dispositivos, que se referem, por exemplo, à necessidade de reintegração sócioeducativa do condenado, ao papel das instituições de ensino superior na execução de programas fomentando a adoção de penas alternativas e restritivas de direito, ao valor do trabalho na sua reinserção social com colocação no mercado<sup>391</sup>. A Resolução nº 5, de 17 de outubro de 1983 também do CNPCP<sup>392</sup> não deixa dúvida da opção do Estado brasileiro sobre o objetivo ressocializador da pena de prisão:

O Conselho Nacional de Política Penitenciária, em sua reunião ordinária de dia 17 de outubro de 1983, atendendo a que, por ora, não temos, ainda, Lei de Execução Penal, pela qual melhor se concretize a individualização executória e CONSIDERANDO que tal individualização cumpre-se a cada condenado as oportunidades e elementos necessários, para que consiga a reinserção social; [...].

<sup>390</sup> Art. 7º “Alertar para a ineficácia de regramentos normativos que visem a alargar tipificação penal e oferecer maior rigor no tratamento de certos crimes, especialmente quando venham a contrariar o regime progressivo de cumprimento de pena, cientificamente **voltado para reintegração social do condenado.**” (BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 5, de 19.07.1999*. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnppc/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0104C010-6D4B-4375-B3ED-C076F4CA8BFE}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>, Acesso em 27.05.2011, às 17:00 hs.

<sup>391</sup> “DOS RECURSOS INSTITUCIONAIS – Artigo 8º - Renovar a orientação de que, em todos os estados, os serviços prisionais e de regime penitenciário devem ser sistematizados e dirigidos por um órgão central de administração, estruturado como superintendência ou departamento, capaz de viabilizar a implementação da Lei de Execução Penal e proporcionar condições para a harmônica **integração social do condenado** e do internado. - Artigo 10º. Definir a prática institucional adequada aos objetivos de **reintegração sócio-educativa do condenado**, viabilizando o caráter progressivo das penas privativas de liberdade, através dos regimes fechado, semi-aberto e aberto. - Artigo 15º. Estimular os Estados e Municípios para, em colaboração com instituições de ensino superior e entidades comunitárias, criarem Centros de Reinserção Social que implementem programas de execução das penas alternativas ou restritivas de Direitos. Artigo 18º. Fixar que a conjugação inteligente da educação com o trabalho produtivo constitui o alicerce vital do **processo de reconstrução do homem condenado pela Justiça Criminal**. Artigo 20º - Estimular a iniciativa privada a participar do esforço de **reintegração sócio-educativa do infrator**, possibilitando-lhe o acesso ao mercado de trabalho.”

<sup>392</sup> O Conselho Nacional de Política Penitenciária, com a Lei n. 7.210 de julho de 1984 passou a se chamar Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Nesse sentido, foram elaboradas as *Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal*, em 2011, pelo CNPCP, em trabalho conjunto com as Unidades da Federação, visando estabelecer as normas sobre a construção, ampliação e reforma dos estabelecimentos prisionais, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, com o fim de promover a ressocialização dos presos<sup>393</sup>.

Quanto à aplicação da lei, mormente em relação a pena, o *Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169, elucida em seu artigo 5º que:

Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, nem nenhum destes funcionários pode invocar ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como o estado de guerra ou uma ameaça de guerra, ameaça à segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>394</sup>

Ainda no CNPCP encontramos no ano de 1994, as Diretrizes Básicas da Política Penitenciária Nacional sobre o objetivo reintegrador:

Art. 10. Definir a prática institucional adequada aos objetivos de reintegração sócio-educativa do condenado, viabilizando o caráter progressivo das penas privativas de liberdade, através dos regimes fechado, semi-aberto e aberto.

Art. 15. Estimular os Estados e Municípios para, em colaboração com instituições de ensino superior e entidades comunitárias, criarem Centros de Reinserção Social que implementem programas de execução das penas alternativas ou restritivas de Direitos.

Art. 20. Estimular a iniciativa privada a participar do esforço de reintegração sócio-educativo do infrator, possibilitando-lhe o acesso ao mercado de trabalho.

No Brasil, a reintegração social como objetivo da pena também é encontrada em diversos documentos resultantes de congressos, simpósios,

<sup>393</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Diretrizes Básicas para arquitetura penal. Disponível em: [http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes\\_ArquiteturaPenal\\_resolucao\\_09\\_11\\_CNPCP.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf). Acesso em 13.08.2017, às 19:50 hs.

<sup>394</sup> CÓDIGO De Conduta Para Os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação Da Lei. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>. Acesso em 13.08.2017, às 19:40 hs.

encontros, seminários e reuniões nos quais tenha se discutido a execução penal ao longo dos anos.

É o que afirmam, por exemplo, as *Conclusões do Encontro de Secretários de Justiça* reunidos em Curitiba, em 30 de setembro a 1º de outubro de 1983:

Com a finalidade de analisar as questões afetas às suas pastas, concordaram em priorizar uma política de rigoroso respeito aos direitos humanos através de:

15. Promoção da participação da comunidade no trabalho de **reinserção do interno à sociedade**<sup>395</sup>.

Da mesma forma, as *Conclusões do Fórum Nacional de Secretários Estaduais de Justiça*, reunidos na cidade de Porto Alegre, nos dias 6, 7 e 8 de dezembro de 1990, em seu 7º Encontro Nacional:

Consideram que a vocação humanitária do povo brasileiro proscreve a pena de morte e a prisão perpétua, com o que o apenado, necessariamente, cumprida a pena, deverá voltar ao convívio social<sup>396</sup>.

No mesmo sentido a *Carta de Joinville*, quando assevera que:

1. Os Magistrados Brasileiros, reunidos em Joinville, com a participação de advogados e membros do Ministério Público, de 25 a 27 de março de 1993, no Iº Simpósio Nacional sobre Execuções Penais e Privatização dos Presídios, realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos magistrados Catarinenses, vêm a público para divulgar seu pensamento, colhido nas discussões e votações do Simpósio, como segue:

2. O sistema prisional e carcerário deve estar voltado para a **recuperação psicossocial e reeducação profissional do sentenciado**, com vista aos setores agropecuário, industrial e de serviços, como forma de melhoria do padrão social e proteção à própria comunidade<sup>397</sup>.

<sup>395</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal: cartas e conclusões de congressos, simpósios, encontros e seminários*, Jurua: Curitiba, 2001, p. 15.

<sup>396</sup> "PROCLAMA a necessidade de uma **ação penitenciária reeducadora e ressocializadora do condenado**, objetivando a recuperação da cidadania do apenado e, conseqüentemente a afirmação dos direitos e garantias individuais de todas as pessoas; Visando ao enfrentamento, concreto e eficaz, da tarefa de reintegração do apenado à sociedade, estabelecem a seguinte PROPOSTA DE PRINCÍPIOS PARA UMA POLÍTICA PENITENCIÁRIA DE DEFESA DO CIDADÃO E DA SOCIEDADE, nos termos das conclusões dos grupos especiais de trabalho, como segue: O caráter progressivo da execução penal, através dos regimes fechado, semi-aberto e aberto, exige que sejam definidas práticas institucionais adequadas aos objetivos de reeducação, **reintegração social e ressocialização**; (no mesmo sentido os itens 4, 19)". (KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 17).

<sup>397</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 31.

Igualmente, a *Carta Penitenciária de Porto Alegre*, na qual penalistas, criminólogos e penitenciáristas da República Argentina, da República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República do Chile, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai – participantes do *Iº Fórum Penitenciário do Mercosul*, realizado em Porto Alegre no período compreendido entre 21 até 26 de outubro de 1996:

Irmanados na defesa de um sistema penal-penitenciário baseado no primado da dignidade humana, com relação às penas e suas execuções, decidem solenemente formalizar a seguinte proclamação:

**1. Ser a ressocialização do homem preso a meta essencial a perseguir com absoluta prioridade, eis que condição obrigatória para uma efetiva reinserção social do condenado;**<sup>398</sup>

O *Simpósio Internacional sobre Penas Alternativas e Sistema Penitenciário* foi promovido pela Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo no período de 18 a 21 de março de 1997, e ao final desse *Encontro* foi proclamada a *Carta de São Paulo*, com o seguinte teor:

**3. A pena deverá facilitar o processo de reinserção social,** sempre que possível, por via de medidas alternativas à pena privativa de liberdade;<sup>399</sup>

Da mesma forma, o documento denominado *Carta Penitenciária de Mendoza*, quando assevera:

Penalistas, Criminólogos y Penitenciáristas de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República de Chile, de la República de Paraguay, de la República de Uruguay y del Gobierno de España a través de su representante el Sr. Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid; participantes del Segundo Forum Penitenciario de Mercosur realizado en Mendoza, República Argentina, en el período comprendido entre el 11 al 15 de noviembre de 1997, hermanados en la defensa de un Sistema Penal Basado en la supremacia de la dignidad humana, con relación a las penas y a sus ejecuciones, deciden solemnemente formalizar la siguiente:

– Aconsejar sobre la necesidad y conveniencia de proyectar y ejecutar una política criminal y penitenciaria integral, que ocupe un lugar destacado en el conjunto de políticas públicas, y cuyo objetivo sea la recuperación social del condenado, lograda a través de una humana y eficiente ejecución de penas privativas de libertad y del desarrollo de programas que faciliten la inserción social del penado.<sup>400</sup> [...]

<sup>398</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 49.

<sup>399</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 55.

<sup>400</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 65-66.



Não foi diferente o *Encontro* promovido pela Escola Paulista da Magistratura em conjunto com a Associação Juízes para a Democracia, realizado nos dias 25 e 26 de junho de 1998, quando em suas Súmulas do Painel de Debates Sobre a Execução Penal, estipulou:

6. O Juiz e a Comunidade.

6.a. A atuação da comunidade é essencial **para que seja alcançada a finalidade da integração social do condenado** e internado, razão pela qual o juiz deve participar de movimentos de sua mobilização e buscar condições para o cumprimento da pena, com os recursos nela disponíveis<sup>401</sup>.

No mesmo sentido, o *Encontro Nacional de Execução Penal – Carta de Brasília*, realizado na capital federal, de 18 a 20 de agosto de 1998, quando afirmou que:

Em todos os fóruns de debate sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro sobressaíram três conclusões básicas:

3. é imprescindível o envolvimento da comunidade, pois a ela interessa e dela depende a **reintegração social do condenado**<sup>402</sup>.

A *Carta de Belo Horizonte*, (1 e 2 de dezembro de 2000) ocasião em que:

Os participantes do ‘Seminário sobre Execução Penal’, reunidos em Belo Horizonte, nos dias 1 e 2 de dezembro de 2000, quando foram expostos e debatidos problemas de relevante importância à Execução Penal, deliberaram colocar à reflexão da comunidade jurídica, as conclusões e recomendações que seguem, com o propósito de minimizar a crise penitenciária.

5. Elegem o trabalho e o estudo como meio de **buscar a ressocialização e a recuperação do condenado**, a serem implantados em todas as unidades prisionais do Estado<sup>403</sup>.

No mesmo sentido podem ser apontados muitos mais, como As Conclusões do Encontro de Bento Gonçalves, promovido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos dias 12 e 13 de junho de 2003; a Carta Professor Everardo da Cunha Luna elaborada no VI Encontro Nacional de Execução Penal, realizado na cidade de João Pessoa (PB), de 17 a 19 de junho de 2004; o II Seminário de Execução Penal e das Medidas Alternativas (Carta do Maranhão), realizado na cidade de São Luís e “constituída de Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados, servidores

<sup>401</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 72.

<sup>402</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 75.

<sup>403</sup> KUEHNE, Maurício. *Execução penal*, cit., p. 119-120.

de estabelecimentos penais, representantes de ONGs convidadas, estudantes e professores de direito”, realizado em setembro de 2004 e os Enunciados do Seminário de Encerramento do Mutirão Carcerário realizado na Corregedoria-Geral da Justiça, realizado na cidade de Porto Alegre no dia 06 de dezembro de 2013.

E, para encerrar as referências, muito embora haja outras tantas, o Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ), em relatório divulgado em 2005, determinou que:

**B. Individualização da pena e reincorporação do autor à comunidade.** Não obstante o caráter genérico e rígido das normas brasileiras atinentes à progressão de regime e concessão de livramento condicional, propiciando um espaço mínimo à personalização da pena, os trabalhos com o preso, para individualizar sua permanência na penitenciária e propor-lhe um projeto de reintegração social, lucram imensamente com a administracionalização dos citados benefícios. Sabe-se de antemão, suposto o bom comportamento do sentenciado, o tempo exato em que ficará neste ou naquele regime, o rol de estabelecimentos que irão abrigá-lo, a natureza do programa pedagógico a ser implantado nas diferentes fases da satisfação do gravame corporal. Em tudo, a certeza do quantum da pena, do período de prova, das modificações de regime. A definição de tais fatores engendra uma expectativa afirmativa em ambos os pólos: tanto o Estado como a pessoa presa firmam, por assim dizer, um contrato de convivência pacífica, com cláusulas claras de direitos e deveres mútuos.<sup>404</sup>

Quanto ao Conselho Nacional de Justiça, o mesmo publicou em 2016 o relatório que afirma ser necessário o Programa de Ressocialização de Sentenciados, que tem por escopo a ressocialização do condenado, por meio do desenvolvimento profissional e interpessoal<sup>405</sup>.

A reintegração como finalidade da aplicação das penas também encontra guarida nos julgados dos tribunais.

É essa a orientação do STF, no qual há entendimento claro de que a aplicação da pena deverá levar em consideração sua finalidade reintegradora. Nota-se, claramente, tal posição, quando o Plenário dessa Corte julgou o *Habeas Corpus nº 82.959-7/SP* para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do

<sup>404</sup> 20. PROPOSTA DO CONSEJ: Administracionalizar os Benefícios da Execução Penal (São Paulo, novembro de 2005, disponível em [http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/Cartas\\_CONSEJ/1\\_CONSEJ\\_LIV\\_PUBL.p df](http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/Cartas_CONSEJ/1_CONSEJ_LIV_PUBL.p df). Acesso em 16.08.2017, às 10:00 hs.

<sup>405</sup> CNJ. Relatório Anual de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf> Acesso em 17.08.2017, às 22:10 hs.

art. 2º da Lei nº 8.072/90, que dispõe que a pena imposta pela prática dos crimes hediondos será cumprida, integralmente, no regime fechado. Sob a inspiração dessa decisão, foi editada a Lei nº 11.464/2007<sup>406</sup>, que alterou o art. 2º da chamada *Lei de Crimes Hediondos*, suprimindo a referida vedação, já declarada inconstitucional, ao fixar o regime inicialmente fechado aos condenados pelo cometimento de um dos crimes previstos na referida lei<sup>407</sup>.

Não é diversa a orientação do STJ a respeito do objetivo reintegrador da pena privativa de liberdade<sup>408</sup>.

<sup>406</sup> BRASIL. Lei nº 11.464, de 28.03.2007. Esta lei deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

<sup>407</sup> Merece transcrição a argumentação na ocasião do julgamento do HC 82.959-7/SP, do Min. Marco Aurélio, que proferiu voto remetendo à tese por ele elaborada quando do julgamento do HC 69.657-1/SP: HC\_69657-1 /SP: “Esta matéria levou-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal, quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. [...] tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja de despersonalização? Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. [...] A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.” [...] (HC 69.657-1/SP, Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.06.1993)

<sup>408</sup> STJ - Decisão Monocrática. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 538561 MS 2014/0159763-0. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=reintegra%C3%A7%C3%A3o+do+condenado+a+sociedade&idtopico=T10000002> Acesso em 13.08.2017, às 19:52 hs.

A meu ver, é clara a posição de que a condenação e, especialmente, a pena privativa de liberdade, só tem sentido se efetivamente estiver direcionada à reintegração social do condenado ao seu meio de origem.

No caso de preso estrangeiro, como se expõe neste trabalho, tal objetivo só é possível se ele cumprir sua pena em seu país, no local onde viveu e para onde retornará depois de cumprida a pena que lhe foi imposta.

Em face da exposição retro, parece cristalino que o objetivo da pena sempre é o de alcançar a reintegração social do preso, e para tanto devem se buscar todos os meios possíveis e, no caso de condenados estrangeiros, isto se dará através da transferência da execução penal para seu país para que aí cumpra sua pena.

A resposta que se deve buscar quando se pensa em transferência da execução da pena é: onde estão provavelmente as melhores oportunidades de que ocorra essa reintegração? Portanto, é preciso recordar o ensinamento de Dibur e Deluca a respeito do bem comum:

Reiteramos que el bien común de cada Estado, al que teológicamente ha de estar orientada la voluntad política de sus gobiernos, deviene en el bien común universal. Y en razón de ello la doctrina más reciente pone en evidencia, al definir el Derecho Internacional y delimitar el Derecho Internacional, por una parte la interregulación de las relaciones entre los distintos países soberanos y, por otra, la agrupación constitutiva de la sociedad universal con intereses individuales propios. Mas ello carecería del sentido si en el logro de sus finalidades no existiera como meta aquel bien común universal.<sup>409</sup>

E afirmam

De tal forma, la transferencia, desde el punto de vista teleológico, tiende a fortalecer la finalidad esencial de la pena, esto es la más adecuada inserción social; con lo cual respecto de ellos aparecen reforzados sus intangibles derechos como persona. De esta manera, el ejercicio pleno de su libertad decisoria, se torna en requisito preeminente e insoslayable.<sup>410</sup>

É importante destacar que isto está em harmônia com valores e princípios filosóficos, culturais e religiosos, como o Cristianismo.

É a busca, portanto, da diminuição dos males do encarceramento e a busca da reintegração que deve predominar quando se fala em transferência da execução penal de condenados estrangeiros. E, como já dito

<sup>409</sup> DIBUR, José Nicacio; DELUCA, Santiago, El traslado de condenados a su país de origen, cit., p. 11.

<sup>410</sup> DIBUR, José Nicacio; DELUCA, Santiago, El traslado de condenados a su país de origen, cit., p. 26.

repetidamente, isto tem que superar possíveis obstáculos formais ou de outra natureza.

## 7 A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA DO PRESO ESTRANGEIRO PARA O PAÍS DO CONDENADO

### 7.1 Preso longe de Casa

Seja pela globalização, pela grande quantidade de migrações, especialmente dos indocumentados, pelo crescimento do denominado crime organizado, pela transnacionalização do crime, pela facilidade de viajar de um país para outro, ou por outras razões, é cada vez maior o número de estrangeiros presos nos mais diversos países, e as estatísticas tendem a aumentar.

Segundo o *International Centre for Prison Studies*<sup>411</sup>, que pesquisa a situação de presos estrangeiros, verifica-se que na Espanha a porcentagem de presos estrangeiros era de 31,2% em março de 2014.

Na Alemanha, a porcentagem de presos estrangeiros era de 27,1% em 31.03.2011.

Na Itália, a porcentagem de presos estrangeiros 34.4% em 31.03.2014.

Na França, a porcentagem de presos estrangeiros era, em 01.04.2014, de 21.7%.

No Reino Unido (Inglaterra e País de Gales), a porcentagem de presos estrangeiros era de 12.8% em 31.03.2013.

Nos EUA, a porcentagem de presos estrangeiros correspondia a 6.8% em 31.12.2011.

Na Argentina a população carcerária era de 62.263 em 31.12.2012 e a porcentagem de presos estrangeiros 5,8% nessa mesma data.

No Peru a porcentagem de presos estrangeiros era de 2,5% em dezembro de 2013.

Na Colômbia, em 2009, a população carcerária era de 118.968, em 31.03.2014, e a porcentagem de presos estrangeiros era de 0,7% na mesma data.

---

<sup>411</sup>Dados do International Centre for Prison Studies (<http://www.prisonstudies.org/>), (presos) da Eurostat Newsrelease ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_STAT-12-105\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_STAT-12-105_en.htm?locale=en)) (população estrangeira) e do Migration Policy Institute (<http://www.migrationpolicy.org/data/state-profiles/state/demographics/US>) acesso em 12.08.2017, às 17:30 hs.

Em Portugal, a população penitenciária era de 14.425 em 01.04.2014, e a porcentagem de presos estrangeiros de 18% na mesma data.

No Brasil, onde está a quarta maior população penitenciária do mundo<sup>412</sup>, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237), a população carcerária era de 548.003 em dezembro de 2012, e a porcentagem de presos estrangeiros correspondia 0.7% na mesma data.<sup>413</sup>

Há no mundo um grande contingente de brasileiros presos. Segundo o Itamaraty, a maior parte dos brasileiros está presa pelo crime de tráfico ou porte de drogas, mas também muitos estão privados de sua liberdade por crimes contra o patrimônio, crimes contra a vida, crimes sexuais e crimes migratórios.

O Ministério de Relações Exteriores do Brasil (MRE) divulgou em seu último levantamento (2015) que o número total de brasileiros presos no exterior era 2732, o que correspondia a uma redução de 2,9% em relação ao número de 2.791, em 2014.

O maior contingente se encontra em países da Europa Ocidental, da América do Sul e do Norte e da Ásia. Contudo, há brasileiros presos em todos os continentes, estando distribuídos em 58 países, principalmente nos EUA, no Japão e em Portugal.

Os dados apresentados pelo Itamaraty<sup>414</sup> são:

---

<sup>412</sup>Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>, Acesso em 12.08.2017, às 17:00 hs.

<sup>413</sup>Dados do International Centre for Prison Studies (<http://www.prisonstudies.org/>) – Informações sobre população carcerária e porcentagem de presos estrangeiros, da Eurostat Newsrelease ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_STAT-12-105\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_STAT-12-105_en.htm?locale=en)) – Informação sobre população estrangeira em Portugal, do Statistics Japan (<http://www.stat.go.jp/english/data/nenkan/1431-02.htm>) – Informações sobre população estrangeira no Japão, e do UN Data (<http://data.un.org/Data.aspx?q=colombia+foreign&d=POP&f=tableCode%3a24%3bcountryCode%3a170>) – Informações sobre população estrangeira na América do Sul. Acesso em 12.08.2017, às 17:35 hs.

<sup>414</sup> Disponível em <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/no-exterior/detencao-no-exterior>, acesso em 12.08.2017, às 17:20 hs.

**Tabela 4 – Distribuição dos brasileiros presos em países da Europa**

<b>Continente</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
Europa	Portugal	315
	Espanha	265
	Itália	174
	França	100
	Reino Unido	31
	Alemanha	43
	Turquia	54
	Bélgica	16
	Países Baixos	8
	Suíça	28
	Irlanda	8
	Luxemburgo	7
	Grécia	7
	Suécia	1
	Áustria	1
	República Tcheca	1
	Chipre	1
	Sérvia	1
Romênia	1	
Total	1062	

Fonte: Itamaraty



**Tabela 5 - Distribuição dos brasileiros presos em países da América do Sul**

<b>Continentes</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>	
América do Sul	Paraguai	764	
	Bolívia	71	
	Guiana Francesa	91	
	Argentina	89	
	Uruguai	70	
	Venezuela	62	
	Suriname	44	
	Peru	33	
	Colômbia	15	
	Chile	21	
	Equador	2	
	Guiana Inglesa	4	
	<b>Total</b>	<b>1266</b>	

Fonte: Itamaraty

Especificamente na América do Norte os dados coletados demonstram:

**Tabela 6 - Distribuição dos brasileiros presos em países da América do Norte**

<b>Continentes</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
América do Norte	Estados Unidos	531
	México	1
	Canadá	16
	<b>Total</b>	<b>548</b>

Fonte: Itamaraty

Na América Central a situação é:

**Tabela 7 -Distribuição dos brasileiros presos em países da América Central**

<b>Continente</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
América Central	Panamá	4
	Bahamas	11
	Honduras	3
	Nicarágua	2
	El Salvador	1
	República Dominicana	1
	<b>Total</b>	<b>22</b>

Fonte: Itamaraty

Na Ásia:

**Tabela 8 -Distribuição dos brasileiros presos em países da Ásia**

<b>Continente</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
Ásia	Japão	249
	China	16
	Índia	3
	Filipinas	1
	Georgia	5
	Tailândia	4
	<b>Total</b>	<b>278</b>

Fonte: Itamaraty

Na África:

**Tabela 9 - Distribuição dos brasileiros presos em países da África**

<b>Continentes</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
África	África do Sul	24
	Cabo Verde	1
	Moçambique	2
	Egito	2
	Guiné Bissau	1
	Etiópia	2
	<b>Total</b>	<b>32</b>

Fonte: Itamaraty

No Oriente Médio:

**Tabela 10 - Distribuição dos brasileiros presos em países do Oriente Médio**

<b>Continentes</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
Oriente Médio	Emirados Árabes Unidos	1
	Israel	3
	Jordânia	3
	Líbano	10
	Palestina	5
	Marrocos	3
	Catar	2
	<b>Total</b>	<b>27</b>

Fonte: Itamaraty

Na Oceania:

**Tabela 11 - Distribuição dos brasileiros presos em países da Oceania**

<b>Continentes</b>	<b>País</b>	<b>Brasileiros presos</b>
Oceania	Austrália	10
	Nova Zelândia	3
	<b>Total</b>	<b>13</b>

Fonte: Itamaraty

Sobre a situação de estrangeiros presos, é importante observar a pesquisa realizada por Borja Mappelli Caffarena, que, ao examinar a situação da Espanha, anota que em 1966 a população carcerária estrangeira era de 3.39% e que esse índice se manteve uniforme durante a década de 1970; contudo, a proporção aumentou consideravelmente a partir de meados da década seguinte<sup>415</sup>.

Assim, em julho de 2007, para uma população prisional de 65.900, havia 21.824 estrangeiros, e aponta que nesse ano havia quase cinco vezes mais estrangeiros nas prisões do que em liberdade, 23.23% contra 4% em liberdade.

Essa proporção não é diferente em toda Europa. Os dados relativos a 2007 apontam:

Alemanha 25.000 presos estrangeiros ou 34% do total de presos;

Austria: 1900 presos estrangeiros ou 27% do total de presos;

Bélgica: 3.200 presos estrangeiros ou 38% do total de presos;

Dinamarca: 450 presos estrangeiros ou 14% do total de presos;

França: 14.200 presos estrangeiros ou 26% do total de presos;

Grecia: 2.200 presos estrangeiros ou 39% do total de presos;

Holanda: 3.700 presos estrangeiros ou 32% do total de presos;

Inglaterra: 4.800 presos estrangeiros ou 8% do total de presos;

Portugal: 1.600 presos estrangeiros ou 11% do total de presos;

Suécia: 1.100 presos estrangeiros ou 26% do total de presos.<sup>416</sup>

<sup>415</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. La población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español in Carcel, inmigración y sistema penal – aspectos dogmáticos, criminológicos y de política criminal. Edia: Buenos Aires, 2008, p. 99.

<sup>416</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. La población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español in Carcel, inmigración y sistema penal – aspectos dogmáticos, criminológicos y de política criminal, cit., p. 99.

Atualmente, a população estrangeira presa em diversos países do continente europeu continua elevadíssima, é o que se constata dos dados fornecidos pela *World Prison Brief*<sup>417</sup>, senão vejamos:

**Tabela 12 – Percentual de estrangeiros na população carcerária de países europeus**

PAÍS	POPULAÇÃO CARCERÁRIA	PERCENTUAL DE ESTRANGEIROS <sup>418</sup>
Noruega	3 874	33.8%
Portugal	13 899	16.5%
Itália	56 766	34.1%
Espanha	60 514	28.2%
Alemanha	64 193	31.3%
França	70 018	21.7%
Reino Unido	86 230	3.8%
Rússia	617 191	4.3%

Fonte: World Prison Brief

Outros dados encontrados apontam:

**Tabela 13 – Estrangeiros nas prisões da Espanha**

População penitenciária	Presos estrangeiros
59.703 <sup>419</sup>	17.112 <sup>420</sup>
Homens: 55.238	Homens: 15.823
Mulheres: 4.465	Mulheres: 1.289

Fonte: *Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*

**Tabela 14 – Estrangeiros nas prisões da França**

<sup>417</sup> Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/>>. Acesso em 02.09.2017 às 18:00 hs..

<sup>418</sup> Disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/foreign-prisoners?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em 02.09.2017 às 18:20 hs.

<sup>419</sup> Dados referentes a janeiro de 2017, retirados do site oficial da *Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*, do Governo da Espanha. Disponível em: <<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2017&mm=1&tm=GENE&tm2=GENE>>. Acesso em 02.09.2017 às 18:30 hs.

<sup>420</sup> Dados referentes a janeiro de 2017, retirados do site oficial da *Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*, do Governo da Espanha. Disponível em: <<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2017&mm=1&tm=EXTR&tm2=GENE>>. Acesso em 02.09.2017 às 18:40 hs.

População penitenciária	Presos estrangeiros
78 796 <sup>421</sup>	(não encontrado equivalente)
77 291 <sup>422</sup>	19 % <sup>423</sup>

Fonte: Ministério da Justiça Francês

**Tabela 15 – Estrangeiros nas prisões da Itália**

População penitenciária	Presos estrangeiros
56.919 <sup>424</sup>	19.432 <sup>425</sup>

Fonte: Ministero della Giustizia

**Tabela 16 – Estrangeiros nas prisões da Alemanha**

População penitenciária	Presos estrangeiros
65.710 <sup>426</sup>	19.592

Fonte: *Federal Ministry of Justice and Consumer Protection*

**Tabela 17 – Estrangeiros nas prisões da Inglaterra e do País de Gales**

<sup>421</sup> Dados referentes ao período de janeiro de 2017, retirados do site oficial do ministério da justiça francês. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/statistiques-mensuelles-de-la-population-detenu-e-et-ecrouee-29632.html>>. Acesso em 02.09.2017 às 18:50 hs.

<sup>422</sup> Dados de 01 de janeiro de 2015, retirados de “*Les chiffres clés de l’administration pénitentiaire*”, relatório da direção da administração penitenciária do ministério da justiça da França. Disponível em: <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/chiffres\\_cles\\_2015\\_FINALE\\_SFP.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2015_FINALE_SFP.pdf)>. Acesso em 02.09.2017 às 19:00 hs.

<sup>423</sup> Dados de 01 de janeiro de 2015, retirados de “*Les chiffres clés de l’administration pénitentiaire*”, relatório da direção da administração penitenciária do ministério da justiça da França. Disponível em: <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/chiffres\\_cles\\_2015\\_FINALE\\_SFP.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2015_FINALE_SFP.pdf)>. Acesso em 02.09.2017 às 19:20 hs.

<sup>424</sup> Dados de 30 de junho de 2017, retirados da plataforma oficial do Ministero della Giustizia. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page?facetNode\\_1=1\\_5\\_36&facetNode\\_2=4\\_54&facetNode\\_3=0\\_2&facetNode\\_4=0\\_2\\_10&facetNode\\_5=0\\_2\\_10\\_3&contentId=SST16566&previousPage=mg\\_1\\_14](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=1_5_36&facetNode_2=4_54&facetNode_3=0_2&facetNode_4=0_2_10&facetNode_5=0_2_10_3&contentId=SST16566&previousPage=mg_1_14)>. Acesso em 02.09.2017 às 19:40 hs.

<sup>425</sup> Dados de 30 de junho de 2017, retirados da plataforma oficial do Ministero della Giustizia. Disponível em: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page?facetNode\\_1=1\\_5\\_36&facetNode\\_2=4\\_54&facetNode\\_3=0\\_2&facetNode\\_4=0\\_2\\_10&facetNode\\_5=0\\_2\\_10\\_3&contentId=SST16566&previousPage=mg\\_1\\_14](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=1_5_36&facetNode_2=4_54&facetNode_3=0_2&facetNode_4=0_2_10&facetNode_5=0_2_10_3&contentId=SST16566&previousPage=mg_1_14)>. Acesso em 02.09.2017 às 19:45 hs.

<sup>426</sup> Dados referentes ao ano de 2015, retirados do relatório “*Criminal Justice in Germany*” para o *Federal Ministry of Justice and Consumer Protection*, sexta edição de 2015. Disponível em: <[https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Criminal\\_Justice\\_in\\_Germany\\_en.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Criminal_Justice_in_Germany_en.pdf?__blob=publicationFile)>. Acesso em 02.09.2017 às 20:00 hs.

População penitenciária	Presos estrangeiros
84.307 <sup>427</sup>	9.991 <sup>428</sup>

Fonte: ALLEN, WATSON, 2017

**Tabela 18 – Estrangeiros nas prisões de Portugal**

População penitenciária	Presos estrangeiros
13.779 <sup>429</sup>	2.295 <sup>430</sup>
Homens: 10.821	Homens: 2.089
Mulheres: 663	Mulheres: 206

Fonte: Ministério da Justiça Português

Constata-se, portanto, que o problema dos presos estrangeiros está longe de acabar e, ao contrário, a tendência é que esses números aumentem muito nos próximos anos e décadas.

Sobre a grande variação que existe entre a população de estrangeiros residentes em determinados países e a elevada porcentagem de presos estrangeiros, oportuna a conclusão da pesquisa efetuada em Portugal, a cargo de Hugo Seabra e Tiago Santos, financiada pelo Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME) que afirma existir uma maior proporção de condenações contra estrangeiros do que contra portugueses. Isso se explica, segundo os responsáveis pelo estudo, pelas condições sociais e demográficas dos acusados, como também pelos preconceitos xenófobos por parte dos responsáveis judiciais e, ainda, em razão da dificuldade de os estrangeiros conseguirem bons advogados.

<sup>427</sup> Dados referentes ao ano de 2016, retirados do relatório “Commons Library Briefing, 20 abril 2017”, para a House of Commons Library. Dados por Grahame Allen e Chris Watson. Briefing paper SN/SG/04334. Disponível em: <file:///C:/Users/paula/Downloads/SN04334.pdf>. Acesso em 02.09.2017 às 20:20 hs.

<sup>428</sup> Dados referentes ao ano de 2016, retirados do relatório “Commons Library Briefing, 20 abril 2017”, para a House of Commons Library. Dados por Grahame Allen e Chris Watson. Briefing paper SN/SG/04334. Disponível em: <file:///C:/Users/paula/Downloads/SN04334.pdf>. Acesso em 02.09.2017 às 20:15 hs.

<sup>429</sup> Dados referentes a 31 de dezembro de 2016, retirados do relatório da “Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais”, do Ministério da Justiça português. Disponível em: <http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/uploads/anuais/20170331120302Q04.pdf>. Acesso em 02.09.2017 às 20:20 hs.

<sup>430</sup> Dados referentes a 31 de dezembro de 2016, retirados do relatório da “Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais”, do Ministério da Justiça português. Disponível em: <http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/uploads/anuais/20170331120302Q04.pdf>. Acesso em 02.09.2017 às 20:30 hs.

Dibur e Deluca, diante do elevado número de presos estrangeiros, afirmam, ao tratar da transferência da execução penal de presos estrangeiros, que:

Nos encontramos ante un instrumento que va a tener en un futuro próximo una enorme repercusión en la colaboración penal internacional, y que puede servir para dinamizar los procesos de armonización normativa y de cooperación judicial penal internacional.<sup>431</sup>

Advertem que:

Su desarrollo práctico presenta algunas deficiencias que deben corregirse si se quiere que el traslado no sirva como estrategia para privilegiar a los condenados de los países más ricos cuando han sido juzgados por tribunales de países menos desarrollados.<sup>432</sup>

Esta é uma observação muito relevante, porque, efetivamente, o Instituto da *transferência* não pode ser usado somente por quem tem condições financeiras privilegiadas. Ele deve ser acessível a todos. Se as dificuldades em relação à execução penal já são por demais enormes para o preso nacional, quando se trata de um preso estrangeiro e pobre isso se agrava ainda mais.

Também a respeito do aumento de presos estrangeiros, afirma Luis Silva Pereira que:

Tal fenómeno tem, pelo menos nos países pertencentes à União Europeia, causas conhecidas, que se prendem quer com a crescente mobilidade das pessoas em função do desenvolvimento dos meios de transporte e comunicações ou da concessão de facilidades para a sua livre circulação, quer com a circunstância de tais países constituírem locais privilegiados para a imigração, quer ainda com a crescente natureza transnacional da actividade criminosa.<sup>433</sup>

A prisão do estrangeiro, assim como a do nacional, pode ocorrer provisoriamente, isto é, em razão de uma medida cautelar ou em virtude de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

No primeiro caso, pode acontecer pela suposta prática de um crime ou pelo fato de ser apenas um indocumentado e, por consequência, ser considerado ilegal no país onde se encontra.

---

<sup>431</sup> DIBUR, Jose Nicacio; DELUCA, Santiago. El traslado de personas condenadas a su país de origen, cit., p. 11.

<sup>432</sup> DIBUR, Jose Nicacio; DELUCA, Santiago. El traslado de personas condenadas a su país de origen, cit., p. 11.

<sup>433</sup> PEREIRA, Luis Silva, Transferência de pessoas condenadas, Lisboa: Centro de Estudos Juridicos, 2000, p. 115.



Na segunda hipótese, isto é, por condenação judicial transitada em julgado, terá ele de cumprir sua pena em estabelecimento prisional, longe de seu país, provavelmente longe de sua família, num ambiente hostil, sofrendo todas as formas de discriminação e impedido, quase sempre, de usufruir os benefícios legais que os presos nacionais recebem.

Como já exposto, o estrangeiro, mesmo distante de seu país, mantém com ele estreitos vínculos, inclusive, de direitos e obrigações. Um desses direitos é o de receber assistência consular, principalmente para que não seja discriminado nem prejudicado por ser estrangeiro.

Referida assistência consiste, segundo Adolfo Maresca<sup>434</sup>, no conjunto de funções de natureza e alcance bem diferentes desempenhados pelo cônsul em favor de seus nacionais, para facilitar sua permanência no território do Estado estrangeiro, dirigindo-se, por essa razão, às autoridades locais. Essa assistência poderá se transformar em proteção consular, caso ocorra violação a seus direitos.

Dentre as diversas e possíveis formas de assistência consular está o auxílio ao preso, esteja ele em prisão provisória ou definitiva. Efetivamente, a *Convenção de Viena*(1963), que trata da Assistência Consular, determina a imediata comunicação da prisão de um estrangeiro à sede consular de sua nacionalidade mais próxima. Diante dessa comunicação, surge para o preso estrangeiro, seja este um imigrante regular ou irregular, o direito de ser assistido pela representação consular de seu país. O art. 5º, alíneas 'a', 'e', e 'i' da referida Convenção, determina a proteção, auxílio material e assistência jurídica a seus nacionais quando privados de sua liberdade, tanto no caso de prisão provisória ou proveniente de decisão judicial transitada em julgado<sup>435</sup>.

Sobre isto Cançado Trindade afirma:

---

<sup>434</sup> MARESCA, Adolfo. *Las relaciones consulares*, Madri, tolle, Lege Aguilar, 1974, p. 220.

<sup>435</sup> O artigo 3º trata das funções consulares e afirma que elas consistem, dentre outras, em: "b) proteger, no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia; i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando a conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil". (CONVENÇÃO de Viena, de 24.04.1963. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDODE4YWQ1OWItNzZhYy00ZjUzLWExMmEtZTQ4ZGFmZjExZTVi/edit?hl=pt.BR> acesso em 16.08.2017, às 18:00 hs.

La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones, de *jure*, notadamente *vis-a-vis* los migrantes), en un mundo “globalizado” en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferente de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcando en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar<sup>436</sup>.

Dentre os inúmeros direitos do preso que o consulado tem por dever se empenhar para que sejam respeitados, podem ser destacados: o de não ser maltratado; o de escolher e contratar advogado; de ficar em silêncio e o de ser acompanhado por um tradutor, caso não consiga se comunicar claramente no idioma do país em que se encontra. Por isso mesmo, o Consulado tem o dever, e não apenas a faculdade, de proteger, ajudar e assistir seus nacionais quando estes se encontrarem presos durante a investigação criminal, durante a instrução judicial ou na fase da execução da pena, especialmente da privativa de liberdade.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, provocada a se manifestar pelo México sobre o Direito à informação sobre assistência consular a presos estrangeiros assim se posicionou:

LA CORTE  
DECIDE  
por unanimidad,  
Que es competente para emitir la presente Opinión  
Consultiva.

#### Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,  
1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detento extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

por unanimidad,  
2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

<sup>436</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nº 16, Fallos y Opiniones, Secretaría da Corte, São José, Costa Rica, 2000, p. 141.

por unanimidad,

3. Que la expresión 'sin dilación' utilizada en el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

por unanimidad,

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas de Estado que envía.

por unanimidad,

5. Que los artículos 2, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

por unanimidad,

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida 'arbitrariamente', en los términos de las disposiciones relevantes a los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6) con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Disidente el Juez Jackman.

por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria<sup>437</sup>.

*Também a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias*

<sup>437</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva nº 16, em 01.11.1999, Secretaria da Corte, São Jose, Costa Rica, 2000, p. 120-122.

(1990), prevê normas em caso de prisão de estrangeiro, dentre as quais se destacam:

Art. 16.

5. O trabalhador migrante ou membro de sua família que seja detido deve ser informado, no momento da detenção, se possível numa língua que compreenda, dos motivos desta e prontamente notificado, numa língua que compreenda, das acusações contra si formuladas.

6. O trabalhador migrante ou membro de sua família que seja detido ou preso pela prática de uma infração penal deve ser presente, sem demora, a um juiz ou outra entidade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgado e prazo razoável ou de aguardar julgamento em liberdade. A prisão preventiva da pessoa que tenha de ser julgada não deve ser a regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantias que assegurem seu comparecimento na audiência ou em qualquer ato processual e, se for o caso, para execução de sentença.

7. No caso de sujeição de um trabalhador migrante ou membro da sua família a detenção ou prisão preventiva, ou a qualquer outra forma de detenção:

f. As autoridades diplomáticas ou consulares do seu Estado de origem ou de um Estado que represente os interesses desse Estado serão informadas sem demora, se o interessado assim o solicitar, da sua detenção ou prisão e dos fundamentos dessa medida;

Art. 17.

Os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias privadas de sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana e à sua identidade cultural.

4. Durante todo o período de prisão em execução de sentença proferida por um tribunal, o tratamento do trabalhador migrante ou membro da sua família terá por finalidade, essencialmente, a sua reinserção e recuperação social. [...]

7. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias sujeitos a qualquer forma de detenção ou prisão, em virtude da legislação do Estado de emprego ou do Estado de trânsito, gozam dos mesmos direitos que os cidadãos nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação.

Art. 18.

3. O trabalhador migrante ou membro da sua família acusado de ter infringido a lei penal tem no mínimo, direito às garantias seguintes:

a. A ser informado prontamente, numa língua que compreenda e pormenorizadamente, da natureza e dos motivos das acusações formuladas contra si;

b. A dispor do tempo e dos meios necessários à preparação da sua defesa e a comunicar com o advogado da sua escolha;

c. A ser julgado num prazo razoável;

d. A estar presente no julgamento e a defender-se a si próprio ou por intermédio de um defensor da sua escolha; se não tiver patrocínio jurídico, a ser informado deste direito; e a pedir a designação de um defensor oficioso, sempre que os interesses da justiça exijam a assistência do defensor, sem encargos, se não tiver meios suficientes para os suportar;

e. A interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento e o depoimento das testemunhas de defesa em condições de igualdade;

A beneficiar da assistência gratuita de um interprete se não compreender ou falar a língua utilizada pelo tribunal;

A não ser obrigado a testemunhar ou a confessar-se culpado.

Art. 19.

2. Na determinação da medida de pena, o tribunal atenderá a considerações de natureza humanitária relativas ao estatuto de trabalhador migrante, nomeadamente o direito de residência ou de trabalho reconhecido ao trabalhador migrante ou membro de sua família<sup>438</sup>.

Apesar disso, o preso estrangeiro é vítima de muitas discriminações, não apenas culturais e sociais, mas também jurídicas.

No Brasil, isto não é diferente. O Ministério da Justiça, as Secretarias Estaduais de Segurança ou de Defesa Social, as Pastorais Carcerárias, as Comissões de Direitos Humanos, o CNPCP, e outros órgãos e autoridades, recebem, com muita frequência, manifestações sobre o tratamento discriminatório que presos estrangeiros sofrem pela única razão de não serem nacionais.

Para ilustrar, veja-se o protesto de presos estrangeiros da penitenciária de Itaí, no Estado de São Paulo - como informado, o único estabelecimento prisional destinado exclusivamente a essa categoria:

DENÚNCIA CONTRA AS ARBITRARIIDADES NA PENITENCIÁRIA DE ITAÍ PARA ESTRANGEIROS. Nós, presos estrangeiros detidos na Penitenciária de Itaí, São Paulo, Brasil, dirigimos respeitosamente a vocês, por meio desta, um pedido de ajuda para denunciar e remediar a nossa situação nesta prisão. Os mais de 1100 presos estrangeiros, de 74 países, que aqui estamos, denunciemos as péssimas condições de vida neste lugar, as arbitrariedades cometidas pelos negligentes administradores desta prisão, assim como a aparente xenofobia da autoridade judiciária, que decide sobre nossos processos de execução penal. Estamos todos condenados, também, a sermos discriminados por sermos estrangeiros. Desde a chegada de novo juiz à Segunda Vara de Execuções Criminais da comarca de Avaré, nenhum preso conseguiu mais o benefício da progressão de regime e nem a liberdade condicional. As poucas liberdades acontecidas foram por cumprimento de pena, quer dizer, quando o prisioneiro cumpriu a totalidade da sua condenação. Atitude contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pelo direito à progressão de regime de todo condenado no Brasil, sem distinção de raça, sexo ou nacionalidade. Muitos de nós já ultrapassamos o tempo requerido para obter o benefício da progressão para o regime semi-aberto e continuamos no regime fechado ilegalmente, por decisão da autoridade, violando assim o princípio da igualdade perante a lei. A autoridade tampouco concede aos que já estão há tempos no regime mais brando, as saídas temporárias às quais têm direito, como as que

<sup>438</sup> Resolução nº 45/158 da Assembleia Geral da ONU de 18.12.1990.

são concedidas aos presos brasileiros que cumprem pena junto com os estrangeiros na colônia de semi-aberto desta penitenciária. O tratamento dentro do recinto segue o mesmo caminho de discriminação e xenofobia: agora, quando da primeira visita de alguma pessoa que não seja familiar de primeiro ou segundo grau, como amásias, esposas, amigos e amigas, a diretoria exige, além de documentação de rotina, uma entrevista prévia do visitante com assistente social do presídio, durante a semana e agendada com antecipação, para que esta funcionária decida se autoriza ou não a entrada desta pessoa na visita. Afetando o direito à visita que possuímos segundo a lei, dificultando ainda mais, já que a maioria das nossas visitas provém de outros países e, por economia e tempo disponível, não podem vir com tanta antecipação para poder entrevistar-se com a funcionária, e com o risco de não ser permitida sua entrada. Uma medida injusta e injustificada. Outra regra implantada ataca diretamente o direito à leitura, cultura e pensamento: restringem a entrada e a posse de livros e revistas e, quando as encontram dentro das celas em maior número que dois ou três por pessoa, são apreendidas. Uma regra moralista ultrapassada, retrógrada, como castigo e repressão. Denunciamos ainda as deficiências no atendimento de saúde e a falta de remédios. Também denunciamos as deficiências no atendimento judiciário. Dificilmente conseguimos uma audiência com advogado público, somente com estagiários de Direito, que nunca sabem nos informar satisfatoriamente sobre os nossos processos. Ademais, esse setor tão importante da prisão, não possui um computador operando para imprimir as informações da Vara de Execuções Criminais. A parte de alimentação é muito precária. Há cinco meses estão reformando a cozinha. A nossa alimentação está sendo preparada num espaço provisório na marcenaria que está infestada de ratos. Sempre há presos com disenteria e problemas de intoxicação alimentar. Tampouco é respeitado o direito ao trabalho remunerado. A maioria dos presos está desempregada devido à falta de possibilidades e empresas aqui. Através do trabalho o preso pode se manter e ajudar a sua família, e também reduzir seu tempo de prisão com a remissão de pena por dia trabalhado. Para completar, aconteceram várias tentativas de suicídio de presos. A prisão está superlotada e a cada dia mais opressiva, com uma população estrangeira que é, sem dúvida a mais pacífica e menos problemática do Brasil. Os administradores deste lugar estão cheios de ódio xenofobo e inventam todo dia novas medidas opressivas e injustificadas contra nós, para nos punir ainda mais. Já anunciaram novas regras restritivas para os próximos dias. Agradecemos todo e qualquer apoio solidário para melhorar esta tensa situação. Uma solução seria o traslado de todos os prisioneiros estrangeiros para algum presídio na capital paulista, que significaria benefício para as nossas visitas familiares, de advogados e dos nossos representantes consulares, que assim poderiam cuidar melhor de que se respeitem os nossos direitos legais que hoje estão sendo desrespeitados impunemente. Sem mais. (Presos estrangeiros da Penitenciária de Itai, junho de 2008).<sup>439</sup>

---

<sup>439</sup> OBSERVATÓRIO DAS VIOLÊNCIAS POLICIAIS-SP. Moção de repúdio aos maus tratos cometidos junto aos estrangeiros reclusos na penitenciária de Itai, Estado de São Paulo, apresentada à Câmara dos Vereadores de Campinas pelo vereador Paulo Bufalo, do PSOL, e aprovada em 11.06.2008. Disponível em [http://www.ovp-sp.org/denuncia\\_penitenciaria\\_itai\\_estrangeiros\\_2.htm](http://www.ovp-sp.org/denuncia_penitenciaria_itai_estrangeiros_2.htm). Acesso em 16.08.2017, às 21:42 hs. Isto não ocorre só no Brasil, a respeito há uma importante acusação de um brasileiro chamado Célio Carmo de Queiroz preso na Espanha. A íntegra da reclamação pode ser lida em ISTO É. O Drama dos brasileiros presos no exterior. Disponível em:

Ainda sobre a situação de presos estrangeiros no Brasil, afirma Arthur Gueiroz:

Em diversos depoimentos, tomados formal ou informalmente, os estrangeiros expressavam o natural desejo de retornar ao país de origem. Destoavam dos nacionais por causa do estado de isolamento em que viviam, decorrente do fato de não integrarem nenhum grupo ou facção de presos brasileiros, além das dificuldades experimentadas em razão das barreiras cultural e linguística, do abandono consular, da impossibilidade de contato com familiares, da ausência de conhecimentos mínimos sobre o sistema legal brasileiro e da assistência jurídica deficitária ou inexistente<sup>440</sup>.

Minha experiência pessoal leva-me à mesma conclusão; seja na condição de estagiário em penitenciária quando estudante, como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-MG, como integrante da Comissão de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, como membro do CNPCP e, até mesmo como advogado, sempre constatei as imensas dificuldades por que passam especificamente os presos que cumprem pena em estabelecimentos localizados em regiões distantes de seu meio.

Sobre a vulnerabilidade dos estrangeiros acusados em processo criminal, é oportuna a transcrição de trecho do voto do então juiz mexicano Sergio Garcia Ramires, da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Las nuevas circunstancias de la vida social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieron innecesarias y ahora resuelten indispensables. Cada novedad suscita inéditos derechos y garantías, que concurren a construir el debido proceso penal de los nuevos tiempos. Así, la creciente migración determina pasos adelante en diversas vertientes del derecho, entre ellas el procedimiento penal, con modalidades o garantías pertinentes para el procesamiento de extranjeros. El desarrollo jurídico debe tomar en cuenta estas novedades y revisar, a la luz de ellas, los conceptos y la soluciones a los problemas emergentes.

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal – en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad – deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado, en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La

---

[http://istoe.com.br/145370\\_O+DRAMA+DOS+BRASILEIROS+PRESOS+NO+EXTERIOR/](http://istoe.com.br/145370_O+DRAMA+DOS+BRASILEIROS+PRESOS+NO+EXTERIOR/), acesso em 16.08.2017, às 21:37 hs.

<sup>440</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil – aspectos jurídicos e criminológicos*, Lumen Juris ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 1-2.

persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia hace que las garantías procesales se conviertan en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusório.<sup>441</sup>

Por sua vez, Gueiroz questiona:

Objetiva-se saber se a discriminação jurídica que, supostamente, recebe o estrangeiro encarcerado no País constitui-se um fato histórico isolado ou, ao contrário, corresponde a uma trajetória que acompanha a humanidade desde épocas remotas.<sup>442</sup>

E em suas conclusões afirma:

Barreiras lingüísticas – algumas intransponíveis -, dificuldades de compreensão das normas e regulamentos carcerários, tratamento discriminatório de diversos níveis, estado de isolamento oposto ao ideal de ressocialização, estes são alguns dos problemas verificados no curso do presente trabalho e que envolvem a temática do cumprimento de pena por parte do condenado estrangeiro.

No Brasil, além das dificuldades semelhantes às existentes na generalidade dos países, o estrangeiro enfrenta, ainda, adversidades relacionadas ao acesso aos direitos prisionais, tendo em vista o entendimento predominante acerca de sua situação irregular.<sup>443</sup>

A situação de presos estrangeiros para seus países de origem passou a despertar interesse acadêmico, sendo abordado em encontros internacionais de ciências penais, ainda no século XIX. Assim, nos *estudos preparativos para o III Congresso Penitenciário Internacional*, realizado em Roma (1885), discutiu-se em âmbito internacional a situação de presos estrangeiros. Informa Michael Plachta<sup>444</sup> que, no referido evento, tratou-se da conveniência de incluir, nos tratados relativos à extradição, dispositivo legal sobre a troca de alguns tipos de delinquentes.

No início do século XX, em 1905, um congresso realizado em Hamburgo e promovido pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) aprovou uma resolução relativa ao combate de criminalidade internacional. Em congressos sucessivos, a AIDP manifestou a mesma preocupação. O Congresso de 1961, realizado em Lisboa, tratou da aplicação do direito penal

<sup>441</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nº 6 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Secretaría da Corte, São Jose, Costa Rica, p. 150-151

<sup>442</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros*, cit., p. 105.

<sup>443</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros*, cit., p. 299.

<sup>444</sup> PLACHTA, Michael. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg: Max-Planck Institut, 1993, p. 6/7.



estrangeiro pelos tribunais nacionais. Em 1963, a Associação Internacional dos Magistrados realizou em Haia seu 2º Congresso, no qual se tratou dos efeitos internacionais da sentença penal, concluindo que a extradição e as normas sobre extraterritorialidade não eram mais suficientes para atender às novas situações<sup>445</sup>. No congresso de Haia de 1966, Hans Jescheck abordou os efeitos internacionais dos julgamentos penais. No Congresso de 1994, realizado na Cidade do Rio de Janeiro, abordou-se a cooperação internacional e regional contra o crime.

Merece destaque, novamente, *As Regras Mínimas para tratamento do preso* de 1955<sup>446</sup>, da ONU, que estabelecem no art. 38. a) “Os prisioneiros de nacionalidade estrangeira gozarão de facilidades adequadas para comunicar-se com seus representantes diplomáticos e consulares”. Por sua vez, a alínea *b* do mesmo artigo 38 assegura:

Os prisioneiros que sejam de outros países que não tenham representação diplomática nem consular no país, assim como os refugiados despatriados, gozarão das mesmas facilidades para dirigir-se ao representante diplomático do Estado encarregado de seus interesses ou a qualquer autoridade nacional ou internacional que tenha a missão de protegê-los.<sup>447</sup>

No entanto, a preocupação com a situação peculiar dos presos estrangeiros ganhou efetiva importância em 1975, quando a ONU discutiu, por ocasião do 5º Congresso sobre Prevenção e Tratamento do Delinquente realizado em Genebra, na Suíça, tal situação.

A propósito, Armida Bergamini Miotto narra em publicação de 1985 que a *Associação Internacional de Ajuda aos Presos*, órgão vinculado à ONU, tinha dentre suas principais preocupações a situação de presos estrangeiros, isto é,

---

<sup>445</sup> A Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, nº 6, de julho/setembro de 1964 publicou alguns dos trabalhos apresentados no referido Congresso (F. Dumond: *Os efeitos internacionais das Sentenças Penais*; Angelo de Mattia: *Efeitos internacionais dos julgamentos repressivos*; H. Grützner: *Eficácia internacional das Sentenças Internacionais*; Oscar Tenório: *Os efeitos internacionais das Sentenças Penais* e Jean-Louis Ropers: *Os efeitos internacionais das Sentenças Penais*)

<sup>446</sup> A primeira versão desse documento ocorreu em 1903 e deve-se ao Comitê de Direito Penitenciário. Em 1929 a Comissão Internacional Penal e Penitenciária que substituiu a Fundação Internacional Penal e Penitenciária redigiu um conjunto de normas homologado pela Liga das Nações em 1933. Na década de 1950 surgiram as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos foi adotada em 30.08.1955, no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente realizado em Genebra em 1955.

<sup>447</sup> Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, v. 1, nº 2, jul./dez. 1993, Brasília – DF, p. 121.

aqueles que “havendo sido condenados em países que não os seus, aí, nas respectivas prisões, cumpriam pena”<sup>448</sup>. Era necessário, então, como afirmado pela autora citada, “começar a conhecer o problema, os seus vários matizes e a suas diversas facetas”<sup>449</sup>. Para tanto, informa Miotto:

A Associação buscou, pois, a colaboração do Instituto de Pesquisas sobre a Defesa Social das Nações Unidas (*United Nations Social Defense Research Institute – UNSDRI*). Este instituto acolheu a solicitação e, antes do mencionado Congresso, promoveu um levantamento de dados suficiente para poder ter uma imagem da situação, e ser a matéria apreciada pelo referido Congresso.<sup>450</sup>

Assim, foram preparados dois questionários, um destinado aos presos e o segundo para o pessoal penitenciário. A respeito, Miotto, que teve acesso aos referidos questionários assevera:

O questionário dirigido aos presos constava de vinte e seis perguntas. Algumas se referiam à qualificação e a outros dados do preso: nacionalidade, idade, profissão, data de ingresso no país, motivo da permanência, situação em relação à família e outras pessoas (sozinho ou tendo parentes, amigos, algum sócio, etc). Outras se referiam à sua relação com a Justiça: motivo de ter sido preso e tempo já transcorrido na prisão, data do primeiro contato com a Justiça Penal e a razão de ter entrado em contato com advogado (imediatamente após a prisão? e facilidade (ou não) de continuar se comunicando com ele. Outras se referiam às dificuldades (diplomáticas ou consulares) do seu país; quanto à comunicação com o pessoal da prisão e à acolhida dada aos seus pedidos; quanto ao seu relacionamento com os outros presos – nacionais do país onde se encontrava, compatriotas seus ou de outras nacionalidades; quanto à alimentação, à religião (visitas de ministros de sua crença), possibilidade de receber livros ou jornais na sua língua; quanto à discriminação racial. Umhas poucas se referiam a providencias ou esforços para diminuir as dificuldades deles: atividades em comum com os demais presos, programas especiais para os presos estrangeiros, e ensino da língua do país. Finalmente uma questão possibilitando aos presos exporem a sua opinião quanto a como deveriam ser tratados os presos estrangeiros.<sup>451</sup>

Também informa Miotto que, no questionário encaminhado ao pessoal penitenciário, havia perguntas que se referiam aos mais diversos aspectos do problema, v.g., o número de presos estrangeiros no estabelecimento; as dificuldades e problemas que o cumprimento de pena do estrangeiro pudesse ocasionar para a administração, para a ordem interna e disciplina, em especial, por causa do idioma, alimentação, religião, contatos com a família, amigos,

<sup>448</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros – preocupação da ONU*, Rev. Informação Legislativa, nº 86, abr-jun., 1985, p. 213.

<sup>449</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros – preocupação da ONU*, cit., p. 214.

<sup>450</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros – preocupação da ONU*, cit. p. 214.

<sup>451</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros – preocupação da ONU*, cit., p. 214.

autoridades, advogados; a ocorrência de dificuldades ou problemas pelos presos estrangeiros, em razão de sua conduta ou devido simplesmente à sua presença, em relação ao pessoal, aos demais presos, à disciplina do estabelecimento. Por último, solicitava a opinião do funcionário quanto à maneira de trata-los.

Essa pesquisa foi utilizada na preparação de um relatório dirigido ao 5º Congresso sobre a *Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes* (1975, Suíça) cujo intróito afirma que “A presença de estrangeiros nas prisões cria alguns problemas específicos, tanto para os presos como para a administração”<sup>452</sup>.

Segundo Miotto<sup>453</sup> foi graças àquele trabalho que a *Associação Internacional de Ajuda aos Presos*, confirmou que de fato a situação dos presos estrangeiros era muito grave, o que permitiu buscar medidas mais adequadas e humanas para pelo menos minorar seu agravamento. Assim, surgiram propostas e incentivos para que fossem elaborados Tratados entre países possibilitando a transferência de presos entre os Estados Parte, o que viria a ocorrer no congresso seguinte.

Sobre a situação de presos estrangeiros no Brasil, Gueiroz<sup>454</sup> é responsável por uma importante pesquisa de campo, na qual constatou que a maioria dos presos estrangeiros reclamou das dificuldades de comunicação, do tratamento discriminatório e da falta de acesso a direitos prisionais previstos na legislação.

Um exemplo da discriminação que os presos estrangeiros alegam sofrer pode ser encontrado no Estado do Acre, na *Unidade de Recuperação Social Doutor Francisco de Oliveira Conde*, na qual 70 presos estrangeiros fizeram greve de fome, protestando porque os juízes das varas de execuções penais lhes negavam a progressão de regime por entenderem que presos estrangeiros não têm esse direito<sup>455</sup>.

Também na literatura e até no cinema encontramos inúmeras obras que relatam a situação de presos que cumprem pena em locais distantes do seu

---

<sup>452</sup> UNSDRI. *Survey on foreign prisoners*. Roma, s/d, p. 1.

<sup>453</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros – preocupação da ONU*, cit., p. 223.

<sup>454</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros*, cit, p. 102.

<sup>455</sup> REVISTA CONSULTOR JURÍDICO [online]. *Presos fazem greve de fome no Acre*, 29.07.2007. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2007-jul-29/presos\\_estrangeiros\\_fazem\\_greve\\_fome\\_acre](http://www.conjur.com.br/2007-jul-29/presos_estrangeiros_fazem_greve_fome_acre). Acesso em 16.07.2017, às 21:44 hs.

lugar de origem, e as dificuldades pelas quais passam em virtude dessa circunstância<sup>456</sup>.

Na Europa, para minorar o sofrimento de presos estrangeiros, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 21.06.84, editou a Recomendação nº 12 em relação a presos estrangeiros, dirigida a seus membros, propondo:

I. Alocação em estabelecimentos prisionais.

1. A alocação do preso estrangeiro em um estabelecimento prisional não deve ser efetivada com base apenas em sua nacionalidade. Sendo provável que, a alocação em um estabelecimento prisional, alivie a sua situação de isolamento e facilite seu tratamento, isto pode ser feito de acordo com suas necessidades específicas, particularmente considerando a sua comunicação com pessoas da mesma nacionalidade, idioma, religião e cultura. Esta possibilidade deve ser encarada, em particular, onde o sistema penitenciário nacional leve em conta os desejos dos presos ao alocá-los em estabelecimentos prisionais.

II. Tratamento na prisão.

a) *Formas de reduzir o isolamento e promover a reintegração social.*

2. Para aliviar seu sentimento de isolamento, a comunicação entre o preso estrangeiro e outra pessoa da mesma nacionalidade, idioma, religião ou cultura deve ser facilitada, por exemplo, para permitir que eles trabalhem, passem suas horas de lazer ou façam exercícios juntos.

3. Todo esforço deve ser feito para dar ao preso estrangeiro acesso a material de leitura em sua língua. Para este fim, as prisões podem procurar a assistência de serviços consulares e de organizações privadas apropriadas.

4. Onde um preso estrangeiro, provavelmente, estiver hábil a permanecer no país da detenção e desejar ser assimilado na cultura deste país, a autoridade prisional deve assisti-lo neste intento.

---

<sup>456</sup> Dentre esses livros podem ser apontados *PANKRÁC EC II: crônicas do cárcere de Praga*, de autoria de João Batista Gelpi e publicado pela Tâmissa Editora, em 2000, em São Paulo. Esse livro relata a história do autor que, juntamente com Lenka, uma moça de 16 anos com quem vivia um tumultuado romance, zelou um pacto de sangue praticando haraquiri e, em razão da morte da moça, foi condenado 6 anos de reclusão. Em sua narrativa o autor narra na primeira pessoa o dia a dia da prisão e em especial sua situação de ser preso estrangeiro num país tão distante e tão diferente do Brasil, como era a Checo-Eslováquia. Outro livro, que foi transformado em filme e chegou a concorrer ao Oscar, é *O expresso da meia-noite*, de autoria de Billy Hayes e William Hoffer, publicado no Brasil em 1977 pela editora Record. Esse livro conta o drama real de um rapaz americano, Billy Hayes, preso na Turquia e condenado à pena de trinta anos de reclusão por tráfico de haxixe. Os autores contam em detalhes a situação do personagem e de outros estrangeiros que se encontravam presos na Penitenciária de Sagmalcilar Ceza Evi, em Istambul, na Turquia. É interessante registrar que no livro, que narra fatos ocorridos na primeira metade da década de 1970, mencionam-se as tentativas de transferir o preso e protagonista do livro para que cumpra o restante da pena numa penitenciária americana, o que acaba não acontecendo, mesmo porque ele foge daquela penitenciária. Contudo, merece registro que outro preso, de nome Arne, de nacionalidade sueca, notadamente pela interferência de autoridades de seu país, acaba transferido para uma "cadeia sueca" para lá cumprir o restante de sua pena. Do mesmo modo, o livro *Papillón* de Henri Charriere, narra a situação de presos franceses, os quais, embora não estivessem cumprindo pena em outro Estado, pois se encontravam na Guiana Francesa quando esta era colônia da França, se encontravam a milhares de quilômetros de suas casas e num lugar completamente diferente da França.

5. Presos estrangeiros devem ter o mesmo acesso que os presos nacionais à educação e treinamento vocacional.

A fim de que os presos estrangeiros tenham acesso a cursos indicados para o aprimoramento educacional e qualificação profissional, deve-se considerar a possibilidade de provê-los com necessárias facilidades especiais.

6. Visitas e outros contatos com o mundo extramuros devem ser arranjados para atender às necessidades especiais do preso estrangeiro.

7. Normalmente, os presos estrangeiros podem ser escolhidos para saídas autorizadas da prisão de acordo com os mesmos princípios que os nacionais. A avaliação do risco de que o preso estrangeiro saia do país e escape da punição deve sempre ser feita no mérito do caso individual.

*b. Medidas para superar as barreiras de linguagem.*

8. Os presos estrangeiros devem ser informados, prontamente, após recebidos em uma prisão, em um idioma que eles entendam, sobre os principais elementos da rotina prisional, das facilidades de estudo e treinamento disponíveis, e da possibilidade, se existente, de requerer a assistência de um intérprete. Esta informação deve ser prestada por escrito ou, onde não for possível, oralmente.

9. Um preso estrangeiro que não tenha nenhum comando da língua do país em que está detido deve ter conhecimento da tradução ou interpretação da sentença, de qualquer direito de apelação e de qualquer decisão judicial tomada no curso da detenção.

10. Para habilitar presos estrangeiros a aprender o idioma falado na prisão, oportunidades apropriadas de treinamento da língua devem ser a eles fornecidas.

*c. Medidas para atender a necessidades especiais.*

11. As crenças religiosas e os costumes dos presos estrangeiros devem ser respeitados. Dentro do possível, aos presos estrangeiros deve ser permitido praticá-los.

12. Também deverão ser considerados os problemas que podem surgir a partir das diferenças de cultura.

*d. Medidas para melhorar as condições na prisão.*

13. Presos estrangeiros que, não prática, não desfrutam de todas as facilidades fornecidas aos nacionais e cujas condições de detenção são, geralmente, mais difíceis, devem ser tratados de forma a contrabalançar, na medida do possível, estas desvantagens.

*III. Assistência por autoridades consulares.*

14. Presos estrangeiros devem ser informados, sem demora, sobre o direito de requerer contato com suas autoridades consulares, as possibilidades de assistência que podem ser fornecidas por estas autoridades e qualquer medida referente a eles que deva ser tomada pelas autoridades competentes, tendo em vista os tratados consulares existentes. Se um preso estrangeiro deseja receber assistência de um diplomata ou autoridade consular, incluindo providências para sua reinserção social em caso de expulsão, estes últimos devem ser informados, prontamente, sobre sua vontade.

15. Autoridades consulares devem, o mais cedo possível, assistir seus nacionais detidos, principalmente visitando-os regularmente.

16. No curso de suas obrigações, as autoridades consulares devem oferecer qualquer assistência possível para promover a reinserção social de presos estrangeiros, de acordo com os regulamentos e disposições pertinentes do país da detenção. Em particular, eles devem oferecer assistência no tocante às relações familiares dos

presos, facilitando as visitas e o contato com os membros de sua família.

17. Autoridades consulares devem empreender todos os esforços para prover, de acordo com os regulamentos da prisão existentes, literatura e outro material de leitura para ajudar os presos estrangeiros a manter contato com seus países de origem.

18. Autoridades consulares devem considerar a produção de folhetos informativos para seus detentos nacionais. Estes folhetos devem indicar a localização e número de telefone do consulado mais próximo e informar o preso das formas de assistência que podem ser concedidas pelos consulados, tais como visitas ao preso, providenciar informações no que diz respeito a sua defesa, fornecer literatura e material de leitura e sugerir opções de repatriação, principalmente no tocante à transferência do preso, em aplicação de acordos internacionais existentes. Estes folhetos devem ser disponibilizados ao preso no estágio inicial de sua prisão.

#### IV. Assistência de organismos sociais.

19. As autoridades prisionais e os organismos sociais atuantes no campo de apoio e reintegração dos presos devem, em colaboração, dar atenção especial aos presos estrangeiros e seus problemas específicos. Os organismos sociais implantados no país de origem do preso devem atuar em colaboração com as autoridades consulares deste país.

20. Os organismos sociais devem ser encorajados a prover informação aos presos estrangeiros sobre a assistência que pode ser oferecida por eles. As autoridades prisionais devem assegurar que estas informações sejam facilmente acessíveis aos presos estrangeiros.

21. Contatos entre os presos estrangeiros e organismos sociais devem ser facilitados.

22. Com vistas a fornecer assistência adequada aos presos estrangeiros, as autoridades prisionais devem conceder aos organismos sociais todas as oportunidades necessárias de visitas e correspondência, providenciando que o preso consinta com estes contatos. Onde apenas um número limitado de visitas pode ser feito, deve-se considerar, nos casos apropriados, estender o tempo de visita e tornar mais flexíveis as restrições ao envio e recebimento de cartas.

23. Com vistas a facilitar os contatos entre os organismos sociais e os presos estrangeiros, as autoridades competentes de cada país devem nomear um gabinete de contato nacional para os organismos sociais responsáveis pela reinserção social de presos, com atuação em seu território.

24. A organização da assistência por voluntários, possivelmente capazes de assistir aos presos estrangeiros, deve ser promovida e fomentada. Estes voluntários devem atuar sob a responsabilidade das autoridades prisionais, das autoridades consulares ou dos organismos sociais. Na medida do possível, a estes voluntários devem ser concedidas as mesmas oportunidades referidas no parágrafo 22.

#### V. Formação e utilização de agentes penitenciários.

25. Formação para agentes penitenciários e outros funcionários para amparar o trabalho destes com presos estrangeiros deve ser encorajado e incorporado aos programas normais de treinamento. Em geral, tal treinamento deve buscar melhorar a compreensão das dificuldades e origens culturais dos presos estrangeiros, assim como impedir o surgimento de atitudes preconceituosas.

26. Deve-se considerar disponibilizar pessoal para trabalhar mais intensivamente com os presos estrangeiros e para reforçar a sua capacidade nesta área, proporcionando-lhes formação mais especializada e focada, por exemplo, para aprender uma língua ou sobre as dificuldades especiais que ocorrem em relação a determinados grupos de presos estrangeiros.

#### VI. Levantamento estatístico.

27. Deve-se considerar o levantamento estatístico de rotina que permite que nacionais estrangeiros sejam classificados de acordo com fatores de importância para a prática administrativa. Neste contexto, deve-se ter em mente que é desejável poder subdividir a população de presos estrangeiros por nacionalidade, tempo de pena, principal infração, residência no país e suscetibilidade à expulsão. Na medida do possível, as estatísticas devem abranger os números levantados no período de um ano, assim como uma média diária.

28. Também se deve considerar a realização de pesquisas ocasionais em assuntos que não se prestam facilmente a uma análise por levantamento estatístico de rotina.

#### VII. Expulsão e repatriação.

29. Com o fim de permitir o mais adequado tratamento prisional, decisões sobre expulsão devem ser feitas o mais cedo possível, sem prejuízo ao direito do preso de apelar contra a decisão, levando em conta os vínculos do preso estrangeiro e os efeitos sobre sua ressocialização.

30. Tendo em vista as vantagens para a reintegração social do preso, as autoridades competentes do país da detenção devem, independentemente de qualquer decisão de expulsão, considerar a conveniência da repatriação do preso, em conformidade com os acordos internacionais existentes.

Esse documento, além de demonstrar a real preocupação que existe com a situação dos presos estrangeiros, ajuda a conhecer a situação em que eles se encontram e pode ser muito útil para a efetivação da transferência da execução penal dos mesmos.

Ademais, oportuno citar, também, a *Resolução sobre as condições das prisões na União Europeia: adaptações e penas de substituição*<sup>457</sup> que determina:

**Resolução sobre as condições das prisões na União Europeia:  
adaptações e penas de substituição**

O Parlamento Europeu,

Tendo em conta o Tratado que institui a União Europeia,

Tendo em conta o projecto do Tratado de Amsterdã,

Tendo em conta a Declaração Universal dos Direitos do Homem e respectiva jurisprudência,

<sup>457</sup> EUR. Resolução sobre as condições das prisões na União Europeia. Disponível: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:51998IP0369\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:51998IP0369(01)). Acesso em 16.08.2017, às 22:22 hs.

Tendo em conta a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e seus protocolos,

Tendo em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

Tendo em conta o conjunto de regras mínimas para o tratamento de detidos, adoptado pelo Conselho da Europa em 1973,

Tendo em conta as resoluções e recomendações do Conselho da Europa sobre a detenção preventiva (R(80)11), a licença penitenciária (R(82)16), a detenção e o tratamento dos condenados perigosos (R(82)17) e dos presos estrangeiros (R(84)12) e a regulamentação europeia em matéria de sanções e medidas aplicáveis na Comunidade (R(92)16),

Tendo em conta a Convenção Europeia de 1983 relativa à transferência de pessoas condenadas,

Tendo em conta a Convenção Europeia de 1987 para a prevenção da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes,

Tendo em conta a Recomendação nº R(87)3 adoptada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa em 12 de Fevereiro de 1987 sobre as regras penitenciárias europeias,

Tendo em conta o «Relatório do Comité Europeu para a prevenção da tortura e das penas e tratamentos desumanos ou degradantes» (CPT) do Conselho da Europa, de 14 de Maio de 1998,

Tendo em conta a sua Resolução de 12 de Abril de 1989, que adopta a Declaração dos direitos e liberdades fundamentais (JO C 120 de 16.5.1989, p. 51.),

Tendo em conta as suas Resoluções de 17 de Setembro de 1996 ((JO C 320 de 28.10.1996, p.36.)), 8 de Abril de 1997 (JO C 132 de 28.4.1997, p.31.) e 17 de Fevereiro de 1998 (JO C 80 de 16.3.1998, p.43.) sobre o respeito dos Direitos do Homem na União Europeia,

Tendo em conta a sua Resolução de 18 de Janeiro de 1996 sobre as más condições de detenção nas prisões da União Europeia (JO C 32 de 5.2.1996, p.102.),

Tendo em conta a proposta de resolução apresentada pelos Deputados Vandemeulebroucke e Aelvoet sobre o direito de visita a detidos, especialmente na Grã-Bretanha (B4-1022/97),

Tendo em conta o artigo 148º do seu Regimento,

Tendo em conta o relatório da Comissão das Liberdades Públicas e dos Assuntos Internos (A4-0369/98),

A. Considerando que a prisão, além da sua função de sanção penal, deve contribuir para o restabelecimento da paz civil mediante a protecção dos bens e a defesa eficaz dos direitos das pessoas, bem como para a responsabilização e a reinserção civil dos condenados,

C. Atendendo às consideráveis diferenças existentes entre os sistemas judiciais e penitenciários utilizados nos países da União



Europeia, nomeadamente no que respeita à adopção de medidas alternativas à detenção e penas substitutivas das penas de curta duração,

F. Acolhendo favoravelmente o alargamento, nos vários sistemas, das medidas alternativas à prisão e das penas substitutivas como elementos flexíveis da execução das penas,

G. Persuadido da necessidade de um confronto sistemático da evolução dos vários sistemas judiciais e penitenciários, incluindo a aplicação das medidas alternativas e das penas substitutivas às penas de curta duração, e da necessidade de obter uma convergência das formas de exercício da justiça nos Estados-Membros, apesar das dificuldades que tal implica,

H. Exprimindo a sua inquietação pelas condições extremamente desfavoráveis que ainda subsistem num grande número de estabelecimentos penitenciários europeus, principalmente pelo facto de, contrariamente ao que está previsto nas convenções internacionais e nas Constituições dos Estados-Membros, não serem respeitados os Direitos do Homem mais elementares, o que compromete gravemente a subsequente reinserção dos condenados na vida civil,

I. Manifestando a sua total adesão aos objectivos formulados pelo Conselho da Europa, particularmente à redução ao mínimo dos efeitos prejudiciais da detenção e à necessidade de humanizar as penas,

J. Registando com agrado os esforços envidados por vários Estados-Membros no sentido de melhorar a eficácia do sistema prisional para o tornar mais justo e humano, quer sob o aspecto da detenção e da reinserção social dos detidos quer sob o da construção de estabelecimentos modernos,

K. Manifestando especial apreensão relativamente ao problema da sobrepopulação carcerária em diversos países da União, o que compromete seriamente as possibilidades de reinserção, em virtude das suas consequências para a saúde física e mental dos detidos, e prejudica as condições de trabalho do pessoal, assim como as possibilidades de actividades laborais, de formação, culturais e desportivas,

M. Alarmado com o recente aumento do número de suicídios nos recintos penitenciários de vários países europeus,

2. Apela energicamente para que seja tomada em consideração a esfera familiar dos condenados, favorecendo em particular a detenção em estabelecimentos prisionais situados perto do local de residência da família do preso e promovendo a organização de visitas de familiares e de pessoas da sua intimidade, disponibilizando instalações específicas para o efeito, uma vez que a presença do cônjuge e dos filhos tem sempre um papel muito benéfico para a regeneração, a responsabilização e a reinserção civil dos detidos; solicita, além disso, que quando os dois cônjuges sejam privados de liberdade, e excepto se razões de tratamento e segurança o desaconselharem, se fomente a sua plena convivência, criando para tal sectores mistos;

6. Condena toda e qualquer discriminação racial, étnica, nacional ou religiosa em relação aos detidos e exorta particularmente à protecção dos grupos especialmente vulneráveis contra as atitudes hostis de outros detidos ou de membros do pessoal;

7. Salaria a importância de que qualquer pedido referente a penas de prisão, em particular no que respeita à sua redução ou modificação das condições de cumprimento, seja examinado por um órgão jurisdicional especializado diverso do que proferiu a sentença;

8. Solicita aos poderes públicos que criem nas estruturas prisionais um máximo de possibilidades laborais e de formação cultural e desportiva, indispensáveis para uma preparação eficaz do detido para o regresso à vida civil;

10. Convida os Estados-Membros a tomarem todas as disposições necessárias para resolver os problemas suscitados pelas ameaças e actos de agressão de que são vítimas os membros do pessoal e os detidos;

21. Lamenta que a aplicação das medidas alternativas seja frequentemente dificultada pela insuficiência de meios dos tribunais de execução de penas, por sistemas de instrução demasiado burocráticos ou pouco selectivos e por um insuficiente conhecimento das modalidades de acesso;

25. Chama a atenção para a prioridade que deve ser dada à personalização das penas, de tal modo que o projecto de execução da pena elaborado pela autoridade judiciária responsável e a administração penitenciária tenham sempre em consideração as declarações do condenado; faz notar igualmente que as penas alternativas e as penas de prisão devem dar ao autor do delito a possibilidade de reparar os danos causados à vítima;

26. Salaria o facto de as reduções de penas, as amnistias e os perdões, seja qual for a sua natureza, deverem ter um sentido, um significado, transparente para os interessados e para a opinião pública, ou seja, serem adaptados à situação pessoal dos seus destinatários;

27. Insiste em que sejam aplicadas penas substitutivas da privação da liberdade desde que a segurança dos bens e das pessoas o permita;

28. Convida os poderes públicos a utilizarem os regimes de semiliberdade e de cumprimento das penas em meio aberto com base em critérios específicos e codificados e a fazerem que estes regimes possam ser aplicados num clima de segurança para os cidadãos e de responsabilidade dos condenados;

29. Insta as autoridades públicas dos Estados-Membros, como preparação para a vida em liberdade e para atender a circunstâncias de especial importância pessoal ou familiar, a concederem licenças de saída aos condenados, sempre que não seja provável a infracção ou o cometimento de novos delitos;

39. Convida os Estados-Membros a tomarem todas as disposições relativas aos centros de retenção e zonas de espera, a fim de garantir que as pessoas detidas sejam devidamente informadas acerca dos seus direitos e os possam exercer;

40. Solicita à Comissão que acompanhe a evolução dos sistemas jurídicos e penitenciários e, quando do relatório anual sobre os direitos humanos, destaque a situação da aplicação das normas penitenciárias definidas pelo Conselho da Europa e pela presente resolução, bem como as medidas de aproximação das várias legislações em vigor;

42. Encarrega o seu Presidente de transmitir a presente resolução à Comissão, ao Conselho e aos governos e parlamentos dos Estados-Membros.

Assim, constata-se que muitos dos argumentos existentes para impedir ou dificultar a *transferência* não devem prosseguir, diante dessa recomendação. Fica cristalina nessa recomendação que não se deve ver na prisão a única resposta ao cometimento de crimes, buscando sua substituição quando possível e até mesmo sua redução somente aos casos em que seja necessário.

Especificamente sobre a situação de presos estrangeiros, acertadamente, o tema tem merecido a preocupação de vários segmentos do Estado e da sociedade, como o Congresso Nacional<sup>458</sup> e principalmente o Ministério das Relações Exteriores<sup>459</sup>. Isto é muito importante porque se constata que o número de brasileiros presos vem aumentando consideravelmente.

A gravidade da situação que presos estrangeiros muitas vezes enfrentam pode ser demonstrada por diversas situações, como a execução de 20 estrangeiros nos EUA desde 1988, sem que os Estados dos quais eram oriundos pudessem acompanhar os trâmites dos processos nos quais foram acusados e condenados<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Como exemplo do primeiro caso, destaque-se a realização de Audiência Pública da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, na qual se debateu especificamente as condições em que brasileiros cumprem pena lá fora; a falta de dados sobre os mesmos, as dificuldades em prestar-lhes assistência e a possibilidade de repatriá-los. Diante disso, o Deputado Federal do Partido Verde por São Paulo, Altamir, defendeu uma atuação mais contundente do governo para que se obtenham informações mais precisas sobre os brasileiros que cumprem pena no exterior. (JORNAL DA CÂMARA. *Comissão cobra informações sobre brasileiros presos no exterior*. Brasília: 21.11.2007, Ano 8, nº 1949. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/jornalcamara/default.asp?selecao=materia&codMat=37691>. Acesso em 06.03.2012, às 17:00 hs.

<sup>459</sup> Existe hoje, no Ministério de Relações Exteriores, um Departamento próprio e específico para cuidar da situação dos brasileiros presos no exterior.

<sup>460</sup> Há dois casos emblemáticos a respeito, o primeiro é conhecido como Caso Avena. O México levou um pedido à Corte Internacional de Justiça, em 2003, alegando que os EUA não haviam respeitado a Convenção de Viena sobre Assistência Consular (1963) processando e condenando à pena de morte 52 mexicanos. Diante do pedido, em 2004, a

Durante a investigação policial, a instrução judicial e o cumprimento de pena privativa de liberdade, a Constituição da República, o Código Penal e a Lei de Execução Penal prevêm alguns benefícios ao investigado, acusado e condenado. Apesar disso, nem todos podem e merecem receber esses benefícios. Contudo, não está entre os óbices à concessão e recebimento desses direitos a nacionalidade da pessoa.

Como se viu, os documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos são claros, objetivos e precisos ao não permitirem discriminação por motivo de raça, cor, língua e origem nacional. Se o estrangeiro tem algumas limitações em relação aos direitos fundamentais, e.g. a direitos políticos, isso não autoriza restrições que violem sua dignidade, que é protegida inclusive por documentos internacionais.

Ainda assim, as frequentes reclamações de presos estrangeiros no Brasil sobre a discriminação jurídica que recebem são procedentes, pois, ao preso estrangeiro, geralmente, tem-se negado benefícios em cinco circunstâncias: 1. ao requerer liberdade provisória; 2. ao requerer suspensão condicional da pena; 3. ao requerer substituição de pena privativa de liberdade por uma pena alternativa; 4. ao requerer progressão durante a execução penal e 5. ao requerer livramento condicional.

Em muitos julgados, embora em alguns não seja dito de forma clara, percebe-se que a única razão para manter um investigado preso preventivamente ou de lhe negar um benefício durante o cumprimento da pena privativa de liberdade é o fato de ser ele estrangeiro. Acertadamente, principalmente nos tribunais superiores, essa orientação vem sendo modificada. A cada dia se sedimenta mais o entendimento de que não se pode

---

Corte decidiu que os EUA deveriam revisar os processos dos nacionais mexicanos para que efetivamente tivessem assistência consular e verificar se essa ausência trouxe prejuízo para suas defesas. Em alguns Estados americanos a decisão foi acatada e os processos revistos (v.g. Oklahoma), em outros, entretanto, sustentava-se que a CIJ não tinha jurisdição sobre os EUA e assim não tinha poder nem para suspender e nem para determinar a revisão dos processos criminais (Texas), portanto, muitos desses condenados foram executados. O caso ficou conhecido como Avena em razão de Carlos Avena Guillén, um jovem mexicano de 18 anos que encabeçava a lista dos condenados à morte. Outro caso emblemático é o julgamento dos irmãos LaGrand, dois irmãos alemães (Karl e Walter) presos e condenados à morte por latrocínio no Arizona (EUA). A Alemanha alegou perante a CIJ que havia sido violado o art. 36 da Convenção de Viena, novamente os EUA sustentavam que essa Corte não tinha poder sobre as decisões proferidas em território americano.

negar um direito, principalmente a liberdade, apenas por não ser o interessado nacional.

Sobre a discussão se é possível ou não permitir ao estrangeiro que se beneficie de liberdade provisória, note-se que durante muito tempo se entendeu não ser ela permitida.

O STF, em decisões mais recentes, alterou seu próprio entendimento de discriminar o preso estrangeiro, como se depreende do seguinte julgado:

EMENTA: *Penal. Processo penal. Habeas corpus. Súmula 691. Superação do verbete. Prisão preventiva de estrangeiro. Custódia decretada para a garantia da aplicação da lei penal e a manutenção da ordem pública. Pressupostos superados. Tratamento anti-isonômico. Caracterização. Libertação de outro preso em situação idêntica. Ordem concedida.* I – Superados os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva a liberdade provisória deve ser imediatamente concedida. II – A comprovação de bons antecedentes, residência fixa e a entrega voluntária de passaporte por estrangeiro, acusado da prática de crimes contra o sistema financeiro, demonstra a intenção de submeter-se à jurisdição brasileira. III – A custódia cautelar baseada apenas na necessidade de manutenção da ordem pública não pode fundar-se em argumentos genéricos, devendo apresentar contornos concretos e individualizados. IV – Custodiado que, ademais, encontra-se em situação anti-isonômica com relação ao outro detido, também estrangeiro, preso por motivos semelhantes, mas posteriormente libertado. Ordem concedida (STF – *Habeas Corpus* 93.134-1/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Impetrantes: Eduardo Pizarro Carnelós e outros – Coator: Rel. do *Habeas Corpus* nº 95.558 do STJ)

Essa Corte tem decidido pela liberdade provisória a preso estrangeiro, não apenas por reconhecer igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros, mas, também, em virtude de Tratado de transferência de presos entre o Brasil e país da nacionalidade do acusado:

EMENTA: *Habeas corpus – Impetrações sucessivas – Excepcionalidade – Verbetes nº 691 da Súmula do Supremo – Afastamento.* O verbete nº 691 da Súmula do Supremo há de ter alcance compatível com os ditames constitucionais. Notado o constrangimento ilegal, impõe-se a admissão de *habeas corpus*, pouco importando estar em tramitação, na origem, idêntica medida. [...] *Processo-crime – Estrangeiro não residente no Brasil – Tratado Brasil-Espanha.* Prevendo o Tratado celebrado entre o Brasil e a Espanha a troca de presos, inexistente óbice ao retorno do acusado ao país de origem. Conforme versado no referido tratado, inserido na ordem jurídica nacional mediante o Decreto nº 2.576/98, mostra-se possível executar na Espanha eventual título condenatório formalizado pelo Judiciário pátrio (STF – *Habeas Corpus* 91.690-2/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – Paciente: Alfonso Salto Sanchez – Impetrante: Alberto Zacharias Tóron e outros – Coator: Rel. do HC78082 do STJ).

Outros tribunais também seguem a orientação de não mais discriminar o preso estrangeiro. Veja-se a respeito a orientação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no *HabeasCorpus* nº 2006.01.00.017590-9/GO<sup>461</sup>. Nesse julgamento, o relator Desembargador Federal Olindo Menezes afirmou:

Pode-se afirmar que, em se tratando de estrangeiros sem documentação regular e sem referências no País, não há nenhuma garantia de que não comprometam, em liberdade, a segurança da aplicação da lei penal. Embora a preocupação seja verdadeira, tenho que não se justifica a discriminação, considerando-se, que, por preceito constitucional, têm eles o mesmo direito fundamental à liberdade que os brasileiros, sobretudo quando aqui residentes (art. 5º, *caput*). [...].

Em tais condições, concedo em parte a ordem de habeas corpus, para determinar que os pacientes, depois de interrogados – com brevidade –, sejam postos em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, devendo os estrangeiros indicar, além disso, endereço no Brasil onde possam receber as intimações.

É o voto.

Em outro caso, no mesmo tribunal, no Recurso Criminal nº 2007.33.00.009251-7/BA, no qual foi relator o Desembargador Tourinho Neto, adotou-se a mesma orientação a favor da igualdade entre nacionais e estrangeiros<sup>462</sup>. Em seu voto o Relator afirmou:

---

<sup>461</sup> No referido caso, foi decretada a prisão em flagrante de Herval Jerônimo Miranda, brasileiro, Lorenzo Trabaga, argentino; Marcelo Ariel Cazon Valeriano, boliviano e Alberto Parada Dorado, também boliviano pela suposta prática do crime de introdução clandestina de estrangeiros no território nacional (Lei nº 6.815/80 – art. 125, XII) e negada a liberdade provisória pelo Juízo Federal de Rio Verde/GO. O despacho que indeferiu o pedido sustenta que estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, em termos de garantia da ordem pública e de segurança da aplicação da lei penal. São trechos da decisão: “No caso em tela os Requerentes foram presos em flagrante promovendo a entrada de imigrantes no País, o que revela indício suficiente de autoria. Além disso, nenhum dos Requerentes comprovou ocupação lícita ou residência certa no Brasil, fazendo crer que uma vez postos em liberdade a ordem pública restaria abalada pela continuidade de atividade ilegal. Mas ainda, não comprovando que residem no país e que aqui desenvolvem atividade regular, vem à tona preocupação com a aplicação da lei penal, [...] tratando-se de estrangeiro e sem documentação regular os requerentes Alberto Parada Dorado (boliviano), Lorenzo Tabraga (argentino) e Marcelo Ariel Valcriano (boliviano), mostrando-se temerária a sua libertação.”

<sup>462</sup> No mencionado feito, cuidou-se da concessão de liberdade provisória em audiência de instrução e julgamento, mediante compromisso de a investigada permanecer naquela jurisdição (Salvador, Bahia). No caso, Noelia Mabel Siebecicheler Ostercan, de nacionalidade paraguaia, fora presa em flagrante delito, no Aeroporto Internacional de Salvador, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06. Ao conceder a liberdade provisória, o juiz monocrático afirmou que a ausência de visto não é razão para que seja denegada a liberdade provisória; também fundamentou sua decisão por entender que os estrangeiros no Brasil detêm os mesmos direitos fundamentais dos brasileiros, a teor do art. 5º da Constituição da República: “[...] reconhece ao estrangeiro que esteja sob a soberania do estado brasileiro os mesmos direitos fundamentais, máxime os decorrentes do postulado da dignidade humana, invocando-se ainda o § 2º do referido artigo quando acolhe aplicação de conceitos consagrados em tratados internacionais. Logo, o

Ainda que substanciosos os argumentos despendidos pela Procuradora da República, Dra. Auristeia Oliveira Reis, não vejo motivo para a prisão preventiva. Nem mesmo a alegação de que a denunciada poderá contrariar a aplicação da lei penal justifica a segregação.

A decretação da liberdade provisória, em favor de estrangeiro, não encontra óbice no só fato de se tratar de alienígena, porque a Constituição Federal assegura-lhe os mesmos direitos reservados ao brasileiro nato. Ainda que resida no exterior, se, após o interrogatório, não restar evidente qualquer motivo justificador da prisão preventiva, é de ser concedido o benefício, pois a regra é a liberdade. A prisão é situação excepcional.

As palavras de Andrew Weiberger são precisas e exaurem o assunto, quando, ao examinar a possível concessão de fiança a preso estrangeiro, anota:

É verdade que permitir a fiança oferece o risco de que o acusado fuja e não esteja acessível no momento do julgamento e da sentença. Mas, esse é o risco calculado que a sociedade tem de assumir como preço de um sistema adequado de justiça<sup>463</sup>.

Em caso de condenação, nos casos de suspensão condicional da pena (*sursis*), havia previsão expressa - art. 1º do Decreto-Lei nº 4.865, de 23.10.1942 - proibindo a concessão desse benefício para estrangeiros que se encontrassem em situação de temporários<sup>464</sup>. O artigo faz menção expressa ao art. 25 do Decreto nº 3.030/1938, que definia a categoria de estrangeiros temporários no Brasil, o qual, por sua vez, regulamentava o Decreto-Lei nº 406, de 04.05.1938, que tratava da entrada de estrangeiros no Brasil. Todas essas normas foram tácita ou expressamente revogadas pelo Estatuto do Estrangeiro de 1969, que, por sua vez, foi revogado pela Lei nº 6.815/1980 e esta também revogada pela novíssima Lei da Migração (Lei nº 13.445/2017) a qual não faz nenhuma menção sobre a possibilidade de o estrangeiro pagar fiança ou não, não havendo, desse modo, proibição para que o faça.

---

estrangeiro tem direito à liberdade se preencher os requisitos legais para tanto. Inadmissível que um estrangeiro em trânsito no país, só por esse fato, tenha de permanecer preso”. Dessa decisão recorreu em sentido estrito o MPF, sustentando que a ausência de visto de permanência obsta a soltura da processada, porquanto interesse público maior reside na necessidade de assegurar a regularidade da persecução penal e que a constrição do status libertatis da acusada é necessária para assegurar a aplicação da lei pena.

<sup>463</sup> WEIBERGER, Andrew. *Liberdade e Garantias, A Declaração de Direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 90.

<sup>464</sup> “Art. 1º - É proibida a concessão de suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário”. (art. 25 do Decreto nº 3.010, de 20.08.1938)

A norma referida destinava-se unicamente à suspensão condicional da pena. Entretanto, não eram raras as decisões que negavam a concessão da fiança, da progressão de regime penitenciário e até do livramento condicional, pela aplicação analógica *in malam partem*.

A respeito da igualdade do preso estrangeiro, Firmino Whitaker (1866-1934), em 1930, ao examinar os requisitos da suspensão condicional da pena e em especial a nacionalidade do condenado, assim se manifesta:

31. As circunstancias da nacionalidade do delinqüente e do consentimento do infractor em nada influem. A suspensão é um direito, tanto do estrangeiro, como do nacional; si aquelle póde fugir para seu Paíz, durante o prazo da vigilancia, tal perigo se dá, também, quanto ao nacional. A lei não impôz como requisito, para o caso, ser o infractor de nacionalidade brasileira.<sup>465</sup>

Por ocasião da 1ª Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro de 19 a 29 de julho de 1943, foi discutido se o estrangeiro poderia ser beneficiado com a suspensão condicional da pena. A esse respeito a conclusão nº XLVII não deixa dúvida:

O estrangeiro condenado por crime previsto no Decreto-lei nº 479, de 8 de junho de 1938, não está impedido de obter livramento condicional. (Aprovada por unanimidade), Debates – O Sr. desembargador Urbano Sales – A tese é simples. Como sabem os colegas, o estrangeiro condenado em determinados crimes, como os de moeda falsa, peculato, lenocínio, está também sujeito à expulsão do país. Pergunta-se se o estrangeiro condenado nesses crimes pode, ou não, obter livramento condicional. Esses crimes estão previstos no Decreto n. 479, de 8 de junho de 1938, que também prevê a expulsão por ato do Poder Executivo. A tese quer saber se cabe o livramento condicional. – O Tribunal de Santa Catarina, por maioria de votos, decidiu que o réu, nessas condições, não está impedido de obter livramento condicional, que é a etapa final da execução da pena, uma vez que preencha os requisitos legais referentes a esse instituto. Houve, entretanto, dois votos contrários, sustentando a decisão do juiz *a quo*, que denegara o livramento condicional por se tratar, dizem os votos vencidos, de estrangeiro passível de expulsão. Entenderam aquêles colegas que a periculosidade do delinqüente, nesse caso, está expressa, indelevelmente, no próprio crime, razão por que não tem ele direito ao livramento condicional. Fui voto vencedor, porque me parece que o livramento condicional é um direito do condenado e não mais um favor, o que, aliás, se encontra expresso na exposição de motivos que acompanha o Código Penal e que diz: “O livramento condicional é restituído à sua verdadeira função. Faz ele parte de um sistema penitenciário que é incompatível com as penas de curta duração. Não se trata de um benefício que se concede por simples espírito de generosidade mas de uma medida finalística, entrosada em plano de política criminal”. É preciso, entretanto, fazer uma restrição. Em modo geral, cabe o livramento condicional. Esta a disposição legal, mas,

<sup>465</sup> WHITAKER, Firmino. *Condemnação condicional (sursis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, p. 102-103.



desde que o réu esteja preso em consequência de processo administrativo, para ser expulso e já tenha sido determinada a sua detenção por esse motivo – para ser expulso, para responder a processo administrativo de expulsão – parece que, nesse caso, não cabe o livramento condicional. Esta é a tese, que submeto ao julgamento: entendo que cabe o livramento desde que não haja processo administrativo.<sup>466</sup>

Apesar disso, a jurisprudência no STF posicionava-se pelo não cabimento de progressão de regime penitenciário por aplicação analógica do mesmo Decreto-Lei nº 4.865 de 1942. O julgamento do *Habeas Corpus* nº 681352/130, desta mesma Corte, em 20 de agosto de 1991, relatado pelo Ministro Paulo Brossard, bem representa essa orientação:

*Habeas corpus*. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturalizar a sua finalidade. o estrangeiro em tal situação deve aguardar o integral cumprimento da pena, sem direito à progressão ao regime semi-aberto, salvo se o Poder Executivo usar de poder que lhe confere a Lei n. 6.815 em seu art. 67. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido (STJ – HC n. 68.135/DF – Rel. Min. Paulo Brossard – 2ª T. – j. 20.08.1991

E registre-se que não era esse um entendimento isolado. Também no STJ predominava essa posição:

Criminal. RHC. Tráfico de entorpecentes. Execução. Livramento condicional. Não preenchimento dos requisitos legais. Ausência de ilegalidade no decisum impugnado. Impropriedade do Habeas Corpus. Paciente estrangeiro. Existência de decreto de expulsão condicionado ao cumprimento da pena. Impossibilidade de cumprimento das condições do benefício. Recurso desprovido. 1. Não há ilegalidade na decisão que não concedeu o livramento condicional ao paciente se evidenciado que o mesmo não preencheu os requisitos legais para a obtenção de benefícios relativos à execução da reprimenda, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária ao exame da presença dos requisitos exigidos para a concessão das benesses legais. 4 – Não se concede livramento condicional a paciente estrangeiro, sobre o qual pesa decreto de expulsão condicionado ao cumprimento da pena, em função da impossibilidade de o mesmo se sujeitar ao cumprimento das condições legais próprias ao exercício do benefício. Precedentes do STF. – Recurso desprovido (RHC nº 14721 – MG; Rel. Min. Gilson Dipp; 5ª Turma; julgado em 16.10.2003; DJ de 24.11.2003, p. 327)<sup>467</sup>

<sup>466</sup> Anais da 1ª Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, de 19 a 29 de julho de 1943, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro: 1944, p. 313-314.

<sup>467</sup> No mesmo sentido: HC nº 18747-SP; Rel. Min. Vicente Leal; 6ª Turma, julgado em 07.02.2002; DJ de 11.03.2002.

Essa também era a orientação jurisprudencial predominante nos tribunais estaduais<sup>468</sup>.

Merece registro a constatação de que a orientação do STJ vem mudando e até mesmo ministros que antes tinham posicionamento contrário agora aceitam a concessão dos benefícios para presos estrangeiros<sup>469</sup>. Desse modo, essa Corte também vem acolhendo a possibilidade de o preso estrangeiro receber os mesmos benefícios do preso nacional, se não houver obstáculo de outra ordem. Nesse sentido, merece destaque a posição da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, defendendo essa possibilidade, no que vem sendo acompanhada por outros magistrados desse tribunal<sup>470</sup>.

Do mesmo modo, o preso estrangeiro também pode ser beneficiado com o livramento condicional, embora nunca tenha havido norma que o vetasse, mas, mesmo se existisse com a promulgação da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*(1969), não se poderia

<sup>468</sup> RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PRATICADO NO BRASIL. CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU EM SITUAÇÃO IRREGULAR. PENDENTE INQUÉRITO POLICIAL DE EXPULSÃO. SITUAÇÃO INCOMPATÍVEL COM A CONCESSÃO DE REGIME MAIS BRANDO. AGRAVO PROVIDO. (TJ-PR - Recurso de Agravo : RECAGRAV 4895990 PR 0489599-0, 4ª Câmara Criminal, Julgamento 17 de Julho de 2008, Relator Carlos A. Hoffmann). No mesmo sentido: TJSP – Ag. 195.730 – São Paulo – Rel. Des. Jarbas Mazzoni – j. em 23.09.1996 (Boletim Informativo da LBJ – Jurúá, nº 140, p. 101)

<sup>469</sup> STJ – HC nº 25298-PR – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 01.07.2004.

<sup>470</sup> “Processual penal – Execução penal – Habeas corpus – Estrangeiro não residente no país – Progressão de regime prisional – Possibilidade. 1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena – 2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis. 3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o corresponsivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. 4. Ordem concedida”. (STJ – HC nº 103.373-SP – Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura – 6ª T – j. 26.08.2008, v.u.). No mesmo sentido: “Recurso especial – Execução penal – Estrangeiro em situação irregular – Livramento condicional – Requisitos objetivos e subjetivos atendidos – Art. 89 da Lei nº 6.815/1980 – Vedação legal à prática de atividade remunerada que não obsta a concessão do benefício. 1. Na espécie, o Recorrido teve seu processo de expulsão arquivado com fulcro no art. 75, inciso II, alínea ‘b’, da Lei n. 6.815/1980 e, como reconheceram as instâncias ordinárias, atende aos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício de livramento condicional. 2 – Negar o livramento condicional ao condenado estrangeiro em situação irregular no país, pelo simples fato de estar impedido de exercer atividade remunerada no mercado formal, impõe condição discriminatória que veda a concessão do benefício apenas por sua própria condição pessoal. 3 – A lei penal não exige que o condenado estrangeiro tenha uma promessa efetiva de emprego, com carteira registrada, mas sim que tenha condição de exercer qualquer trabalho honesto e lícito para prover sua subsistência e de sua família, ainda que na informalidade da qual sobrevive expressiva parte da população brasileira. 4. Recurso desprovido”. (REsp. nº 662.567-PA – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª T. – j. 23.08.2005 – DJ 26.09.2005, p. 441)

sustentar tal posição. É que o art. 24 da *Convenção* reafirma a igualdade de todos perante a lei, sem discriminação:

Artigo 24 – Igualdade Perante a Lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Nunca será demais recordar a lição de Pontes de Miranda quando assevera que “nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1967”<sup>471</sup>.

Por sua vez, nem se pense em alegar que o livramento condicional não seja cabível, porque o art. 83, III, do Código Penal<sup>472</sup> exige como um dos requisitos para sua concessão que o requerente demonstre aptidão para prover sua subsistência com trabalho honesto. Sustentar que o estrangeiro, por não estar autorizado a trabalhar no território nacional, não pode ser beneficiado pelo livramento condicional viola princípios de Direitos Humanos.

Apesar disso a jurisprudência orientava-se no sentido de não permitir ao estrangeiro o benefício do livramento condicional.<sup>473</sup>

<sup>471</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967, p. 624. É isso que dispõe o art. 24 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais de 1966: “Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas relativamente às matérias tratadas no presente Pacto”.

<sup>472</sup> “Art. 83. - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...]; III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”. (BRASIL, 1940)

<sup>473</sup> A respeito se pode citar: “LIVRAMENTO CONDICIONAL. ESTRANGEIRO. Descabe o livramento condicional se o estrangeiro tem a sua expulsão decretada, mas, condicionada ao cumprimento da pena”. (STF – HC 63.593-8) “RÉU ESTRANGEIRO. APRECIÇÃO DO PEDIDO SUBORDINADO À EXIBIÇÃO DO VISTO DE PERMANÊNCIA DEFINITIVA. ADMISSIBILIDADE. SENTENCIADO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. Não caracteriza constrangimento ilegal a decisão de não apreciar o pedido que reclama o benefício enquanto não exibido o visto de permanência definitiva. Improvimento do recurso.” (STF – RHC – Rel. Djaci Falcão – RT 630/377) – “CRIMINAL. PENA REGIME DE CUMPRIMENTO. Estando o alienígena em situação irregular no País, de acordo com a Lei 6.815/80, obstada está a concessão do regime aberto por falta de preenchimento de um de seus requisitos, já que consoante o disposto no art. 93 da supracitada Lei, o estrangeiro com visto de turista está impedido de exercer atividade remunerada.” (DJU 30.06.1988) – “ESTRANGEIRO. TURISTA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. O só fato de o sentenciado ser estrangeiro não impede a concessão de livramento condicional, CP art. 60, II. A possibilidade de permanência do estrangeiro no País há de considerar-se, entretanto, como indispensável à outorga do livramento condicional, o que cumpre ser provado pelo requerente do benefício. Hipótese em que, como turista, sem residência fixa, não poderá o

Muitas das decisões que negavam a possibilidade, para o preso estrangeiro, de obter o livramento condicional, buscavam apoio doutrinário em Edgard de Magalhães Noronha:

A meu ver, não é admissível o livramento condicional de estrangeiro cuja expulsão do país foi decretada, e a execução desta está condicionada ao cumprimento das penas a que estiver sujeito no país, como ocorreu no caso. [...].

Tem lugar aqui interessante questão: são possíveis a expulsão de condenado estrangeiro e o livramento condicional?

Poucas vezes tem a matéria ocupado a atenção de nossos Tribunais, que, aliás, não têm proferido decisões uniformes.

A respeito do assunto tivemos ocasião de expender os seguintes argumentos.

É a expulsão ato de soberania e, portanto, da alçada federal, pelo que não pode ser apreciada pela Justiça dos Estados.

Se dúvida houvesse, dissipá-la-ia o art. 5º do Decreto n. 479, de 8 de junho de 1938, conferindo ao Ministro da Justiça o poder de prender o expulsando, enquanto o banimento não se efetivar. Veja-se ainda o art. 8º do mesmo diploma, que expressamente dispõe ser o Presidente da República o único juiz da conveniência da expulsão. [...].

Por aí já se vê que livramento condicional e expulsão são *deux choses qui hurlant de se trouver ensemble!*;

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

Considere-se agora que o Judiciário e Executivo são poderes da União independentes, mas harmônicos entre si (Const. Federal, art. 360). Que harmonia seria essa, em que um poder, considerando a nocividade da permanência do indivíduo em território pátrio, expulsa-o, enquanto outro, mesmo diante desse pronunciamento, facultava-lhe burlar esse decreto de expulsão, permanecendo no seio da sociedade, por cinco, dez ou até quinze anos [...].

No próprio decreto que regulou a expulsão, encontramos impedimentos ao livramento condicional. Com efeito, diz o § 3º do art. 8º que o recurso ao Judiciário *somente* é admitido nos casos do art. 3º e do art. 4º (quando o expulsando tiver mais de 25 anos de residência legítima no país, tiver filhos brasileiros, oriundos de núpcias legítimas, ou alegação documentada da nacionalidade brasileira). Ora para burlar esse dispositivo, basta o sentenciado

---

paciente fazer a aludida prova. Recurso desprovido.” (STF – RHC – Rel. Néri da Silveira – RT 629/393) – “ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. I- [...] II- Ao estrangeiro em situação irregular, não se aplicam a substituição das penas e nem regime benéfico de execução. Writ indeferido”. (HC 9.464/SC – 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer – j. em 15.06.1999, DJU 16.08.1999, p. 86) -

*recorrer* ao Judiciário, requerendo o livramento condicional, e, em liberdade, impedirá por tempo, que variará de um ano e meio a quinze anos, sua expulsão... E, talvez, nunca mais será expulso, pois neste lapso pode casar e ter filhos brasileiros. [...]

Argumenta-se que se a expulsão impede o livramento, ter-se-á introduzido no art. 60 mais um pressuposto. O argumento impressiona à primeira vista, porém, não procede. Não colhe, porque, aqui, como alhures, o alcance total de um instituto não deve ser baseado somente nos artigos que o definem, mas há de ser considerado em confronto com outros da mesma lei e de outras que dispõem sobre o assunto, atendendo-se ao sistema. Cumpre conciliar institutos e não destruí-los ou anulá-los. [...]

Por sua afinidade com o *sursis*, é oportuno um paralelo entre eles, merecendo atenção as opiniões de Whitaker e Espínola Filho. O primeiro escreve: 'Não é possível que a autoridade pública só para não ofender suscetibilidades do judiciário, fique privada de garantir a ordem e a moralidade social, usando do expediente que a Constituição lhe outorga. Não é pelo interesse, às vezes, puramente da sociedade que a expulsão é decretada? A expulsão é um ato de soberania do Estado. O Poder Executivo o exerce discricionariamente, não dependendo a sua decisão da confirmação de outro Poder'. E o segundo falando diante da legislação anterior, escrevia '[...] o que se impõe é revogar o *sursis* ao estrangeiro que temporariamente estiver em nosso território, para que não se prolongue sua permanência entre nós, estando em liberdade'. Como se permitir, então, permaneça anos a fio, em liberdade, em nosso país, réu de crime mais grave e contra o qual há um decreto de expulsão?<sup>474</sup>

Tal manifestação encontra-se no seu *Curso de direito penal*, publicado em 1963, posição abandonada em edições posteriores:

Nas edições anteriores longamente discutimos sobre a possibilidade de livramento condicional e expulsão de estrangeiro, concluindo não ser ele admissível em face desta.

Hoje não nos parece necessário discorrer sobre o assunto, diante dos expressos termos das leis que regulam a matéria. Com efeito, o DL n. 941, de 18 de outubro de 1969 (art. 76) e o D. nº 66.689, de 11 de junho de 1970 (art. 103) que o regulamentou, dispõem taxativamente: 'Desde que seja conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se ainda que haja processo ou já se tenha efetivado a condenação'.<sup>475</sup>

Não pode haver dúvida que, antes de ser um *estrangeiro preso*, ele é um *preso estrangeiro*, para o qual existem disposições especiais: a Constituição da República, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Constata-se, por exemplo, que o art. 31 da LEP determina que o preso - seja brasileiro ou

<sup>474</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito penal*. 2ª ed. v. I, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 380-381.

<sup>475</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito penal*, 13ª ed. v. I, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 300.

estrangeiro - que cumpra pena em regime fechado é obrigado a trabalhar<sup>476</sup> e, quando se quis impor exceção, a mesma lei o fez, por exemplo, no caso de crime político<sup>477</sup>. Ademais, ressalta-se que a novíssima Lei de Migração determina que ao estrangeiro preso no Brasil não lhe será negado o direito de progressão de regime de cumprimento de pena, nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ficando a pessoa autorizada a trabalhar quando assim for exigido pelo novo regime de cumprimento de pena.<sup>478</sup>

Por outro lado, como antes exposto, o objetivo da condenação, principalmente da pena privativa de liberdade, pelo menos como previsto nas leis, é a reintegração do condenado, embora no caso de presos estrangeiros seja mais difícil de alcançar. Por isso mesmo é que se deve ver no requisito do trabalho do preso uma medida ressocializadora e, portanto, como mais um importante instrumento para facilitar ao futuro egresso sua reinserção social.

A propósito, é contundente a manifestação de Rolf Koerner Júnior, ao afirmar que:

Fundamentar restrição para o estrangeiro em razão da irregularidade de seu ingresso em território brasileiro, por isso que, aqui, não poderia trabalhar e, então, não poderia ser liberado condicionalmente, não constitui argumento louvável. Se a restrição encontra supedâneo na reforma da parte geral de código penal de 1984 ou na lei de execução penal, o interprete deveria avaliá-las, para dizê-las revogadas, nessa parte, pela Constituição de 1988. [...] Agora os prejudicar porque não faz o Brasil o que devia fazer constitui absurdo imperdoável.<sup>479</sup>

Isso tudo demonstra que a adoção do instituto da transferência da execução penal de estrangeiros condenados para seus países eliminaria mais essa discriminação tão frequentemente sofrida por eles.

Merece registro o que foi afirmado no VII Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Havana, 1990) quando se

<sup>476</sup> Prevê textualmente o referido artigo: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Parágrafo único – Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento”.

<sup>477</sup> “Art. 200 - O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho”.

<sup>478</sup> BRASIL. Lei de Migração nº 13.445/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm) Acesso em 16.08.2017, às 23:15 hs.

<sup>479</sup> KOERNER JÚNIOR, Rolf. *Ainda e por que desigualar o estrangeiro, em sede de execução penal*. Disponível em <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal10.htm>. Acesso em 11.02.2009, às 19:00 hs.

elaborou uma *Declaração de Princípios Básicos para o Tratamento dos Presos*, estabelecendo-se que

Exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar os direitos do homem e das liberdades fundamentais, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem; no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e no Protocolo Facultativo que o acompanham bem como de todos os outros direitos enunciados em outros instrumentos das Nações Unidas.

## 7.2 Resistência à aplicação do Instituto

O primeiro Tratado assinado pelo Brasil para permitir que presos estrangeiros aqui condenados cumprissem pena em seu país de origem foi com o Canadá. Certamente, as peculiaridades que envolveram sua iniciativa e a maneira como se deu sua elaboração e sua entrada em vigor são responsáveis pela pouca aceitação que o instituto tem no Brasil.

Sobre isso, é necessário fazer um rápido retrospecto. O empresário Abílio Diniz foi sequestrado na cidade de São Paulo no dia 11 de novembro de 1989 e para sua libertação foi exigida a entrega de U\$ 32 milhões. O sequestro foi realizado por um grupo de 10 pessoas, composto por 5 chilenos, 1 cearense, 2 argentinos e 2 canadenses (Christine Lamont e David Spencer)<sup>480</sup>.

Foi com esse fato que se começou a falar em “transferência de presos estrangeiros para seus países de origem”. Até então, no Brasil quase não se conhecia o instituto, nem na teoria e nem na prática. A razão, para não dizer casuísmo, que motivou a elaboração do Tratado provocou enorme desgaste para a referida proposta, na qual a opinião pública via apenas um instrumento apto a permitir que dois sequestradores condenados voltassem livres para suas casas.

---

<sup>480</sup> Diante dessa situação, a família dos canadenses, especialmente os pais de Christine, promoveram uma campanha para conseguir sua expulsão do Brasil. Para tanto, contrataram David Humphreys, profissional especializado na área de comunicação. Apesar de todos os esforços, não obtiveram sucesso. Assim, se passou a buscar a elaboração de um tratado entre os dois países, destinado a permitir que os brasileiros presos no Canadá pudessem continuar o cumprimento de suas penas no Brasil e que canadenses presos aqui, do mesmo modo, pudessem cumprir suas sentenças em seu país. Em sua defesa, os sequestradores alegavam que o dinheiro a ser arrecadado seria destinado ao financiamento de guerrilhas em El Salvador. Com tal argumento, pretendia-se caracterizar o crime como político. Ainda assim, os acusados foram condenados finalmente a 28 anos de prisão por crime comum.

Por outro lado, no Canadá, a situação de Christine e David era comparada à do americano Alex Huley preso na Turquia e retratada no filme *O Expresso da Meia Noite*, no qual é detido no aeroporto ao tentar sair desse país com haxixe e condenado a cumprir pena numa prisão turca.

Os jornais canadenses retratavam a justiça brasileira como corrupta, injusta e abusiva. Por aqui, a imprensa atacava contundentemente qualquer tentativa de “soltar” os canadenses. Se a novidade do Instituto em circunstâncias normais já chamaria a atenção, o fato, seja pelos personagens envolvidos, seja pela efetiva pressão que ocorreu para que o governo brasileiro assinasse o Tratado, provocou enorme repercussão e desgaste. Um exemplo bastante significativo do afirmado se encontra na *Revista Veja* (22.04.1998), no qual o articulista Roberto Pompeu de Toledo abordou o assunto. Eis o texto integral referido:

#### **A vitória da campanha canadense**

Mentiu-se, difamou-se o Brasil, e no fim deu certo: o casal do caso Abílio Diniz já pode ser solto.

Ok, Mr. Humphreys, o senhor venceu.

David Humphreys é um lobista canadense muito bem relacionado em seu país. Em fevereiro de 1990, foi contratado por um rico casal de Langley, Estado da Colúmbia Britânica, Keith e Marilyn Lamont, para tentar safar sua filha, Christine, da confusão em que se metera dois meses antes num distante país chamado Brasil. Humphreys iniciou uma campanha que, oito anos depois e gasto pelo menos meio milhão de dólares dos Lamont, se ainda não salvou Christine, na semana passada estava bem perto disso.

Christine Lamont pertence ao grupo de dez pessoas – nove estrangeiros e um brasileiro – que, em dezembro de 1989, sequestrou em São Paulo o empresário Abílio Diniz. Eles alegam que praticavam uma ação política em favor da guerrilha de El Salvador. De concreto, sabe-se que pediam não a libertação de companheiros presos, como os sequestradores dos anos 60, nem a divulgação de manifestos, mas 32 milhões de dólares. Na semana passada, enquanto ela e os companheiros de prisão iniciaram uma greve de fome para ser soltos, com ampla cobertura de imprensa, apoio de políticos e mobilização de uma entidade fantasma (Comitê pela Libertação dos Presos Políticos Internacionalistas) para comandar o espetáculo, parecia faltar pouco para o governo jogar a toalha. Ponto para Mr. Humphreys.

Humphreys é um dos personagens centrais do livro *Uma Questão de Justiça*, da jornalista canadense Isabel Vincent, publicado em 1995 (Editora Record). O livro conta a história dos dois canadenses - Christine e o namorado, David Spencer - envolvidos no sequestro de Diniz. Que fez o lobista uma vez contratado pelos Lamont? Escolheu a estratégia de conferir ao episódio a dimensão de um escândalo, para a opinião pública canadense. E foi em frente, centralizando uma fábrica de distribuir informações falsas à imprensa, atrair



personalidades para a causa e infiltrar o assunto na pauta eleitoral dos partidos políticos.

A princípio, propagou-se que Christine e David eram inocentes que, para ajudar amigos, acabaram enredados numa escabrosa trama envolvendo a política corrupta e a Justiça manipulada da América Latina. Depois, quando se tornou impossível negar que tinham conscientemente participado do sequestro, passaram a ser descritos, segundo escreve a jornalista em seu livro, “como heróicos guerreiros da liberdade, confinados em prisões horripelantemente sujas e superlotada”. Eles podiam ser mortos a qualquer momento. Pegar Aids. Registre-se, como faz a jornalista, que os canadenses desfrutaram na prisão de condições que podem ser consideradas muito agradáveis, em relação ao normal das horrendas prisões brasileiras.

À conquista da opinião pública, como não poderia deixar de ser, seguiu-se a contaminação dos políticos. De Brian Mulroney, primeiro-ministro à época do seqüestro, a Jean Chrétien, o atual, os chefes de governo do Canadá inscreveram em suas agendas o caso de Christine e David, e exerceram pressão direta sobre os presidentes brasileiros, de Fernando Collor a Fernando Henrique Cardoso. Os diplomatas canadenses no Brasil, o embaixador inclusive, passaram a ter na causa dos presos sua principal missão. “Sempre que um novo diplomata de alto nível era designado para servir no Brasil, tornou-se uma espécie de ritual de passagem apresentar suas credenciais não apenas ao presidente brasileiro, mas também a David e Christine”, escreve Isabel Vincent. “A campanha dos Lamont converteu-os em celebridades canadenses, e uma escala nas prisões paulistas em que se encontravam virou um item obrigatório na agenda dos parlamentares e líderes religiosos canadenses em visita ao país.”

Recuperar esse quadro lança luz sobre o que ocorria na semana passada. Sem o lobby canadense, o caso não teria tomado as proporções que tomou. Os cinco chilenos e dois argentinos, primos pobres do Cone Sul, apenas pegaram suas rebarbas. Em 1992, o governo brasileiro assinou, com o Canadá, um tratado de presos. Na semana passada, em plena vigência da greve de fome, promulgou o tratado. Estava completo o arcabouço jurídico para repatriar os canadenses. Mesmo que eles reivindicuem ser expulsos do Brasil, o que anularia as penas, e não beneficiados por um tratado que prevê a continuação de seu cumprimento no Canadá, que diferença isso faz, diante da evidência de que, uma vez em sua terra, terão direito à liberdade condicional?

Ok. Mr. Humphreys, o senhor venceu. Sobrava, para o governo brasileiro, o caso dos outros estrangeiros, mas o principal abacaxi, os canadenses, já estava pronto para se livrar, assim que a poeira baixasse. Partindo de posições opostas, o PT, que apoiou a greve de fome dos presos, e o governo acabaram, nesta história, se juntando no mesmo movimento que desmoraliza o conceito de direitos humanos, ao aplicá-lo a sequestradores, e desonra o Brasil, rendido à pressão de um país estrangeiro e tratado como uma ditadura, que tem presos políticos em seus cárceres.

A respeito do Instituto, afirma Gueiroz:

O tema, quando ventilado na mídia – como ocorreu há alguns anos, com o notório seqüestro do empresário Abílio Diniz, e, mais recentemente, com o caso do seqüestro do publicitário Washington

Olivetto – é sempre visto com muita desconfiança, deixando na população uma ‘sensação de impunidade.’<sup>481</sup>

Do mesmo modo, Gueiroz reconhece que “muitos são os obstáculos, jurídicos e culturais, para a difusão e utilização em larga escala desse importante mecanismo de cooperação entre Estados e de reintegração social do apenado.”<sup>482</sup>

Ainda sobre o assunto, afirma Isabel Vincent, jornalista canadense, autora de um livro sobre o tema e no qual defende o poder judiciário brasileiro dos inúmeros ataques sofridos:

(Boris) Casoy, como muitos outros jornalistas brasileiros na ocasião ficou furioso com o tratado de troca de presos que permitiria que Christine Lamont e David Spencer cumprissem o resto de suas penas numa prisão canadense, onde provavelmente teriam direito a liberdade condicional depois de um terço da pena. O tratado, aprovado pelo Canadá no verão de 1992, também permitiria que brasileiros cumprindo penas em prisões canadenses pudessem concluir as penas no Brasil.

O tratado fora aprovado pelo Senado brasileiro a 12 de agosto de 1993 e precisava ser sancionado pelo presidente Itamar Franco para entrar em vigor. Casoy acusou o embaixador canadense Bill Dymond de “fazer um lobby vergonhoso no Senado” brasileiro para a aprovação do tratado, em benefício específico de dois sequestradores canadenses. Acusou-o de interferência indevida nos assuntos internos brasileiros e por cinco noites consecutivas insistiu que o embaixador Dymond deveria ser expulso do Brasil. Foi isso que mais enfureceu Casoy: que o tratado não era, na verdade, um acordo rotineiro entre dois países amigos, mas uma trama, um truque engendrado pelos canadenses para enganar o Brasil, levando-o a libertar David e Christine.<sup>483</sup>

Sobre essa questão, o livro menciona outras notas da imprensa brasileira:

As acusações de que o embaixador pressionara vigorosamente os legisladores brasileiros foram publicados por jornais de todo o país. A *Folha de S. Paulo* noticiou que obtivera um memorando “confidencial” do Departamento de Relações Exteriores em Ottawa, relacionando todos que o embaixador canadense precisaria pressionar no Brasil para conseguir a aprovação do tratado no Senado. A *Folha* alegou que, ao longo de um ano, o embaixador pressionara, entre outros, um assessor no gabinete de Itamar Franco, o então ministro das Relações Exteriores Celso Lafer, o presidente do Supremo Tribunal Federal em Brasília e o promotor público Ribeiro de Bonis, para

<sup>481</sup> GUEIROZ, Arthur. O instituto da transferência de presos estrangeiros. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 41, ano 11, jan./mar. 2003, Revista dos Tribunais, p. 82.

<sup>482</sup> GUEIROZ, Arthur. O instituto da transferência de presos estrangeiros, cit., p. 82.

<sup>483</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, ed. Record, tradução de Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro, 1995, p. 198-199.

acelerar os recursos de Christine e David e aprovar o tratado de troca de presos. [...] <sup>484</sup>

A mesma autora ainda afirma:

Mas Barbara McDougall e o governo canadense perceberam com clareza que o tratado seria uma saída fácil – uma alternativa política viável para a expulsão, que seria uma questão política controvertida no Brasil – e por isso insistiram em sua aprovação.

O vigoroso esforço lobista do governo canadense permitiu que o tratado fosse aprovado em prazo recorde. Assinado em Brasília a 15 de julho de 1992, foi ratificado pela Câmara dos Deputados ao final de junho de 1993, e pelo Senado a 12 de agosto. A 24 de agosto, Humberto Lucena, presidente do Senado, assinou um decreto legislativo sobre o tratado que foi então encaminhado à presidência do país para aprovação final. Num país em que não é excepcional uma espera de dois anos pelo documento de transferência de propriedade de um carro, a rapidez com que o Congresso brasileiro ratificou um acordo bilateral foi nada menos que revolucionária. <sup>485</sup>

A jornalista noticia que esse fato se transformou numa bomba-relógio política, especialmente porque se descobrira que além do embaixador Dymond, o Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns se empenhara em conseguir a assinatura do Acordo. Muitos se sentiram no dever de explicar publicamente porque estavam a favor do mesmo. O então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, declarou a razão: “Fiz isso a pedido do arcebispo de São Paulo, dom Paulo Evaristo Arns” <sup>486</sup>. O Senador Humberto Lucena reconheceu à *Folha de São Paulo* que “nem sequer tinha conhecimento dos presos canadenses ao assinar o tratado” e que “Teríamos cometido um erro consciente se soubéssemos antes que o tratado só beneficiaria dois canadenses em São Paulo.” <sup>487</sup>

O Senador Darcy Ribeiro afirmou: “foi um erro”, reconhecendo haver votado pela sua aprovação afirmando que “Exigi que o presidente vetasse o tratado e restabelecesse a ordem jurídica” <sup>488</sup>.

Para Romeu Tuma, então vice-presidente da Interpol, o tratado “era uma desgraça nacional”. Segundo o delegado responsável pela investigação do sequestro, Nelson Guimarães, o tratado era imoral e representava:

um golpe para a soberania brasileira. Não deveríamos vender a dignidade nacional. O que o governo canadense pensa que somos? Uma república das bananas? Estão nos tratando como se fôssemos

<sup>484</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 199.

<sup>485</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p.199.

<sup>486</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 202.

<sup>487</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 202.

<sup>488</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 202.

uma colônia sem leis próprias. Se arriamos a calça para o Canadá, teremos de mantê-la abaixada para o resto do mundo.<sup>489</sup>

O que se constata é que de fato não havia outros presos canadenses no Brasil. Vincent informa que “o tratado foi tão distorcido na mídia brasileira que muitos jornais noticiaram que ele permitiria que David e Christine ficassem livres assim que chegassem ao Canadá”<sup>490</sup>.

Foi nesse clima que o Tratado chegou à Presidência da República e foi vetado pelo Presidente Itamar Franco. Em entrevista concedida ao jornal *O Globo* e publicada em 30 de dezembro de 1994, disse o então Chefe do Executivo Nacional: “Eles foram condenados pela justiça brasileira e devem cumprir suas penas no Brasil”<sup>491</sup>.

O Tratado só foi assinado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Aliás, a propósito, é interessante observar o tom que Vincent usa para se referir ao presidente eleito, mas ainda não empossado: “Mas talvez as coisas mudem. Talvez Fernando Henrique, o novo presidente do país, se deixe influenciar por seu bom amigo cardeal Arns e assine uma ordem de expulsão ou o tratado”<sup>492</sup>.

Embora não se possa assegurar, é provável que todo esse desgaste tenha dificultado a aceitação, negociação e a assinatura de outros tratados com outros países como mencionado no Capítulo 3<sup>493</sup>.

Só posso chegar a uma conclusão: é muito pouco e esse número sempre será pequeno se considerado a quantidade de Estados existentes. Portanto, deve ser buscada outra forma de possibilitar a aplicação do instituto em exame sem ficar adstrito à existência de Tratados. É isto que se defende neste trabalho.

Como se vê, a aplicação do Instituto é vista muitas vezes como um ataque à soberania nacional e, efetivamente, isso tem sido um grande obstáculo à sua aceitação. Contudo, como dito, em virtude de grandes transformações ocorridas nos últimos anos, principalmente pelo que ficou conhecido como globalização, somado ao fim da *guerra fria* e, portanto, sem as

---

<sup>489</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 203.

<sup>490</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 203.

<sup>491</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 243.

<sup>492</sup> VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*, cit., p. 243.

<sup>493</sup> Atualmente há treze Tratados bilaterais em aplicação, três multilaterais, onze já foram assinados e aguardam promulgação e há, pelo menos, 42 em negociação entre o Brasil e países de todos os continentes.

ameaças frequentes de guerra e com maior determinação de busca da paz mundial, era necessário questionar e rever o tradicional conceito de soberania<sup>494</sup>. Isso provocou e determinou a elaboração de um novo conceito, mais apropriado aos dias atuais. Com propriedade, Luigi Ferrajoli aponta que “a ideia de soberania não se coaduna com a sujeição do poder à lei, nem é compatível com as Cartas internacionais de direitos, não passando de um ‘pseudoconceito’, uma categoria antijurídica”<sup>495</sup>

Borja Mapelli e Isabel Cano, sobre a dificuldade de implantação, afirmam: “Sin embargo, queda aun un largo camino por andar en el que sólo se han dado algunos pasos por una estrecha senda plagada de obstáculos”<sup>496</sup>.

Sobre a alegada violação à soberania, muito antes, há mais de cinquenta anos, Hans Kelsen (1881-1973) já havia sugerido a criação da República ou Federação Universal de Nações com códigos coercitivos, o que afastaria o conceito da soberania absoluta:

Toda a evolução técnica-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito Internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal do Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade à ordem jurídica do Estado singular<sup>497</sup>.

Nicolas Politis (1872-1942), também décadas atrás, sustentava que sendo o Direito o reflexo da vida, está sujeito, assim como a própria vida, a

---

<sup>494</sup> Para Kildare Gonçalves Carvalho, a palavra soberania tem sua origem em *superomnia*, *superanus* ou *supremitas* e que indica “o poder de mando de última instância numa sociedade politicamente organizada.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 691.) Para Luigi Ferrajoli soberania, “no plano interno, consiste na supremacia ou superioridade do Estado sobre as demais organizações, e, no externo, quer dizer independência do Estado em relação aos demais Estados.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. cit., p. 691).

<sup>495</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. VIII-IX.

<sup>496</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas*, cit., p. 1.

<sup>497</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 364.

perpétuas transformações<sup>498</sup>. Assim, expõe que o Direito Internacional evoluiu à medida que ocorriam imperativos históricos. Afirma que, por conseguinte, a noção de soberania dos Estados foi sendo restringida até surgir um dilema: “había que escoger entre la renuncia a la soberanía o negarle al derecho internacional su carácter obligatorio”<sup>499</sup>.

Observa Politis que “más se desarrollan las relaciones internacionales, menos libres son los pueblos. A cada progreso de su solidaridad corresponde una nueva limitación de su libertad”<sup>500</sup>. Por sua vez, J. C. Witemberg afirma que

el dogma de la soberanía es el instrumento principal de la ideología nacionalista e imperialista que se opone a la evolución del derecho internacional y a una organización interestatal apropiada a las necesidades de la época<sup>501</sup>.

De sua parte, pondera Marrielle Maia, ao comentar a criação do Tribunal Penal Internacional:

A criação de uma corte internacional com jurisdição penal, nesse contexto, reveste-se de muitas dificuldades políticas e de grandes complexidades jurídicas, e seu estatuto somente veio a ser discutido em Roma em decorrência da superação da alegação do domínio reservado do Estado, pautado no princípio da soberania, graças ao desenvolvimento das relações internacionais e à expansão da proteção internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário<sup>502</sup>.

A esse respeito, anota Cançado Trindade:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado, compreendeu-se pouco a pouco que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’. Esta última (equiparável ao ‘domínio reservado do Estado’) afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado in abstracto (e não em suas relações com outros Estados), e como expressão de um poder interno, de uma

<sup>498</sup> Tal afirmação encontra-se publicada em trabalho publicado em 1927, in *Les Nouvelles Tendances Du Droit International apud* YRIGOYEN, Jaime. *El proceso de Nuremberg y el derecho internacional*, Lima: Talleres gráficos Villanueva, 1955, p. 86.

<sup>499</sup> POLITIS Nicolas *apud* YRIGOYEN, Jaime. (1922-1983) *El proceso de Nuremberg y el derecho internacional*, cit., p. 86.

<sup>500</sup> POLITIS Nicolas *apud* YRIGOYEN, Jaime. *El proceso de Nuremberg y el derecho internacional*, cit., p. 87.

<sup>501</sup> Cf. WITEMBERG, Joseph Charles. De Grotius a Nuremberg. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1947. t. 51, p. 93.

<sup>502</sup> MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*, cit., p. 43.

supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinta do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais. Nos dias de hoje não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos cairia sob o domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás<sup>503</sup>.

No mesmo sentido, Canedo:

O surgimento definitivo da temática dos Direitos Humanos no campo internacional, bem como sua corporificação em instrumentos jurídicos internacionais, só foi possível à medida que a doutrina e a jurisprudência internacionais deram início a um processo de erosão da velha interpretação que preconizava o dogma da soberania absoluta do Estado<sup>504</sup>.

Muito bem observou Cançado Trindade quando ainda era Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A decisão soberana dos Estados se manifesta em dois momentos: os da assinatura e ratificação dos tratados dos direitos humanos. Uma vez que os tratados entram em vigor, já não há espaço para invocar a soberania em sua interpretação e aplicação. Isso não faria sentido. Ao contrário dos tratados clássicos, marcados pela reciprocidade e as concessões mútuas, os tratados de direitos humanos se guiam pela realização de interesses comuns superiores. Eles são dotados de mecanismos próprios de supervisão internacional. É a solidariedade que os inspira, não a soberania nacional. Eles protegem os direitos humanos que são inerentes a toda pessoa humana, sendo, portanto, anteriores e superiores a qualquer forma de organização política. O estado existe para o ser humano, e não vice-versa<sup>505</sup>.

Segundo, Lidia Santos, ao tratar de soberania e jurisdição penal:

Todos los aspectos de la jurisdicción, en general, son cuestiones muy sensibles y vinculadas a la soberanía nacional, pero en el ámbito penal esa relación sensible se incrementa extraordinariamente y los Estados se sienten muy celosos de ese ámbito de soberanía y competencia.<sup>506</sup>

Como observa Rubén AldereteLobo, ao tratar da possibilidade da transferência da execução penal de presos estrangeiros através de previsão em tratados:

Debe recordarse que la celebración de un tratado con una potencia extranjera es una de las máximas expresiones del imperio del Estado,

<sup>503</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 182, p. 27-54, 1993.

<sup>504</sup> CANEDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*, cit., p. 33.

<sup>505</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Jornal do Brasil*, 20.12.1998.

<sup>506</sup> Cooperación jurídica en Europa y el traslado de personas condenadas. Ponencias en las III Jornadas sobre los españoles privados de libertad en el extranjero, Universidad Carlos III, citado por ALDERETE LOBO, Rubén. p. 260.

y de allí que el poder soberano de este se encuentre lejos de verse resignado mediante el traslado de un condenado a otro país. Por el contrario, el cumplimiento del acto emanado de la voluntad de dos naciones refuerza el reconocimiento internacional de la soberanía nacional al tenerse como válidas y ejecutables en el extranjero, las sentencias dictadas en el ámbito de una jurisdicción ajena. Mediante la instrumentación del instituto, se demuestra la firme intención de la Nación de cumplir con las obligaciones internacionales que comprometen a que, en nuestro país (Argentina), el fin único de la ejecución de las penas privativas de la libertad sea la reinserción social del condenado, y en este sentido armónico es que debe interpretarse la noción de soberanía en cada caso concreto.<sup>507</sup>

Também sobre a dificuldade que o arraigado apego ao conceito de soberania em relação ao instituto, João Marcello de Araújo Júnior afirma:

Como se vê, é chegado o momento de repensar-se o nosso direito positivo em matéria de cooperação internacional, no sentido de abandonarmos a velha e antiquada idéia de soberania petrificada. A admissão da execução de sentença penal estrangeira não importa em violação do poder de império nacional, pois, ao contrário, o reafirma. Quando um Estado decide executar em seu território uma decisão de tribunal estrangeiro, prolatada contra um seu nacional, está, isto sim, exercendo um ato positivo de soberania.<sup>508</sup>

Do mesmo modo, afirma Polaino Navarrete que, na Espanha, “Los convenios internacionales no van en perjuicio de las facultades del derecho de soberanía de cada Estado interviniente, sino que constituye un médio instrumental puesto al servicio de la realización de las mismas”<sup>509</sup>.

Sobre a soberania, perguntam apropriadamente Borja Mapelli e Isabel Cano:

Si las decisiones orientadas a resolver intereses particulares no han tenido dificultades para traspasar las fronteras, ¿cómo puede ser que cuando se trata de decisiones que protegen bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia social, como la vida o la libertad, no se produzca, al menos, el mismo reconocimiento?<sup>510</sup>

A respeito da alegada violação de soberania que ocorreria quando um preso estrangeiro para de cumprir a pena no país cuja legislação violou, a melhor resposta é dada por eles mesmos:

<sup>507</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 270.

<sup>508</sup> ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. Tratado sobre transferência de presos com outros países in Revista do CNPCP, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 1993, p. 50.

<sup>509</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal*. Parte general, tomo I, Barcelona, Bosch, 1990, p.180.

<sup>510</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 2



Qué mayor reconocimiento de la soberanía de un Estado puede, encontrar-se, mas allá de la posibilidad de que las resoluciones de sus tribunales sean respetadas, reconocidas y ejecutadas por otro Estado?<sup>511</sup>

Como se vê, a alegada violação à soberania nao pode ser obstáculo à aplicação do Instituto. Sobre isto oportuno observar o que foi recomendado no IX Congresso Internacional de Direito Penal (Haia, 23-30 de agosto de 1964):

Sección IV: Efectos internacionales de las sentencias penales.

I- Consideraciones generales

1. En principio, es de recomendar que las decisiones penales adoptadas en un Estado puedan ser reconocidas en otro Estado. Un reconocimiento de esta suerte no es incompatible con la idea de soberanía. En efecto, el nacionalismo excesivo que divide a los pueblos ha cedido el passo en muchos casos, y muy en particular en materia de Derecho penal, a una voluntad de cooperación que es conforme a la solidaridad internacional. En esta misma línea, las dificultades prácticas que suscita la aplicación de sentencias penales extranjeras pueden ser superadas gracias a las recientes aportaciones del Derecho comparado.<sup>512</sup>

### 7.3 O cumprimento da pena na localidade do condenado

O empenho para que o condenado cumpra sua pena em sua localidade, no seu meio social, próximo à sua família e a seus amigos, não é nem capricho e nem um esforço desacompanhado de forte razão humanista, jurídica, econômica e social. Desde há muito que se busca isso.

A legislação há muito recomendava o cumprimento da pena em local próximo à família. Neste sentido, se constata que o art. 48, do Código Criminal do Império (1830), determinava que, no caso de prisão simples, estas penas deviam ser executadas “na maior proximidade possível dos lugares dos delitos”. No mesmo sentido se encontra o Código Penal da República (1890), pois o art. 409 das Disposições Gerais estipulava que se mantivesse o “regime atual”, vale dizer, o disposto no Código de 1830, até que entrasse em vigência o “sistema penitenciário”.

<sup>511</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 2.

<sup>512</sup> Resoluciones de los Congressos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-2000), nº 23, 2012, p. 74.

Na redação original do Código Penal de 1940 também se encontrava a possibilidade, para não dizer recomendação, do cumprimento de penas próximos à família. É o que estabelecia o art. 29: “ou à falta em seção especial de prisão comum” que nada mais era do que a prisão da cidade. Como se sabe, em 1977 foi aprovada a Lei nº 6.416 de 24 de maio, que introduziu importantes alterações na legislação penal. Uma dessas modificações foi a determinação expressa de “o cumprimento da pena em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado” (art. 30, §6º, III).

A legislação atual não é diferente. A regra determinada pelo ordenamento jurídico é de que a execução da pena ocorra na comarca na qual o crime foi cometido e onde foi proferida a sentença condenatória. Contudo, especialmente a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de execução em local distinto do da condenação, notadamente, quando a transferência for para localidade próxima ao meio social e familiar do sentenciado. Isto tem ocorrido com base na LEP, bem como em razão de diversos documentos de caráter humanista.

O CNPCP, na sua Resolução nº05/99, assevera:

Art. 15 – Possibilitar o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próximos à residência da família do condenado.<sup>513</sup>

O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária<sup>514</sup>, divulgado em 2015, no item *Medida 4: Fortalecimento da política de integração social no sistema prisional*, destaca a necessidade de:

Elaborar um programa integrado com outros Ministérios e Poderes, que envolva ações sociais, familiares, educacionais e laborais;  
Respeito à dignidade humana dos presos e seus familiares;

Isto também é recomendado pela *Resolução sobre as condições das prisões na União Europeia*, no item 2:

2. Apela energicamente para que seja tomada em consideração a esfera familiar dos condenados, favorecendo em particular a detenção em estabelecimentos prisionais situados perto do local de residência da família do preso e promovendo a organização de visitas de familiares e de pessoas da sua intimidade, disponibilizando instalações específicas para o efeito, uma vez que a presença do

<sup>513</sup>Resolução nº 05, de 19.07.1999, dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências. Publicado no DO de 27.07.1999 – Seção 1.

<sup>514</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em 17.08.2017, às 23:06 hs.

cônjuge e dos filhos tem sempre um papel muito benéfico para a regeneração, a responsabilização e a reinserção civil dos detidos; solicita, além disso, que quando os dois cônjuges sejam privados de liberdade, e excepto se razões de tratamento e segurança o desaconselharem, se fomente a sua plena convivência, criando para tal sectores mistos;

Mesmo que se entenda que não existe um direito subjetivo à transferência do condenado para seu local de origem ou para onde reside sua família, isto tem sido permitido e até recomendado tanto pelos tribunais como por documentos programáticos.

Interessantemente, a LEP, inclusive, recomenda isto para o preso provisório:

Art. 103- Cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Em relação ao condenado que se encontre cumprindo pena, cabe ao juiz da execução, em conformidade com a LEP, decidir sobre o cumprimento da pena ou medida de segurança em outra comarca:

Art. 66- Compete ao juiz da execução: g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca.

Veja-se que a própria LEP prevê a possibilidade de um condenado cumprir a pena em localidade diversa da que ocorreu o crime e a condenação:

Art. 86 – As penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, estabelecimento local ou da União.

A inspiração para esse posicionamento legal pode ser encontrado no CNPCP que antes da elaboração da LEP já defendia isso como diretriz de política penitenciária:

Resolução nº 4, de 25 de junho de 1984<sup>515</sup>.

1. O condenado, com decisão transitada em julgado, primário ou reincidente, poderá requerer sua transferência para estabelecimento penal de outra unidade federativa, desde que compatível com a natureza e as finalidades da pena.

---

<sup>515</sup> Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2001, ano 1 (1981-2001), p. 25-26.

6. O pedido de transferência deverá ser examinado, também, à luz da conveniência e oportunidade de ajustar-se o condenado ao seu ambiente de origem, ou residência familiar.

Para que ocorra a transferência, o juiz da execução deve autorizá-la e deve expor as razões que a recomendam.

O exame de casos concretos demonstra que, quando a justiça nega essa modalidade de transferência, é por defesa de interesse público, especialmente segurança e ordem pública.

Por outro lado, é preciso ver algumas das vantagens de cumprir pena perto do local ao qual é vinculado sociologicamente. Desnecessário discorrer sobre o abandono que atinge o encarcerado. Na grande maioria das vezes, é ele esquecido pela sociedade, pelos amigos e até por membros de sua família. Quase sempre, quando mantém algum vínculo pessoal e afetivo, isto se dá com alguns membros de sua família e com poucos amigos. Isto ocorre especialmente através de visitas preestabelecidas, como determinado na LEP: “Art. 41- Constituem direitos do preso: X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dia determinados”.

É pacífica a aceitação de que, para o bom resultado do tratamento penitenciário, o convívio com a família e os amigos é indispensável. Para tanto, a LEP reconhece a importância de o preso manter contato com sua família e amigos:

Art. 90 – A penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação.

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:  
I- visita à família;

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

II-fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

Na LEP, constata-se que, durante o cumprimento da pena, a participação da comunidade e da família do preso, de seus amigos e entes queridos é possível e recomendável: “Art. 4. O Estado deve recorrer à

cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”

Sobre a proximidade da família e dos amigos com o condenado, Borja Mapelli e Isabel Cano afirmam:

Desde esta perspectiva, la experiencia acumulada en el mundo penitenciario demuestra que los reclusos reaccionan positivamente a una concepción progresiva de la pena de prisión y dicha progresión resulta aun más eficaz se aquél, al salir dosificadamente del centro, se encuentra próximo a una familia o grupo o, al menos, puede dedicarse a una ocupación laboral normalizada. Todo ello resulta más fácil de obtener si el condenado es liberado por vez primera cerca de donde tiene su residencia habitual o donde se encuentra su familia o grupo.<sup>516</sup>

E, sobre a transferência da execução do preso estrangeiro, também registram que “la doctrina ha destacado las razones humanitarias del traslado, que ahorra al extranjero-recluso las penurias de la incomunicación y alejamiento familiar, social y cultural, sumadas a las de la propia privación de libertad”<sup>517</sup>. Com base nisso, afirmam que se defende um conceito de reinserção social mais vinculado à ideia de humanizar a justiça penal, que a de conseguir que no futuro o condenado deixe de cometer novos crimes<sup>518</sup>.

Sobre isso, é oportuno transcrever o pensamento do Professor César Barros Leal:

é de fundamental importância desmistificar o raciocínio de que a prisão deve ter como fim precípua a ressocialização dos condenados, até porque é cediça a compreensão de que não se pode ensinar no cativeiro a viver em liberdade, descabendo cogitar-se de ressocializar quem de regra sequer foi antes socializado. Surpreendentemente, apesar de tudo, a reabilitação, como meta a ser alcançada, inscreve-se em quase todas as legislações do mundo e é cobrada por quantos vêem nas altas cifras de recidiva [...] a prova de todas as mais cabal da falência do sistema penitenciário.<sup>519</sup>

Os trechos citados no capítulo 6 deste trabalho, de Evandro Lins e Silva, Heleno Claudio Fragoso e César Leal, a respeito dos males do encarceramento, como já dito, são muito mais agravados quando ocorrem em

<sup>516</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas*, cit., p. 35.

<sup>517</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas*, cit., p. 36.

<sup>518</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALAES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas*, cit., p. 36.

<sup>519</sup> LEAL, César Barros. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos direitos humanos dos presos, cit. p. 10.

terra estranha, com costumes, idioma e alimentação diferentes e, principalmente, distante de sua família e de seu meio social.

A LEP e diversos documentos programáticos, seja de caráter nacional ou internacional, dão reconhecido destaque ao papel que a família e a comunidade têm na busca da reintegração social do apenado, bem como para minorar os gravíssimos danos inerentes ao aprisionamento<sup>520</sup>.

Sobre isto, as *Regras Mínimas* da ONU sobre o tratamento devido aos presos estipulam:

Contato com o mundo exterior.

37- Os presos estarão autorizados a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família e com amigos de boa reputação, tanto por correspondência como por meio de visitas.<sup>521</sup>

Ainda sobre a recomendação do preso manter contato com sua família, as *Regras Mínimas* da ONU prescrevem:

Relações sociais, ajuda pós-penitenciária.

79. Será olhado, particularmente, pela manutenção e melhoramento das relações entre o preso e sua família, quando estas estejam convenientes para ambas as partes.

80. O futuro do preso, depois de sua liberdade, será sempre levado em conta, desde o princípio da condenação. Deve-se animá-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas e, ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim, como sua própria readaptação social.

Sobre o tema, as *Regras Mínimas* do Brasil asseveram:

Capítulo XI – Do Contato com o mundo exterior.

Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas.

<sup>520</sup> A importância da família pode ser constatada até mesmo pela referência a ela feita na Constituição da República, ao afirmar: “Art. 226, § 8º- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. Como se sabe, o conceito de família vem sendo alterado nos últimos anos. Hoje, se reconhece como família a união de pessoas do mesmo sexo e a união estável. Desse modo, esses membros familiares podem e devem participar do cumprimento da pena.

<sup>521</sup> Notificação de falecimento, enfermidade e transferências. 44. “a) Em casos de falecimento do prisioneiro, ou de enfermidade ou acidentes graves, ou de sua transferência para um estabelecimento de enfermos mentais, o diretor informará imediatamente ao cônjuge, se o prisioneiro for casado, ou ao parente mais próximo ou a qualquer outra pessoa designada previamente pelo preso. b) O prisioneiro será informado, imediatamente, do falecimento ou enfermidade grave de um parente próximo. Em caso de enfermidade grave da dita pessoa, deve ser autorizado ao preso ir visitá-la, conforme as circunstâncias, só ou sob custódia. c) Todo prisioneiro terá direito de comunicar, imediatamente, à família, sua prisão ou sua transferência para outro estabelecimento”.

Art. 36. A visita ao preso do cônjuge; companheiro, família, parentes e amigos deverá observar a fixação dos dias e horários próprios.

Art. 37. Deve-se estimular a manutenção e o melhoramento das relações entre o preso e sua família.

Sobre isto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece:

Art. XVI. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 determina:

Art. 23. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá direito à proteção da sociedade e do Estado.

Não é diferente a orientação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966:

Art. 10. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

A família também é reconhecida como de grande importância na Convenção Americana sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José, 1969):

Art. 17 – Proteção da família. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

A Lei de Migração coloca a família em destaque nos Princípios e Garantias, afirmando que:

Art. 3º - A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: VIII- garantia do direito à reunião familiar.

A jurisprudência nacional recomenda que, sempre que possível e desde que seja oportuno, deve o condenado cumprir sua pena em local próximo à sua família e ao seu meio social, cultural e afetivo<sup>522</sup>.

#### **7.4 Recomendações, resoluções e propostas de modelos para transferência de pessoas condenadas**

As condições de cumprimento de pena por parte dos presos sempre inquietaram a ONU. Isto é demonstrado pela discussão do tema durante o 1º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, (Genebra, 1955) no qual se elaboraram as *Regras Mínimas para o tratamento do preso*.

Como apontado, a situação dos presos estrangeiros também foi tratada pela ONU no V Congresso realizado em Genebra, em 1975, e no VI Congresso ocorrido em Caracas, em 1980, nos quais foi indicada como solução a transferência de presos estrangeiros condenados para seus países de origem com o objetivo de aí cumprirem pena. A partir desse último evento, a ONU tem estimulado seus países membros para darem “prioridade à elaboração de um modelo de acordo para a transferência de presos, a fim de, quanto antes possível, submetê-lo à consideração da Assembleia Geral”. Eis o texto na íntegra:

##### **RESOLUÇÃO 13. TRANSFERÊNCIA DE DELINQUENTES.**

O Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes

Considerando que dos aperfeiçoados meios de transporte e de comunicação, bem como do desenvolvimento dos recursos econômicos e financeiros, com a decorrente mobilidade das pessoas, tem resultado progressiva internacionalização do crime e conseqüente grande número de presos estrangeiros nas prisões de muitos Estados-Membros,

Consciente de que dificuldades de comunicação, devidas à barreiras linguísticas e desconhecimento da cultura e dos costumes locais, bem como a ausência de contatos com parentes e amigos, podem constituir excessivo sofrimento para as pessoas que cumprem pena em país que não é o seu.

---

<sup>522</sup> TRF-2 - HABEAS CORPUS HC 201402010079422 RJ (TRF-2). Data de publicação: 19/11/2014. 2ª Turma Especializada. Relatora Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER.



Reafirmando o direito de todo e qualquer Estado formular e pôr em prática, no campo da prevenção e do controle do crime, a sua própria política e os seus próprios programas nacionais, conforme as suas próprias necessidades e prioridades, como ficou expresso na Resolução 32/60, de 8 de dezembro de 1977, da Assembléia Geral,

Reconhecendo a conclusão a que chegou o Comitê para Prevenção e Controle, no seu Plano Internacional de Ação, que requer cooperação internacional a fim de instituir os necessários procedimentos para que os condenados estrangeiros possam retornar ao seu país e ali cumprir a pena, desse modo facilitando o processo da sua reintegração no convívio social,

Observando que tais procedimentos já foram instituídos ou a eles vem sendo dada atenção em muitos Estados-Membros, especialmente desde o Quinto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes,

Tendo presente que a tarefa de elaboração de normas a respeito de transferência de delinqüentes foi considerada prioritária pelo Comitê para Prevenção e Controle do Delito, na sua quarta sessão,

1. Insta os Estados-Membros a cogitarem da instituição de procedimentos em cujos termos tais transferências de delinquentes possam ser efetuadas, admitindo que qualquer um dos ditos procedimentos só poderá ser aplicado com a concordância de ambos os países, o remetente e o recebedor, cada um deles com o consentimento do preso ou no interesse dele.
2. Solicita ao Secretário-Geral que sejam fornecidos ou facilitados assessoramento e apoio técnico e profissional aos Estados-Membros que, interessados em instituir tais procedimentos, assim requeiram.
3. Pede ao Comitê para a Prevenção e Controle do Delito que dê prioridade à elaboração de um modelo de acordo para a transferência de presos, a fim de, quanto antes possível, submetê-lo à consideração da Assembléia-Geral.<sup>523</sup>

Armida Miotto informa que “o documento de trabalho básico para as atividades preparatórias do Congresso, ao cuidar do 5º tema, alude às recomendações e resoluções do VI Congresso”, dentre as quais, encontra-se como já noticiado a transferência de presos<sup>524</sup>. Informa a mesma autora que acompanhava esse trabalho um anexo intitulado *Diretrizes para a matéria de uma nova ordem econômica internacional*, no qual são apresentados quarenta e oito parágrafos, subdivididos em quatro grupos (A, B, C e D). Precisamente, no grupo D, § 40, intitulado *Modalidades de Cooperação Internacional*, encontra-se a seguinte recomendação: “deveriam ser menos complicados e mais eficazes os métodos de cooperação internacional em questões penais tais

<sup>523</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros, preocupação da ONU*, cit., p. 223-224.

<sup>524</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros, preocupação da ONU*, cit., p. 225.

como [...] transferência de presos e supervisão dos liberados condicionalmente em outros países”. Para tanto, se recomenda a elaboração de modelos apropriados de instrumentos entre países, bem como acordos regionais amplos<sup>525</sup>.

Por sua vez, no VII Congresso da ONU, realizado em Milão (1985), foi preparado um projeto de *Modelo de Acordo a respeito de transferência de presos estrangeiros*, (Resolução nº 40/32 de 29 de novembro de 1985), pelo qual caberia ao país solicitante a administração da execução da pena. Também fica clara nesse documento a preocupação com a dignidade do preso, buscando proteger seus direitos e alcançar sua reintegração social, observando que isso deve estar alicerçado no respeito mútuo da soberania e da jurisdição nacionais. O texto proposto é o seguinte:

#### **MODELO DE ACORDO A RESPEITO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS.**

O Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes,

Tendo em vista a Resolução 13 do Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, na qual instava os Estados-Membros a cogitarem da instituição de procedimentos que permitissem efetuar transferência de delinqüentes,

Reconhecendo as dificuldades sofridas pelos presos estrangeiros que se encontram nos estabelecimentos penais fora do seu país, devidas a fatores tais como diferença de língua, de cultura, de costumes e de religião,

Considerando que o melhor modo de alcançar a reintegração no convívio social dos delinquentes, presos no estrangeiro, consiste em possibilitar-lhes o cumprimento das respectivas penas no seu país de origem ou de residência,

Convencido de que seria de suma conveniência instituir procedimentos para a transferência de presos, de caráter bilateral ou multilateral,

1. Aprova o modelo de acordo a respeito de transferência de presos estrangeiros, nos termos do Anexo I da presente Resolução;
2. Aprova as recomendações a respeito de tratamento de presos estrangeiros, no termos do Anexo II;
3. Insta os Estados-Membros a facilitarem o regresso dos presos estrangeiros a seu país, com fundamento neste modelo e seus

---

<sup>525</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros, preocupação da ONU*, cit., p. 225.

anexos, e a informar periodicamente o Secretário-Geral quanto a qualquer progresso nesta área;

4. Pede-se ao Secretário-Geral que ajude os Estados-Membros, que assim requeiram, a elaborar acordos visando a transferência de presos estrangeiros, nesse sentido periodicamente informando o Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência.<sup>526</sup>

Sobre o ponto, é necessário transcrever o Anexo I que cuida especificamente do tema:

**Projeto de Modelo de Acordo a respeito de Transferência de presos Estrangeiros.**

Preâmbulo

..... e .....

Desejosos de fomentar a cooperação mútua em matéria de Justiça Penal,

Estimando que tal cooperação haja de promover os fins da Justiça e a reintegração no convívio social das pessoas condenadas,

Considerando que para alcançar esses objetivos é necessários que, aos estrangeiros privados da sua liberdade, em decorrência do cometimento de algum crime, seja possibilitado cumprir a pena no seio da sua própria sociedade,

Convencidos de que o melhor modo de alcançar esse fim consiste em transferir os presos estrangeiros para seus próprios países,

Tendo presente que é preciso zelar para que sejam plenamente respeitados os direitos humanos consagrados em princípios universalmente reconhecidos,

Convieram no seguinte:

I – Princípios gerais

1. Deverá ser promovida a reintegração dos delinquentes no convívio social, facilitando, com a máxima brevidade, às pessoas penalmente condenadas no estrangeiro, o regresso ao país da sua nacionalidade ou residência, a fim de ali cumprirem a pena. Nesse sentido, os Estados devem reciprocamente prestar a maior cooperação possível.

2. A transferência de presos deverá ser fundamentada no respeito mútuo da soberania e da jurisdição nacionais.

3. A transferência de presos poderá efetuar-se nos casos em que a pena cominada e aplicada para o crime que ocasionou a condenação for privativa de liberdade tanto no Estado remetente (sentenciador) como no Estado a que deve ser feita a transferência (administrador), de conformidade com a legislação interna. Poderão ser excluídos os crimes de caráter político, bem como os meramente fiscais e militares.

<sup>526</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros, preocupação da ONU*, cit., p. 227-228.

4. A transferência pode ser solicitada tanto pelo Estado sentenciador como pelo Estado administrador. Tanto o preso como seus parentes mais próximos podem manifestar seu interesse pela transferência, a qualquer um de ambos os Estados.
5. A transferência dependerá do acordo entre o Estado sentenciador e o Estado administrador, bem como do consentimento do preso.
6. O preso deverá ser cabalmente informado a respeito da possibilidade de transferência e das consequências jurídicas dela decorrentes, como também e principalmente quanto a poder ou não ser julgado por outros crimes cometidos antes da transferência.
7. A transferência, embora sendo para o país da sua nacionalidade ou residência, só poderá ser efetuada com o consentimento livremente expresso pelo preso.
8. Deverá ser possibilitado ao Estado administrador verificar o livre consentimento do preso.
9. Tratando-se de pessoas incapazes para manifestar livremente a sua vontade, seu representante legal será competente para consentir na transferência.
10. As normas relativas à transferência de presos serão aplicáveis nos casos de condenação a pena privativa da liberdade e de imposição judicial de medida privativa da liberdade em razão da prática de um fato-crime.

#### II – Outros requisitos

11. A transferência só poderá ser efetuada com fundamento em sentença passada em julgado.
12. Ao ser solicitada a transferência, deverão ainda faltar por cumprir pelo menos seis meses de pena; entretanto, a transferência deverá ser concedida também quando a pena aplicada seja de duração indeterminada.
13. A pessoa transferida para cumprimento de pena aplicada no Estado sentenciador, não poderá ser novamente julgada no Estado administrador, pelo mesmo fato objeto da sentença em que foi aplicada a pena que está cumprindo.

#### III – Normas de procedimento.

14. As autoridades competentes do Estado administrador deverão: a) continuar a execução da pena imediatamente ou mediante ordem judicial ou administrativa, ou b) modificar a sentença, a fim de substituir a sanção imposta no Estado sentenciador pela sanção prevista para o mesmo crime pela legislação do Estado administrador.
15. Em caso de continuação da execução, o Estado administrador será obrigado a respeitar o caráter jurídico e a duração da pena ou da medida, na forma estabelecida pelo Estado sentenciador. Não obstante, se, pelo seu caráter ou pela sua duração, forem incompatíveis com a legislação do Estado administrador, poderá este

adaptá-los ao que a sua própria legislação prescreve para os crimes análogos.

16. Em caso de modificação da sentença, será facultado ao Estado administrador adaptar o caráter ou a duração da sanção, de conformidade com a sua legislação nacional, levando devidamente em conta a sentença proferida no Estado sentenciador. Entretanto, as sanções que implicam privação de liberdade não poderão ser transformadas em sanções pecuniárias.
17. O Estado administrador será obrigado a respeitar as conclusões a respeito dos fatos, constantes da sentença proferida no Estado sentenciador. Assim sendo a competência para revisão da sentença é exclusivamente do Estado sentenciador.
18. A parte da pena privativa da liberdade já cumprida pelo condenado em qualquer dos Estados, deverá ser inteiramente deduzida.
19. Em caso algum a transferência poderá redundar em agravamento da situação do preso;
20. Qualquer despesa, ocorrida em virtude da transferência deverá ser custeada pelo Estado administrador, a não ser que ele e o Estado sentenciador tenham decidido diversamente.

#### IV – Execução e indulto

21. A execução penal será regida pela lei do Estado administrador.
22. Tanto o Estado sentenciador como o Estado administrador serão competentes para conceder indulto ou anistia.

#### V – Cláusulas finais

23. O presente acordo será válido para execuções de penas aplicadas e medidas impostas tanto em sentenças anteriores como posteriores à sua entrada em vigor.
24. O presente acordo é sujeito a ratificação. Os instrumentos de ratificação deverão ser, com a brevidade possível, depositados em .....
25. O presente acordo entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data em que tenha sido efetuada a troca dos instrumentos da ratificação.
26. Cada uma das Partes Contratantes poderá denunciar o presente acordo mediante notificação escrita ao ..... A denúncia terá efeito dentro do prazo de seis meses contados da data em que a notificação tenha sido recebida por .....

Em testemunho do que, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmam o presente Tratado.

Da mesma forma, o VIII Congresso da ONU realizado em Havana (1990), aprovou um Modelo de tratado sobre *Transferência da Supervisão dos Delinquentes Beneficiados com a Suspensão Condicional ou com o Livramento*

*Condicional*. Nesse mesmo congresso foi aprovado um *Modelo de Tratado sobre a Transferência do Processo Penal*.

## 7.5 Delimitação teórica

Como já foi dito, a bibliografia sobre o tema em exame é reduzidíssima. No Brasil, não há um único livro publicado sobre a transferência de presos estrangeiros; encontrando-se, quando muito, alguns artigos, não em número superior a cinco. Em 2013, foi defendida dissertação de Mestrado na UFPE com o título *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana: Uma análise a partir do caso brasileiro*, do Defensor Público da União André Carneiro Leão.

Desse modo, constata-se, não há muitos estudos e nem exames mais aprofundados sobre os Acordos assinados pelo Brasil ou sobre as Convenções Internacionais relativas ao tema.

Para conhecer mais e entender adequadamente o Instituto em estudo e os Tratados assinados pelo Brasil que cuidam da transferência, é preciso proceder à delimitação teórica dos mesmos. Assim, passa-se agora ao exame de seus elementos constitutivos.

### 7.5.1 Denominação

Há várias denominações para o Instituto, dentre as quais podem ser citadas: *transferência de presos*, *traslado de presos*, *transferência de pessoas condenadas*, *repatriação de presos* e *intercâmbio de presos*. Nos EUA, utiliza-se *transfer*; nos países de língua hispânica, usa-se *traslado*, *canje* e *transferencia*.

Para Ela Wiecko<sup>527</sup> a melhor denominação é *transferência de pessoas condenadas*. Artur Gueiroz<sup>528</sup> informa que se utiliza a expressão *transferência de pessoas condenadas*, por razões de uniformidade, uma vez que é o termo, em regra, empregado nos Tratados firmados pelo Brasil.

---

<sup>527</sup> WIECKO, Ela. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16. Março de 2008, p. 235

<sup>528</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presosestrangeiros no Brasil*, p. 253, nota nº 1.

Para o Procurador da República e Professor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, Luis Silva Pereira<sup>529</sup>, a denominação utilizada para o instituto, que “visa possibilitar que uma pessoa condenada em pena ou sujeita a medida de segurança, privativas de liberdade, por um tribunal estrangeiro possa ser transferida para o seu país de origem para ali a cumprir”, é *transferência de pessoas condenadas*.

Para o penitenciário mexicano e ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sergio Garcia Ramires, a denominação mais adequada para o procedimento de transferir um preso estrangeiro para que cumpra pena em seu país de origem é *repatriación*<sup>530</sup>.

José Nicasio Dibur e Santiago DeLuca, autores argentinos de importante trabalho sobre o Instituto, utilizam *traslado de condenados nacionales*<sup>531</sup>. Por sua vez, Luis Marco del Pont, também autor argentino, usa, indistintamente, *intencambio, repatriación e canjedo reclusos*<sup>532</sup>. Já os espanhóis Borja Mapelli e Isabel Cano, autores do mais completo livro sobre o tema, escolheram para a referida obra a denominação *El traslado de personas condenadas entre países*<sup>533</sup>.

É importante recordar que a ONU, no seu VII Congresso sobre Prevenção ao Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão (1985), ao recomendar a utilização do Instituto, usou *transferência de presos estrangeiros*; já no seu VIII Congresso, efetuado em Havana (1990) preferiu a denominação *transferência de reclusos estrangeiros*.

Como se vê, a denominação não é uniforme. Em diversos documentos internacionais, se encontram diferentes expressões. Nos Acordos firmados pelo Brasil com a Argentina<sup>534</sup> (2001), com o Canadá<sup>535</sup> (1998), com a Espanha<sup>536</sup>

<sup>529</sup> CRUZ BUCHO, José Manuel e SILVA PEREIRA, Luís. *Cooperação internacional penal: Extradução e transferência de pessoas condenadas*, cit., p. 116.

<sup>530</sup> GARCIA RAMIRES, Sergio. in *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, Cardenas ed., México, 1978, p. 11.

<sup>531</sup> *El traslado de condenados nacionales a su país de origen* – Una forma reciente de cooperación internacional en matéria penal – La Ley, Buenos Aires, 2005.

<sup>532</sup> Intercambio de presos. *Revista de Informação Legislativa* a. 19, nº 73, jan./mar., 1982, p. 261-266.

<sup>533</sup> McGraw Hill, Madri, 2001.

<sup>534</sup> Celebrado em Buenos Aires, em 11 de setembro de 1998, promulgado pelo Decreto nº 3.875, de junho de 2001.

<sup>535</sup> Celebrado em Brasília, em 15 de junho de 1992, promulgado pelo Decreto nº 2.547, de 14 de abril de 1998.

(1998), com o Peru<sup>537</sup> (2006) e com o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte<sup>538</sup> (2002), usa *setransferência de presos*. No documento que trata da matéria assinado entre Brasil e Bolívia<sup>539</sup> (2007), usa *setransferência de nacionais condenados*. Os Acordos firmados pelo Brasil com Portugal<sup>540</sup> (2001), com o Chile<sup>541</sup> (1999), com o Paraguai<sup>542</sup> (2000) e a Venezuela<sup>543</sup> (2009) preferem *transferência de pessoas condenadas*. Esta opção também é feita pela *Convenção dos Estados membros da comunidade dos países de língua portuguesa* e pela *Convenção Europeia sobre transferência de pessoas condenadas*.

Os Tratados assinados com Angola<sup>544</sup> (2014), com o Suriname<sup>545</sup> (2016), Panamá<sup>546</sup> (2013), com o Mercosul<sup>547</sup> (2014) e com o Japão<sup>548</sup> (2016) falam em *transferência de pessoas condenadas*, e o assinado com os Países Baixos<sup>549</sup> (2013) prefere *Transferência de pessoas condenadas e execução de penas*.

A *Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior* optou por *transferência de pessoa condenada*.

O Tratado firmado entre os EUA e o México (1977) denomina-se *Tratado entre os Estados Unidos de América e os Estados Unidos Mexicanos sobre a*

---

<sup>536</sup> Celebrado em Brasília, em 7 de novembro de 1996, promulgado pelo Decreto nº 2.576, de 30 de abril de 1998.

<sup>537</sup> Celebrado em Lima, em 25 de agosto de 2003, promulgado pelo Decreto nº 5.931, de 13 de outubro de 2006.

<sup>538</sup> Celebrado em Londres, em 20 de agosto de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.107, de 28 de janeiro de 2002.

<sup>539</sup> Celebrado em La Paz, em 26 de julho de 1999, promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20 de junho de 2007.

<sup>540</sup> Celebrado em Brasília, em 5 de setembro de 2001, promulgado pelo Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006.

<sup>541</sup> Celebrado em Brasília, em 29 de abril de 1998, promulgado pelo Decreto nº 3.002, de 26 de março de 1999.

<sup>542</sup> Celebrado em Brasília, em 10 de fevereiro de 2000, promulgado pelo Decreto nº 4.443, de 28 de outubro de 2002.

<sup>543</sup> Celebrado em Caracas, em 27 de junho de 2008, promulgado pelo Decreto nº de 2009

<sup>544</sup> Celebrado em Brasília, em 3 de maio de 2005, promulgado pelo Decreto nº 8.316, de 24 de setembro de 2014.

<sup>545</sup> Celebrado em Paramaribo, em 16 de fevereiro de 2005, promulgado pelo Decreto nº 8.813, de 18 de julho de 2016.

<sup>546</sup> Celebrado em Panamá, em 10 de agosto de 2007, promulgado pelo Decreto nº 8.050 de 11 de junho de 2013.

<sup>547</sup> Celebrado em Belo Horizonte, em 2 de dezembro de 2004, promulgado pelo Decreto nº 8.315, de 24 de setembro de 2014.

<sup>548</sup> Celebrado em Toquio, em janeiro de 2014, promulgado pelo Decreto nº 8.718 de 25 de abril de 2015.

<sup>549</sup> Celebrado em Haia, em 23 de janeiro de 2009, promulgado pelo Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013.



*execução de sentenças penais*. Essa é também a denominação utilizada no Acordo firmado entre o governo da Espanha e o governo do Reino da Dinamarca (1972).

Outro importante documento, a *Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais* (1970) usa a denominação *execução de sentenças penais estrangeiras*.

Para mim, a melhor denominação é transferência da execução penal de condenados internacionais, porque não é necessariamente a pessoa do preso que é transferida e sim sua execução de pena. Essa distinção agora fica clara com a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, e com previsão de vigência a partir de 21 de novembro de 2017, chamada de Lei de Migração, pois, na Seção II, cuida-se *Da Transferência da Execução da Pena*:

Art. 100 – Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do bis in idem.

Por outro lado, na Seção III da mesma lei, há previsão “Da Transferência de Pessoa Condenada”:

Art.103 – A transferência de pessoa condenada poderá ser concedida quando o pedido se fundamentar em tratado ou houver promessa de reciprocidade.

Desse modo, não se pode, com a mesma denominação, abarcar dois institutos que não são necessariamente semelhantes. Essa distinção é fundamental porque, se a transferência da execução penal sempre ocorrerá, o mesmo não acontece no outro caso, pois necessariamente não tem de haver a transferência da pessoa condenada, como se verá.

O que se constata é que a denominação prevista nos Tratados bilaterais ou multilaterais nem sempre corresponde ao objeto contido nesses Documentos.

### **7.5.2 Conceito**

Para Wiecko<sup>550</sup>, o instituto da transferência de presos é “*Ato bilateral internacional discricionário, condicionado ao consentimento da pessoa transferida*”. Por sua vez, Gueiroz assinala que:

pode-se conceituar a transferência de presos como sendo o instituto pelo qual um Estado, denominado remetente – ou Estado da condenação – transfere a outro, chamado receptor – ou Estado da execução -, o cumprimento da sanção de natureza penal, permitindo que o condenado o faça no país do qual é originário.<sup>551</sup>

O mesmo autor afirma que se trata de “um ato bilateral internacional, por meio do qual se transporta a fase de cumprimento de determinada pena, em regra, privativa de liberdade, do país onde se encontra o estrangeiro para o país da sua nacionalidade”<sup>552</sup>. Interessantemente, ele próprio afirma em outro trabalho, a meu ver com maior acerto, que “Trata-se de um ato trilateral, uma vez que, além da concordância dos Estados envolvidos, o Remetente e o Receptor, pressupõe a aquiescência do indivíduo condenado”<sup>553</sup>.

Dibur e Deluca<sup>554</sup> afirmam que é “El instituto de traslado de condenados nacionales a su país de origen, para cumplir en éste el resto de la pena pendiente de ejecución dictada por el Estado de condena”.

Para Luis Silva Pereira “é a possibilidade de uma pessoa condenada em pena ou sujeita a medida de segurança, privativas de liberdade, por um tribunal estrangeiro possa ser transferida para o seu país de origem para alí a cumprir.”<sup>555</sup>

Para Rubén Alderete Lobo é “un novedoso instituto que posibilita que los condenados a penas privativas de libertad puedan, con su consentimiento, cumplirlas en su país de origen, aunque la sentencia firme haya sido dictada por un tribunal de un Estado distinto”.<sup>556</sup>

<sup>550</sup> WIECKO, Ela. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos*, cit., p. 243.

<sup>551</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 253.

<sup>552</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 272/273.

<sup>553</sup> GUEIROZ, Arthur. O instituto da transferência de condenados e a contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior, in *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 33.

<sup>554</sup> DIBUR, Jose Nicacio; DELUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen* (Una forma reciente de cooperación internacional en materia penal), La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 3.

<sup>555</sup> PEREIRA, Luis Silva, *Transferência de pessoas condenadas*, cit., p. 116.

<sup>556</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de la libertad*, p. 257.

Já Borja Mapelli e Isabel Cano é o “traslado de personas condenadas a su país de origen para que cumplan allí la condena impuesta por un tribunal extranjero.”<sup>557</sup>

Para mim, deve-se conceituar o Instituto como aquele que permite que o procedimento da execução penal seja transferido para o país do condenado internacional, para nele cumprir o determinado na sentença transitada em julgado (para a condenação) em conformidade com a legislação do país da execução.

### **7.5.3 Fundamento**

Certamente, para que o Instituto da *transferência* seja bem aceito e tenha bons resultados, é indispensável que se delimite e se saiba qual é sua razão de existir. Na maioria dos casos, é no preâmbulo dos Tratados que tais questões são apontadas.

Conforme exposto no Capítulo 3, a razão original que motivou as primeiras experiências para a repatriação e troca de pessoas privadas de sua liberdade ocorreu em períodos de conflitos bélicos e teve por fundamento razões econômicas e políticas, passando mais tarde a apresentar também caráter humanista.

Atualmente, pode-se afirmar que vários são os fundamentos para a realização da transferência de presos estrangeiros para seus países de origem.

Na maioria absoluta dos Tratados bilaterais ou multilaterais, nos preâmbulos, se encontra como fundamento a “cooperação internacional”, a “ajuda entre países”, a “busca da integração social do condenado”, “a melhor administração da justiça”; e há outros ainda, que tem por fundamento causas econômicas, práticas, a busca de melhorar as relações entre Estados, o ideal de justiça universal e, principalmente, o de coadunar-se com o objetivo reintegrador da condenação.

Gueiroz afirma que o instituto em exame surgiu “no escopo de atender a reclamos de diversas ordens”: superar os limites próprios da extradição, principalmente a não entrega de nacionais; de ordem econômica, em razão do

---

<sup>557</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas*, p. 1.

elevado custo financeiro que implica a execução penal; e também afirma que há um *quê* de irracionalidade, vez que, “o estrangeiro, via de regra, após o cumprimento de pena por delito julgado pelos tribunais de um país, é imediatamente expulso, sendo-lhe vedado o retorno àquele Estado.”<sup>558</sup>

Segundo assevera, há ainda uma razão de fundo “nacionalista”, pois o nacional tem responsabilidades para com o país de origem, o que, por sua vez, acarreta para o Estado “o dever de proteger e velar por seus nacionais, mesmo quando estes infringam leis estrangeiras.”<sup>559</sup>

Gueiroz reconhece, contudo, que:

Acima de tudo, o principal motivo que determinou o surgimento do instituto da transferência de prisioneiros, dando-lhe um colorido especial, foi o de atender a um apelo de ordem humanitária – minorar o sofrimento daquele que se encontra numa situação duplamente desafortunada: a de encarcerado e distante de seu círculo familiar e cultural.<sup>560</sup>

Sobre o fundamento do instituto, Borja Mapelli e Isabel Cano asseveram que:

El traslado de personas condenadas a su país de origen para que cumplan allí la condena impuesta por un tribunal extranjero constituye una de las manifestaciones del Derecho más sugerentes, tanto en la historia del Derecho Penal moderno, con el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia penal.<sup>561</sup>

E afirmam que:

Ello es así, no sólo porque es un paso trascendental en el reconocimiento de un espacio jurídico penal internacional, sino, sobre todo, porque, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las disposiciones en esta materia, preocupadas más bien por reforzar el poder punitivo de los Estados, mediante medidas que eviten las lagunas de impunidad, aquí, prima facie, se trata de disminuir el daño de la pena permitiendo que el condenado cumpla la misma cerca de su medio social y familiar.<sup>562</sup>

Afirma Bueno Arúsque o instituto:

responde a la reinserción como fin fundamental de la pena privativa de libertad, que ha sido la estrella polar durante décadas en el campo de la penología y que hoy día, aun habiendo decaído considerablemente su prestigio, todavía subsiste en textos internacionales y en ordenamientos estatales. Respondiendo a este

<sup>558</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 79.

<sup>559</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 80.

<sup>560</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit. p. 81.

<sup>561</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas*, p. 1.

<sup>562</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas*, cit., p. 1.

principio rector, la condena con independencia del lugar donde fue impuesta debe cumplirse en el Estado de la nacionalidad o aquel en el que el mismo tenga establecida su residencia.<sup>563</sup>

Por sua vez, conclui Alderete Lobo:

de este modo, queda claro que el fin resocializador en el traslado se nutre exclusivamente de razones humanitarias, ‘ahorrando al extrajero-recluso las penurias de la incomunicación y el alejamiento familiar, social y cultural, sumadas a las de propia privación de libertad.<sup>564</sup>

Para Gueiroz<sup>565</sup>, há vários interesses atendidos: a) atende ao Estado remetente, pois, pode retirar de seu território um indivíduo indesejado - o que acaba sendo um investimento sem retorno; b) atende ao Estado remetente por obstar a impunidade que ocorreria caso simplesmente expulsasse o autor do delito ocorrido em seu território, sem responder a processo ou cumprir a respectiva reprimenda penal; c) atende ao próprio preso, que cumpre pena longe de casa, de sua família e de seu idioma; e d) atende ao Estado receptor, por poder participar da ressocialização de seu nacional.

Do exame dos Tratados firmados pelo Brasil, se verifica que, no preâmbulo com o Canadá e com a Espanha, consta a mesma fundamentação e com redação semelhante: “Desejosos de promover a reabilitação social dos presos”. Com o do Chile, também fala em “reabilitação social”. O Acordo Brasil-Grã-Bretanha, igualmente, estipula: “desejosos de promover a reabilitação social de pessoas condenadas”.

Os Tratados firmados pelo Brasil com a Argentina e com o Paraguai têm a cooperação e a reinserção social como fundamentação, inclusive com a mesma redação: “promover a cooperação mútua em matéria de justiça penal” e em alcançar um dos objetivos da política criminal que é a “reinserção social das pessoas condenadas”. O Documento firmado com o Peru vê sua fundamentação em “facilitar a reabilitação social” e na “oportunidade de cumprir sua pena dentro de sua própria sociedade”.

<sup>563</sup> BUENO ARÚS, *El procedimiento de traslado y los convenios firmados por Espanha*. Disponível em <http://www.espamundo.org>. Acesso em 11.04.2016 às 15:00 hs.

<sup>564</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 264.

<sup>565</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 34.

O Tratado Brasil-Bolívia igualmente fala em “cooperação em matéria de justiça penal e também reconhece que o objetivo das penas é o da reinserção social”.

O Acordo Brasil-Venezuela estabelece que “Motivados pelo desejo de desenvolver relações de cooperação em matéria penal, especificamente no que se refere à execução de sentenças penais”; reconhece que a cooperação enaltece os objetivos da Justiça e permite a reabilitação de pessoas condenadas; e “Desejando adotar mecanismos que facilitem a referida reabilitação das pessoas condenadas”.

O Tratado de Estrasburgo também traz por fundamentação em sua *Exposição de Motivos* o “reforço dos vínculos de união entre os membros do Conselho da Europa ao desenvolvimento da cooperação internacional em matéria penal ao serviço que se presta a uma boa administração da justiça”.

O Tratado Brasil-Portugal é mais amplo, afirma que sua fundamentação está nos laços de fraternidade, amizade e cooperação, boa administração da justiça, respeito pelos direitos do homem diante das normas e princípios universalmente reconhecidos. É isso que afirma o preâmbulo do referido Acordo:

Animados pelos laços de fraternidade, amizade e cooperação que presidem as relações entre ambos os países; Desejando aprofundar esse relacionamento privilegiado no campo da cooperação em áreas de interesse comum; Desejando reforçar a cooperação judiciária mútua, em matéria penal; Cientes de que essa cooperação deve, em atenção aos interesses da boa administração da justiça, contribuir para a reinserção social das pessoas condenadas; [...] Tendo ainda presente que deve ser garantido o pleno respeito pelos direitos do homem decorrentes das normas e princípios universalmente reconhecidos.

A *Convenção Europeia*(1970) fala em “respeito à dignidade humana e promover a reabilitação dos delinquentes” e “alcançar a maior unidade entre os membros do Conselho da Europa e proteção da sociedade”. Determina o referido documento:

Considerando que a luta contra o crime, que está se tornando cada vez mais um problema internacional, apela à utilização de métodos modernos e eficazes em escala internacional; convencidos da necessidade de prosseguir uma política penal comum que vise a proteção da sociedade; conscientes da necessidade de respeitar a dignidade humana e promover a reabilitação de delinquentes; Considerando que o objetivo do Conselho da Europa é alcançar uma maior unidade entre seus membros.

Nos Tratados assinados pelo Brasil com o Panamá e com o Suriname, o fundamento anunciado é a “reintegração social” do condenado. No Tratado multilateral do Mercosul se afirma que é a “melhor realização da justiça mediante a reabilitação social” e sua “finalidade humanitária”.

No Acordo firmado com os Países Baixos, é a “cooperação internacional no campo do Direito Penal; no Tratado com Angola consta que é o de “reforçar a cooperação judiciária em matéria penal”, a “boa administração da justiça” e favorecer a reinserção social do condenado”.

No Tratado Brasil-Japão é a “Cooperação internacional”, “promoção da justiça e da reabilitação social de pessoas condenadas”.

No modelo proposto pela ONU, o fundamento é a reintegração social do condenado, mas também é de Direitos Humanos: “Reconhecendo as dificuldades sofridas pelos presos estrangeiros que se encontram nos estabelecimentos penais fora de seu país, devidos a fatores tais como diferença de língua, de cultura, de costumes e de religião.”

Em relação ao fundamento econômico, é importante registrar que o Tratado EUA-México foi, em boa medida, fundamentado pelas inúmeras críticas que se faziam ao tratamento que se dava aos americanos presos em território mexicano, afetando o ingresso de turistas americanos pelo desgaste que essa imagem provocava<sup>566</sup>.

Sobre a fundamentação, a Convenção Interamericana estabelece: “procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados Membros” [...] “Animados no desejo de cooperar a fim de assegurar melhor administração da justiça mediante a reabilitação social da pessoa sentenciada”.

Para mim, a fundamentação, mesmo que não esteja expressamente prevista nos documentos firmados, está essencialmente no caráter humanista do Instituto, isto é, diminuir o sofrimento do condenado, oferecendo-lhe melhores condições para o cumprimento da pena. Certamente, todas as causas referidas são fundamento para a aplicação do Instituto, mas não é o principal. É que razões de ordem econômica, de cooperação penal, laços de amizade, etc., podem existir em outros tipos de Tratados; contudo, os que

---

<sup>566</sup> ABBELL, Michael. *International prisoner transfer*, cit., p. 7.

cuidam de transferência de execução penal só se justificam por razões humanistas. É isso que lhes dá caráter especial. Mesmo a reintegração social, a meu ver, não é o principal fundamento, mesmo porque, pode ser que a mesma não seja alcançada. Isto já é reconhecido, como demonstrado, em alguns desses Tratados, v.g., e no modelo proposto pela ONU.

#### **7.5.4 Beneficiário**

Quando se efetua a transferência da execução penal de uma pessoa condenada para seu país, todos ganham. Ganha o Estado da condenação porque diminui os problemas que o sistema penitenciário apresenta quando tem condenados estrangeiros em seus estabelecimentos. Também é bom para o Estado que o recebe, porque exerce seu dever de proteção em relação a seus nacionais e porque pode efetivamente exercer seu tratamento penitenciário a alguém que pode ser reintegrado à sua sociedade.

Mas, não há como negar que o principal beneficiário e que é diretamente atingido pela aplicação do Instituto é o condenado, ao ter sua execução penal transferida para o país com o qual tem vínculos jurídicos, afetivos, culturais e sociais. É ele o principal beneficiário, porque certamente diminuirá seu sofrimento na execução de sua condenação em razão de muitas circunstâncias.

Como foi visto, o preso estrangeiro enfrenta outras tantas dificuldades além do aprisionamento. Dentre essas estão a dificuldade de comunicação por causa do idioma, as diferenças culturais, religiosas, de alimentação e, principalmente, como já examinado, o distanciamento de sua família e de seus amigos. Também, o preso estrangeiro tem muito mais dificuldade em receber benefícios legais se comparado ao preso nacional.

Por outro lado, não se pode desconhecer que ganha também a humanidade, porque vê alcançado mais um passo no processo de humanização na execução da pena.

O que resta examinar é saber quem é que pode ter sua execução de pena transferida para outro país. Do exame dos Tratados bilaterais firmados pelo Brasil, se constata que em todos eles os beneficiários são os *nacionais* - isto é pacífico. O que se deve investigar, portanto, é saber o que se deve



entender por nacionais e se são esses os únicos que podem ser beneficiados<sup>567</sup>.

É assim no Tratado com o Canadá, observando que se assevera que por nacional se entende “um cidadão canadense” e no caso do Brasil “a um brasileiro, como definido pela Constituição Brasileira”.

O mesmo ocorre no Acordo com a Espanha, registrando que os beneficiários são os nacionais espanhóis, isto é, um cidadão espanhol (Art. 2º, d). No caso do Chile também são os “nacionais chilenos”, devendo se entender por nacional chileno o que é definido como tal na Constituição Política do Chile (art. 2º, d).

Os Tratados firmados com a Argentina (art. 1º) e com a Bolívia (art. 1º) têm a mesma redação: estabelecem que os beneficiários são os “nacionais” da República Argentina e da Bolívia, respectivamente, observando que a “condição de nacional será considerada quando da solicitação de transferência”.

O Acordo com o Paraguai também tem por beneficiário o nacional paraguaio, esclarecendo que é nacional “toda pessoa de nacionalidade paraguaia, natural ou naturalizada, conforme o disposto na Constituição da República do Paraguai” (art. 2º, d).

O Tratado Brasil-Peru não é diferente e esclarece que os nacionais são aqueles cuja qualidade lhes é reconhecida pelos seus ordenamentos constitucionais (art. 1º, b). O Acordo Brasil-Venezuela limita-se a indicar quem é o nacional (art. 4º, a).

Para a Convenção de Estrasburgo os beneficiários são, como afirmado no preâmbulo, os estrangeiros condenados criminalmente.

---

<sup>567</sup> Nossa Constituição de 1988 estipula quem é nacional, isto é, quem é brasileiro: “Art. 12. São brasileiros: I- natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II – naturalizados: a) os que na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários dos países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.”

O mesmo se prevê na Convenção Interamericana, pois os beneficiários são os nacionais de outros Estados (art. II, a), isto é, os estrangeiros.

No Tratado Brasil-Grã-Bretanha afirma-se que “nacional” significa, em relação ao Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, e à Ilha de Man, “um cidadão britânico” (art. 1º, e, ii). Neste Tratado, há uma importante exceção, que consiste na possibilidade de não apenas o nacional ser transferido, vez que prevê que “Para fins do presente Acordo, as Partes podem requerer a transferência de qualquer pessoa, quando considerarem apropriada, devido a ligações que a pessoa possua com o Brasil, o Reino Unido ou a Ilha de Man.”

O Tratado Brasil-Portugal é igualmente abrangente, já que, em seu preâmbulo, além de beneficiar os nacionais, também o estende às “pessoas que neles tenham residência habitual ou vínculo pessoal” com o país receptor.

Os Tratados firmados com Angola e os Países Baixos estipulam que é o “nacional”; no do Suriname é o “nacional condenado”; no Acordo com o Panamá há uma importante extensão, pois além de prever o “nacional” (art. 1º), o art. 8º estende para o “residente permanente e habitual ou tenha vínculos familiares no Estado receptor que justifique sua transferência”.

O Tratado firmado entre o Brasil e Japão indica como beneficiário a “pessoa condenada”, mas, dilata seu alcance:

Art. 3º.1. a. – quando o Japão for o Estado administrador, a pessoa condenada enquadrar-se nas disposições da lei japonesa sobre a transferência transnacional de pessoas condenadas.

O modelo proposto pela ONU fala simplesmente em “presos estrangeiros” (item 3). No caso do Acordo multilateral do Mercosul também ocorre esse importante alargamento: “nacional ou residente legal e permanente do Estado receptor”. A Convenção Europeia tem mais amplitude, pois, por ela, pode se beneficiar “quem tem residência habitual no outro Estado” (art. 5º.a).

Na Convenção dos Países de Língua Portuguesa também é ampliada a possibilidade em relação aos possíveis beneficiários, e são estabelecidas, como condições específicas, que o condenado, se não for nacional, seja “residente legal e permanente do Estado da execução”.

Como se vê, via de regra, somente o nacional de um país pode ter sua execução penal transferida para esse território, embora isso venha sendo ampliado.

### **7.5.5 Objeto**

Nos Tratados relativos ao tema, o que se busca é a transferência da pessoa do condenado criminalmente ou a transferência da execução da pena privativa de liberdade do país onde ocorreu o crime para o país do condenado. Certamente, foi este o objeto original dos primeiros Acordos, especialmente os bilaterais. Observa-se que cada vez mais esse objeto vem sendo ampliado.

Para Gueiroz:

O conteúdo da transferência de prisioneiros gira em torno da pena privativa de liberdade. É ela, sem dúvida nenhuma, que movimenta toda a engrenagem de gestões diplomáticas e jurídicas que fazem com que, sem solução de continuidade, o desconto do tempo de prisão que recai sobre o apenado passe do território do Estado da Condenação para o território do Estado da execução.<sup>568</sup>

Não desconhece o citado autor<sup>569</sup> que a transferência pode ser também do cumprimento de “medidas de segurança, medidas sócio-educativas para adolescentes infratores ou substitutivos penais, como livramento condicional, pena restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outros.”

Não há dúvida de que o objeto em todos os tratados firmados pelo Brasil e em todas as Convenções multilaterais como são Convenção de Estrasburgo, Convenção Interamericana e Convenção Europeia é a pena privativa de liberdade.

No Tratado assinado pelo Brasil com Angola, consta que “condenação significa qualquer pena ou medida privativa de liberdade imposta em virtude da prática de um fato ilícito.” (art. 1º, a); no caso do Suriname, a previsão é para os casos em que há o cometimento de “crime” (art. 3º) e de “menor infrator” (art. 10); o Tratado firmado com o Panamá determina “pessoas condenadas ou sujeitas a regimes especiais” (art. 12.1); o Acordo com os Países Baixos fala em “pena”, entendida como “qualquer punição ou medida que envolva a privação da liberdade” (art. 1º. a).

---

<sup>568</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 90.

<sup>569</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 273/274.

No caso do Tratado do Mercosul, ao qual o Brasil aderiu, consta “qualquer pena privativa de liberdade” (art. 1º. 3) e “Condenação condicional” ou “liberdade condicional, antecipada ou vigiada” (art. 2º).

No modelo proposto pela ONU consta: “Item 3. A transferência de pessoas poderá efetuar-se nos casos em que a pena cominada e aplicada para o crime que ocasionou a condenação for privativa de liberdade.”

Por sua vez, o Tratado Brasil-Japão diz que é possível nos casos de “pena”, e esclarece: “Art. 1º- [...] “pena” significa qualquer punição que envolva privação da liberdade determinada por um tribunal por período determinado ou indeterminado em razão de um crime”.

Como afirmado, no início, a maioria dos Tratados tinha por objeto unicamente a pena de privação de liberdade. Apesar disso, percebe-se que há neles possibilidade de ampliação, e com o desenvolvimento do Instituto, isso ocorreu embora de forma irregular. É o que se constata ao permitir que pessoas que estão sob vigilância, liberdade condicional, suspensão condicional da pena e livramento condicional, antecipada ou vigiada, regime em meio aberto, liberdade vigiada e outras formas de supervisão sem detenção, vigilância ou outras medidas aplicadas a menores infratores, inclusive medidas privativas de liberdade, possam ser objeto de transferência.

Sobre o objeto, observam Borja Mapelli e Isabel Cano que:

Aunque inicialmente la mayor parte de los Convenios, incluyendo el europeo, están pensados para la pena de prisión, sin embargo, en todos ellos la falta de precisión en los términos empleados permite hacerlos extensivos a otras penas.<sup>570</sup>

Todos os tratados firmados pelo Brasil preveem como objeto a pena privativa de liberdade. Alguns desses Acordos têm como objeto, única e exclusivamente, a transferência do cumprimento de pena privativa de liberdade.

A esse respeito, é oportuno examinar os Tratados firmados pelo Brasil e ver também as Convenções multilaterais mais importantes.

No primeiro caso, se observa que, no Acordo Brasil-Bolívia, tem-se por objeto a transferência de pessoa que está cumprindo uma sentença condenatória de pena privativa de liberdade em estabelecimento penitenciário:

<sup>570</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 53.

“Art. II. Para os fins deste Acordo, entende-se que: c) “condenado” é a pessoa que está cumprindo uma sentença condenatória, de pena privativa de liberdade, em estabelecimento penitenciário.”

O mesmo Acordo, porém, também prevê a ampliação de seu objeto:

Art. XIII, 1. - Caso um nacional de uma Parte esteja cumprindo pena imposta pela outra Parte, sob o regime de condenação condicional ou de liberdade condicional, antecipada ou vigiada, poderá cumprir essa pena sob a vigilância das autoridades do Estado Receptor.

O mesmo é previsto no Tratado dos Países de Língua Portuguesa. Em seu preâmbulo afirma-se que a Convenção se destina “às pessoas que se encontrem privadas de sua liberdade em virtude de uma decisão judicial, a possibilidade de cumprirem a condenação no seu próprio meio social e familiar de origem”. O art. 1º esclarece ainda que “Para os fins da presente Convenção, a expressão “condenação” significa qualquer pena ou medida privativa da liberdade”.

O Tratado Brasil-Canadá é ainda mais abrangente, pois, além de ter por objeto precípuo a transferência de presos, diz que o termo “preso” se refere a uma pessoa julgada culpada por um crime e condenada no território de uma das Partes, e também prevê que pessoas sujeitas à medida de vigilância e de qualquer outra natureza possam ser alcançados pelo Acordo:

Art. IX – O presente Tratado poderá estender-se a pessoas sujeitas a medidas de vigilância e de qualquer outra natureza, de acordo com a legislação de uma das Partes relativa a menores infratores. As Partes deverão, em conformidade com suas legislações, acordar o tipo de tratamento a ser dispensado a tais indivíduos no caso de transferência. O consentimento para a transferência deverá ser obtido junto à pessoa legalmente autorizada. 2) Nenhuma das disposições do presente Tratado deverá ser interpretada como fator limitante da capacidade que as Partes possam ter, independentemente do presente Tratado, de outorgar ou aceitar a transferência de menores infratores ou de outros presos.

Os Acordos Brasil-Chile e Brasil-Espanha têm praticamente a mesma redação, referindo-se à “pena de detenção”, informando que por condenado “se compreenderá uma pessoa condenada por delito segundo sentença proferida no território de uma das Partes: “Art. 1º. - As penas de detenção impostas na República do Chile a nacionais da República Federativa do Brasil poderão ser cumpridas segundo o disposto no presente Tratado”.

Entretanto, esses Tratados se estendem a outras pessoas:

Art. 9.1 - O presente Tratado poderá estender-se a pessoas sujeitas à vigilância ou outras medidas de acordo com a legislação de uma das Partes com relação aos menores infratores. As Partes deverão, de conformidade com suas legislações, acordar o tipo de tratamento que deverá ser dispensado a tais pessoas no caso de transferência. O consentimento para a transferência deverá ser obtido junto à pessoa legalmente autorizada.

O Tratado Brasil-Peru tem por objeto a pena ou medida de segurança que submeta a pessoa à privação de liberdade. O referido documento esclarece que condenação significa qualquer pena ou medida de segurança que envolva privação de liberdade no Estado Remetente, ordenada por autoridade judicial devido a um crime. Eis a redação pertinente ao objeto:

Art. 1º – Para os fins deste Tratado: f) “Condenação” significa qualquer pena ou medida de segurança que envolva privação de liberdade no Estado Remetente ordenada por autoridade judicial, por um período de tempo limitado ou indeterminado devido a um crime.

O Tratado Brasil-Reino Unido amplia consideravelmente o objeto, como se verifica:

Artigo 1º – Definições – c) “preso” significa a pessoa que tenha que ser detida em prisão, hospital ou qualquer outra instituição no Estado remetente em virtude de ordem judicial, proferida por juiz ou tribunal, no âmbito de sua jurisdição penal; d) “sentença” significa qualquer pena ou medida restritiva de liberdade imposta por um juiz ou tribunal, no âmbito de sua jurisdição penal;

O Acordo Brasil-Espanha fala em penas de detenção e informa que por *preso* “se compreenderá uma pessoa condenada por delito segundo sentença proferida no território de uma das Partes”. Também admite que o Tratado se estenda a “pessoas sujeitas à vigilância ou outras medidas, de acordo com a legislação de uma das Partes com relação a menores infratores”. Admite inclusive que o mesmo Tratado se estenda a “outros presos”, afirmando:

Art. 9º- [...]

7. Nenhuma disposição do presente Artigo deverá ser interpretada como fator limitante da capacidade que possam ter as Partes, independentemente do presente Tratado, de outorgar ou aceitar a transferência de menores infratores ou de outros presos.

Como se vê, nesse Acordo também se permite a transferência de menores e de quem esteja submetido a medida de segurança.

Outro importante alargamento do objeto dos Tratados é o que permite ao condenado que se encontre cumprindo pena em livramento condicional possa

ser transferido. Referida transferência está regulamentada, inclusive, na Convenção Interamericana. É o que dispõe ao assegurar:

Art. 1º. 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por: 3. Sentença: a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras formas de supervisão sem detenção.

O Tratado Brasil-Argentina fala em *penas* e esclarece que preso é a pessoa que estiver, por força de sentença condenatória, cumprindo pena de privação de liberdade em estabelecimento penitenciário, ou que estiver submetida a regime de liberdade condicional (art. 2º, c). Também admite que se estenda “independentemente do presente Tratado, para outorgar ou aceitar a transferência de menor de idade infrator”.

Como se constata, nesse Acordo, o objeto não é apenas a prisão em estabelecimento penitenciário, mas, também estendida às hipóteses de liberdade condicional:

Art. 2º, c) Para os fins do presente Tratado entende-se que: “preso” é a pessoa que estiver, por força de sentença condenatória, cumprindo pena de privação de liberdade em estabelecimento penitenciário ou estiver submetida a regime de liberdade condicional.

Também é admitida excepcionalmente a transferência de menor infrator:

Art. 14. Nenhuma disposição deste Tratado poderá ser interpretada no sentido de limitar a faculdade que as Partes possam ter, independentemente do presente Tratado, para outorgar ou aceitar a transferência de menor de idade infrator.

Não é diferente o Tratado Brasil-Paraguai, pois também se refere a *penas* de detenção e diz que preso é a pessoa que está cumprindo uma sentença definitiva condenatória privativa de liberdade (art. 2º, e). Afirma que o Tratado pode ser aplicado a “menores sob tratamento especial conforme a legislação das Partes”. Também permite que se aplique a quem se encontra em *sursis*, regime de liberdade condicional ou regime carcerário que não seja o fechado, os quais poderão “cumprir a pena sob a vigilância das autoridades do Estado recebedor” (art. 9º, 4). Neste ponto, merece registro a solução que pode ser encontrada em relação aos brasileiros menores de idade, já que no Paraguai a maioria penal é alcançada aos 16 anos.

O Tratado Brasil-Portugal fala em *qualquer pena* ou medida privativa de liberdade, inclusive medida de segurança em virtude de prática de infração penal(art. 1º. a).

O Acordo Brasil-Bolívia trata de *penas* e esclarece que condenado é a pessoa que está cumprindo uma sentença condenatória, de pena privativa de liberdade em estabelecimento penitenciário. Permite que se estenda a quem se encontra sob regime de condenação condicional ou de liberdade condicional, antecipada ou vigiada (art. XIII).

O Tratado Brasil-Venezuela refere-se a *pena* ou medida de segurança privativa de liberdade ou liberdade condicional (art.1º.c) ordenada por autoridade judicial devido a um crime (art. 1º.f).

No Tratado Espanha-Dinamarca, o objeto é a privação da liberdade, multas ou confisco e inabilitações:

Art. 2º - CONDICIONES GENERALES DE LA EJECUCIÓN. Artículo 2. El presente Título será aplicable a: a) Sanciones que lleven consigo la privación de libertad. B) Multa o confiscaciones. C) Inhabilitaciones.

Sobre esse Acordo, merece registro a possibilidade de se estender a transferência também para as sanções administrativas:

Artículo 19 - La reserva de las disposiciones contrarias contenidas en este Tratado, la ejecución de las condenas dictadas en ausencia, de las aceptaciones extrajudiciales danesas de una multa o confiscación y de las sanciones administrativas españolas relativas a infracciones de las reglas de circulación vial, estarán sujetas a las mismas reglas que la ejecución de las otras resoluciones.

Por sua vez, o Tratado EUA-México fala simplesmente em “sentencias penales”:

Los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos, animados por el deseo de prestarse mutuamente asistencia en la lucha contra la criminalidad en la medida en que los efectos de esta trascienden sus fronteras y de proveer a una mejor administración de la justicia mediante la adopción de métodos que faciliten la rehabilitación social del reo, han resuelto concluir un Tratado sobre la Ejecución de Sentencias Penales y, con tal fin, han nombrado sus plenipotenciarios;

Nesse mesmo tratado se usa a expressão “penas”: “Artigo Iº, 1 - Las penas impuestas en los Estados Unidos Mexicanos a nacionales... 2. Las penas impuestas en los Estados Unidos de América a nacionales”.



Nos Acordos multilaterais, encontramos a Convenção Europeia, que afirma que o referido documento é aplicável a sanções privativas de liberdade, multas ou perdas e desqualificações: “Art. 2º - Esta parte é aplicável a: a) sanções privativas de liberdade; b) multas ou perda; c) desqualificações.”

Por sua vez, a Convenção de Estrasburgo refere-se a “estrangeiros que se encontrem privados de sua liberdade em virtude de uma infração penal”, mencionando ainda “qualquer pena ou medida privativa de liberdade e excepcionalmente os inimputáveis”. Eis o texto:

Art. 9º, 4) Qualquer Estado cujo direito interno o impeça de fazer uso de qualquer dos procedimentos referidos no n. 1 para executar as medidas impostas no território de outra Parte relativamente a pessoas que, devido ao seu estado mental, tenham sido declaradas criminalmente irresponsáveis por uma infração e que esteja disposto a receber essas pessoas com vista à continuação de seu tratamento pode, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, indicar o procedimento que adotará nestes casos.

A Convenção Interamericana prevê a privação de liberdade ou a restrição da mesma, em liberdade vigiada, *sursis* ou outras formas de supervisão sem detenção:

Art. I - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por: 3. Sentença: a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outra forma de supervisão sem detenção.

Excepcionalmente, esse documento prevê a extensão do objeto a inimputáveis e menores infratores:

Art. IX – Esta Convenção também poderá ser aplicada a pessoas sujeitas à vigilância ou a outras medidas de acordo com as leis de o Estado Parte relacionadas com infratores menores de idade. Para a transferência, obter-se-á consentimento de que o representante legalmente autorizado.

No caso do Brasil, só no Tratado assinado com Portugal também se prevê a medida de segurança como objeto em “virtude da prática de infração penal.” (art. 1º. a).

No Tratado Brasil-Panamá é o crime ou infração, bem como a pena ou medida de segurança. No caso do Tratado Brasil-Suriname é a “condenação por crime no território de uma das Partes” (art. 1º, e). No Acordo firmado com

Angola está previsto “qualquer pena ou medida privativa de liberdade imposta em virtude de um fato ilícito.” (art. 1º, a).

Por sua vez, no Tratado Brasil-Países Baixos consta que *penaé* qualquer punição ou medida que envolva a privação de liberdade ordenada por um juiz ou tribunal em virtude de um crime” (art. 1º, a).

Por maior ampliação que o objeto venha alcançando, constata-se que algumas espécies de condenação não podem ser transferidas. É o que ocorre especificamente nos casos de condenações a pena de morte ou de prisão perpétua, como será examinado.

Por isso, é melhor afirmar que o objeto do Instituto é a condenação criminal como regra, podendo, em alguns casos, haver a ampliação para outras medidas como, v.g., as medidas de segurança e até decisões contra menores infratores que tenham natureza punitiva. Contudo, creio que mesmo essas sentenças condenatórias podem ser transferidas para o país do condenado adaptando-se a sentença original ao ordenamento jurídico do país receptor.

Assim, não deve ser somente a pena privativa de liberdade o objeto do Instituto, mas sim, qualquer sanção privativa ou restritiva de liberdade e ainda qualquer medida que aplique medida de segurança, desde que se origine de sentença penal.

Em conclusão, para mim, o objeto que deve ser previsto para a aplicação do Instituto é a decisão criminal proferida no Estado da condenação.

### **7.5.6 Natureza jurídica**

Identificar a natureza jurídica de um Instituto não é tarefa fácil; no caso específico da transferência da execução penal internacional, é muito mais delicado. Isso pode ser constatado, inclusive pelo posicionamento existente na doutrina a respeito.

Para Borja Mapelli e Isabel Cano o Instituto em exame:

presenta implicaciones en tres ámbitos jurídicos distintos: el internacional, el procesal y el penitenciario. Es Derecho internacional porque plantea una cuestión de relación entre distintos Estados. Es también Derecho procesal porque aborda cuestiones relacionadas con la ejecución de la sentencia penal y la pena o medida privativa de libertad, y la posible cesión de de jurisdicción para la misma a otros Estados, así como la competencia judicial para fiscalizar los expedientes y las mínimas garantías procesales del condenado en dichos expedientes, y en los posibles incidentes sobre adaptación de

penas a cumplir en el país receptor (prosecución del cumplimiento y conversión de la condena) [...] y, finalmente, son normas penitenciarias en la medida que deciden un régimen de ejecución y cumplimiento de la pena o la medida privativa de libertad.<sup>571</sup>

Para eles, o instituto é uma especial categoria de cooperação ou assistência jurídica internacional em matéria penal<sup>572</sup>. Para Gueiroz, por predominar o aspecto humanitário, “os tratados de transferência de presos podem ser classificados como sendo da espécie *tratados internacionais de direitos humanos*”<sup>573</sup>.

Ainda sobre a natureza jurídica, salientam Borja Mapelli e Isabel Cano que a transferência de presos estrangeiros tem que ser vista dentro do contexto de:

La cooperación jurídica internacional en materia penal, como esencial elemento de la política exterior del Estado, junto con la necesidad de arbitrar mecanismos ágiles y eficaces en orden a potenciar una ejecución de la privación de libertad reinsertadora y verdaderamente rehabilitadora, son realmente los dos referentes decisivos en orden al análisis de diversas instituciones sobre ejecución y cumplimiento por reos extranjeros de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.<sup>574</sup>

Por sua vez, Alderete Lobo afirma que há um movimento político criminal internacionalista, e nele se encontra a transferência de presos condenados internacionalmente, sendo

Un novedoso instituto que posibilita que los condenados a penas privativas de libertad puedan, con su consentimiento, cumplirlas en su país de origen, aunque la sentencia firme haya sido dictada por un tribunal de un Estado distinto<sup>575</sup>.

Afirma ainda que, para a efetivação da transferência, é necessária a utilização de mecanismos de natureza internacional, processual e penitenciária.

Por sua vez, Horacio Piombo observa que:

se trata de una figura propia del derecho penal Internacional o sea de la rama del mundo jurídico que determina cuándo el supuesto de hecho muestra un aspecto extranjero (nacionalidad del delincuente o

<sup>571</sup> MAPELLI CAFFARENA Borja; GONZALES CANO Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 51

<sup>572</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 39.

<sup>573</sup> GUEIROZ, Arthur, Presos estrangeiros no Brasil, cit., p. 81.

<sup>574</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 39.

<sup>575</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 257.

de la víctima, lugar de comisión, etc.) está sometido al poder punitivo del Estado<sup>576</sup>.

#### Ainda sobre a natureza jurídica para Alderete Lobo:

En cuanto a su naturaleza jurídica, podemos afirmar que el traslado de personas condenadas entre países es un instituto esencialmente convencional. En rigor, no existe, en la materia específica, una obligación impuesta por los organismos internacionales a los Estados para que se comprometan a transferir o recibir personas condenadas en jurisdicción extranjera.<sup>577</sup>

#### Dibur e Deluca afirmam que

El instituto de traslado de condenados nacionales a su país de origen, para cumplir en este el resto de la pena pendiente de ejecución dictada por el Estado de condena, es una particular forma de entreatyuda judicial penal entre los países que conforman la comunidad internacional.<sup>578</sup>

#### Com razão, registram Dibur e Deluca que:

el instituto de traslado de condenados se inserta en el plano de la política criminal de los Estados que, esta vez, no se limitan a establecer criterios rectores dentro de sus propios territorios sino que se proyectan al campo de la cooperación internacional. Y ello ordena la Idea que sitúa el éxito de la política criminal moderna en el hecho que sus conceptos fundamentales se impongan en la práctica penal.<sup>579</sup>

Para mim, efetivamente, o instituto é interdisciplinar. Não pode ser limitado ou incluído num único “compartimento jurídico”. A meu ver, sua natureza jurídica reside em ser um instituto de Direitos Humanos, que, por sua vez, também não pertence exclusivamente a um campo específico da ciência e sim, por ser de interesse universal, é multidisciplinar. Embora possa ser incluído essencialmente no Direito Penitenciário, mantém estrita conexão com o Direito Internacional, com o Direito Constitucional, em especial aos Direitos Fundamentais, com a Cooperação Internacional e como Direito Processual.

Como afirmado, sua natureza é humanista e, desse modo, sua essência jurídica está no nascimento, evolução e coroamento dos Direitos Humanos;

<sup>576</sup> PIOMBO, Horacio. La transferencia de condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional in *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 1990, t. XXIX, p. 216).

<sup>577</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 259.

<sup>578</sup> DIBUR, Jose Nicacio; DELUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen*, cit., p. 3.

<sup>579</sup> DIBUR, Jose Nicacio; DELUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen*, cit., p. 53/54.

mas também não há como não ver sua natureza penitenciária, pois tudo gira em torno da execução penal, de sua aplicação, de alcançar seu objetivo imediato e superior que é a reintegração social do apenado, e está clara a natureza internacional do Instituto porque há nele vínculos jurídicos que se dão entre Estados distintos e entre estes Estados e pessoas de nacionalidade distinta de pelo menos um deles. Mas o que o caracteriza como instituto, como já mencionado repetidamente, é sua essência humanista, seu compromisso com o ser humano e com a melhoria de sua condição de vida.

### **7.5.7 Finalidade**

Para Gueiroz o instituto apresenta duas finalidades, a primeira “consistente na efetivação das disposições da sentença condenatória, servindo, assim, aos interesses de uma boa administração da justiça” e a segunda e principal, “favorecer a reinserção social da pessoa privada da liberdade, dando-lhe a possibilidade de cumprir a condenação próxima à sua terra natal.”<sup>580</sup>

Para Theodore Simon e Richard Atkins<sup>581</sup>, o que se busca é alcançar uma solução equitativa para a situação dos estrangeiros presos, permitindo não somente a individualização da pena, mas também que isto possibilite a reintegração do preso condenado ao seu Estado de origem.

O que se constata é que o Instituto em apreço apresenta mais de uma finalidade. Para mim, a principal é a humanização do cumprimento da pena. Com ela, se busca atenuar o sofrimento do preso estrangeiro no cumprimento da pena privativa de liberdade, e eis aí o grande mérito desse Instituto: seu caráter humanista.

Outra finalidade igualmente importante, sem dúvida, é buscar a reintegração social do condenado.

Por isso mesmo, merece registro o posicionamento de Del Pont quando anota que

se destaca fundamentalmente el fin de readaptación social previsto en las legislaciones mas avanzadas como la de México, por considerarse más adecuado que el sujeto cumpla la pena en un

<sup>580</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 273.

<sup>581</sup> SIMON, Theodore; ATKINS, Richard. *Prisoner Transfer Treaties: Crucial Times ahead. In The alleged transnational criminal. The second biennial international criminal law seminar*. Amsterdam: Martinus Nijhoff publishers, 1995, p. 70.

establecimiento del lugar donde ha vivido y al cual regresará al término de la misma<sup>582</sup>.

Também me parece ser finalidade do Instituto alcançar o princípio da individualização da pena. A legislação penitenciária dos países, pouco importa qual seja ele, é elaborada segundo seus valores, costumes, história, desenvolvimento jurídico e características políticas e sociais que o atingem diretamente. Certamente, para tanto, considera como destinatários dessa elaboração legislativa seus nacionais, que constituem uma nação, por isso mesmo, com vínculos comuns, como idioma, costumes e tradições. A isso tudo é estranho o condenado estrangeiro. Não é demais recordar que o vocábulo estrangeiro provém de estranho e, por isso mesmo, terá ele muito mais dificuldade de ver aplicado em seu caso o princípio da individualização da pena.

A meu ver há uma dupla finalidade em destaque: uma direta, que é humanizar o cumprimento da pena e uma segunda, que é buscar a reintegração social do condenado (se possível).

### **7.5.8 Efeitos**

Certamente, há um duplo efeito na aplicação do Instituto:

- a) Impedir o início da execução ou interromper, melhor será dizer, finalizar a execução da pena no Estado onde ocorreu a condenação. Digo finalização porque não há possibilidade de retornar a cumprí-la naquele Estado;
- b) iniciar ou continuar o cumprimento da pena no país com o qual o condenado tem vínculos pessoais e sociológicos.

A Convenção de Estrasburgo afirma que a transferência de um preso condenado para seu país tem como imediata consequência a suspensão da execução da pena no Estado no qual ocorreu a condenação e onde vinha sendo executada a sentença:

Art. 8º- Consentimento e verificação. 1. O Estado da condenação deverá assegurar-se de que a pessoa cujo consentimento para a transferência é necessário nos termos da alínea d) do n. 1 do artigo 3º, o preste voluntariamente e com plena consciência das consequências jurídicas daí decorrentes. O processo para a

---

<sup>582</sup> DEL PONT, Luis Marcó, *Intercambio de presos*, cit., p. 262.

prestação de tal consentimento deverá reger-se pela lei do Estado da condenação.

A propósito, escreve Luis Silva Pereira que é efeito a “suspensão da execução da condenação, estando excluída a possibilidade de sua execução neste último se o primeiro comunicar que a mesma sentença foi considerada cumprida por decisão judicial”<sup>583</sup>.

Por isso, Ela Wiecko afirma que a transferência “suspende a execução da pena no Estado sentenciador. Mas o Estado recebedor não poderá continuar executando a pena no caso em que o Estado remetente a considerar cumprida.”<sup>584</sup>

### **7.5.9 Requisitos**

A transferência de um condenado para seu país só é possível se atendidas algumas exigências ou condições previstas nos Tratados sobre a matéria. O exame dos diversos Acordos, sejam eles bilaterais ou multilaterais, bem como dos documentos internacionais existentes, demonstra que não há uniformidade no elenco de requisitos para possibilitar que o condenado estrangeiro tenha sua execução penal transferida. Certamente, isso se constitui em mais uma causa para dificultar a aplicação do Instituto. Contudo, há consenso quanto a algumas das condições mínimas para a realização da transferência.

Essa divergência quanto aos requisitos também ocorre na doutrina. Gueiroz<sup>585</sup>, após examinar Tratados que cuidam do Instituto, afirma que os elementos considerados para o deferimento da transferência são cinco, a saber: 1) a nacionalidade do indivíduo a ser transferido; 2) sentença condenatória transitada em julgado; 3) a existência de suficiente lapso de pena pendente de cumprimento; 4) a manifestação de vontade do estrangeiro preso; e 5) a dupla incriminação do fato.

---

<sup>583</sup> PEREIRA, Luis Silva, *Transferência de pessoas condenadas*, cit., p. 147.

<sup>584</sup> WIECKO, Ela. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos*, cit., p. 247.

<sup>585</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 278.

Luis Silva Pereira<sup>586</sup> ao analisar a *Convenção de Estrasburgo* observa que, para a execução da transferência de presos condenados deverão estar reunidas cinco condições, por sinal, as mesmas elencadas por Gueiroz: 1) que o condenado consinta com a transferência de sua execução penal; 2) que o condenado seja um nacional do Estado da execução; 3) que a condenação seja definitiva; 4) que à data da recepção do pedido de transferência a duração da condenação ainda por cumprir seja pelo menos de seis meses ou indeterminada; 5) que o fato que originou a condenação no Estado da execução também seja punido no Estado para onde se promoverá a transferência da execução.

Por sua vez, Ela Wiecko<sup>587</sup> enumera sete requisitos a serem observados para a efetivação da transferência: 1) nacionalidade da pessoa condenada correspondente ao Estado recebedor; 2) trânsito em julgado da sentença; 3) suficiente lapso de pena pendente de cumprimento, aferido no momento da solicitação; 4) consentimento voluntário da pessoa condenada; 5) dupla incriminação do fato como crime; 6) conformidade com a ordem jurídica do Estado receptor; e 7) concordância dos Estados Partes com a transferência.

Para o professor argentino Alderete Lobo, são oito os requisitos: 1) nacionalidade; 2) trânsito em julgado da decisão condenatória; 3) tempo mínimo de cumprimento a cumprir; 4) consentimento do condenado; 5) Acordo entre o Estado da condenação e o do cumprimento da pena, 6) proibição de determinados crimes e penas; 7) reparação do dano causado à vítima e 8) pagamento das custas processuais e multas<sup>588</sup>.

Para a realização da transferência, várias são as condições que devem ser observadas para possibilitar que o condenado seja transferido, e o atendimento a todas elas deve ser feito cumulativamente. Basicamente, são condições comuns nos diversos tratados existentes sobre o tema para efetivá-la: 1) que haja condenação transitada em julgado; 2) que o condenado seja nacional do país da execução; 3) que o condenado manifeste seu consentimento na transferência; 4) que a conduta criminosa que determinou a

---

<sup>586</sup> PEREIRA, Luis Silva. *Transferencia de pessoas condenadas*, cit. p. 117.

<sup>587</sup> WIECKO, Ela. *Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos*, cit., p. 245.

<sup>588</sup> ALDERETE LOBO, Rubén, *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 283/284.



condenação também seja prevista como crime no Estado receptor; e 5) que haja duração mínima para o cumprimento de pena no Estado da execução.

A exaustiva leitura dos Tratados firmados pelo Brasil demonstra que, para a possibilidade da aplicação do Instituto, devem estar presentes alguns requisitos, a saber: 1) que o preso a ser transferido tenha a nacionalidade do país onde irá cumprir o restante de sua pena; 2) que a condenação que determinou sua prisão seja definitiva, não podendo mais ser revista; 3) que o preso a ser transferido tenha cumprido determinado lapso temporal no Estado transferente; 4) que a infração que causou sua condenação também seja prevista como ilícito no país para o qual pretende ser transferido e que o preso consinta com a transferência.

Os requisitos exigidos expressamente pelo Estado brasileiro são<sup>589</sup>: 1) existência de um tratado; 2) condenação transitada em julgado; 3) aprovação das Autoridades Centrais do país da condenação e da execução; e 4) consentimento do beneficiário.

Como já afirmado e como se verifica, não há uniformidade nos diversos documentos assinados pelo Brasil, sejam bilaterais ou multilaterais.

André Carneiro Leão, em sua dissertação constata que figuram como requisitos nos diversos documentos: o consentimento, a nacionalidade, o trânsito em julgado da sentença condenatória, a dupla incriminação, um período mínimo a cumprir no Estado da execução e anuência dos Estados envolvidos. Observa, ainda, que aparecem outros requisitos “relacionados à natureza e duração da pena que, embora previstos apenas em alguns tratados, devem ser considerados como condições para todos os demais”<sup>590</sup>.

Na novíssima Lei de Migração há dois tipos de requisitos, um para os casos de transferência da execução pena e outros para quando se pretender a transferência de pessoa condenada, assim, respectivamente:

#### Da Transferência da Execução da Pena

Art. 100. [...]

- I- o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;

<sup>589</sup> É isto que está estipulado na Portaria nº 572, de 24 de 11 de maio de 2016 que trata especificamente da transferência de condenados internacionais.

<sup>590</sup> LEÃO CARNEIRO, André. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise a partir do caso brasileiro*, cit. p. 134.

- II- a sentença tiver transitado em julgado;
- III- a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;
- IV- o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e
- V- houver tratado ou promessa de reciprocidade.

#### Da Transferência da Pessoa Condenada

Art. 104. A transferência de pessoa condenada será possível quando preenchidos os seguintes requisitos:

- I- o condenado no território de uma das partes for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência;
- II- a sentença tiver transitado em julgado;
- III- a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;
- IV- o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados;
- V- houver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante; e
- VI- houver concordância de ambos os Estados.<sup>591</sup>

No caso do Tratado firmado com o Japão exige-se:

Art. 3º [...]

- a) quando o Japão for o Estado administrador, a pessoa condenada enquadrar-se nas disposições da lei japonesa sobre a transferência transnacional de pessoas condenadas;
- b) quando a República Federativa do Brasil for o Estado administrador, a pessoa condenada seja brasileira, tal como definido pela Constituição da República Federativa do Brasil;
- c) se a sentença houver transitado em julgado;
- d) se, no momento do recebimento da solicitação de transferência, a pessoa condenada tiver, pelo menos, um ano de pena a cumprir ou se a pena for por tempo indeterminado;
- e) se a transferência for consentida pela pessoa condenada;
- f) se os atos ou omissões pelos quais a pena tenha sido imposta constituírem crime de acordo com a legislação do Estado administrador ou constituiriam crime caso tivessem sido cometidos no seu território; e
- g) se o Estado sentenciador e o Estado administrador concordarem com a transferência.

O Tratado Brasil-Angola exige que se trate de um nacional do Estado receptor, deve a sentença haver transitado em julgado, faltar pelo menos um ano de cumprimento de pena, que haja consentimento do condenado, que esteja presente a dupla incriminação da conduta que levou à condenação e que haja concordância entre os Estados Parte (art. 3º).

<sup>591</sup> O art. 103 estipula que “A transferência de pessoa condenada poderá ser concedida quando o pedido se fundamentar em tratado ou houver promessa de reciprocidade”, a meu ver, acertadamente a nova lei considerou isto pressuposto e não requisito.

Quando o Brasil e o Suriname elaboraram o Tratado sobre a transferência de presos fizeram constar como condições: a dupla incriminação da conduta, que o preso seja nacional do Estado recebedor, que falte pelo menos um ano de cumprimento de pena, que a sentença seja “definitiva” e que haja consentimento (art. 3º).

No caso do Tratado Brasil-Panamá nota-se uma ampliação nos requisitos: o consentimento da pessoa condenada, “que a pessoa condenada seja nacional de, ou residente permanente e habitual ou tenha vínculos familiares no Estado recebedor, que justifique sua transferência”, a exequibilidade da sentença, o trânsito em julgado da mesma, que esteja presente a dupla incriminação da conduta, que falte pelo menos um ano a cumprir da pena imposta e que tenha havido a reparação civil “ou que garanta seu cumprimento caso haja sido imposta na sentença, conforme a legislação do Estado remetente” e que haja aprovação dos Estados Parte na transferência (art. 3º).

No Tratado multilateral do Mercosul, as condições são as mesmas do Acordo firmado com o Panamá, com a especificação que “a condenação imposta não seja de morte nem a prisão perpétua. Nesses casos, a transferência só poderá ser efetuada se o Estado sentenciador admitir que o condenado cumpra pena privativa de liberdade cuja duração seja a máxima prevista pela legislação penal do Estado recebedor, sempre que não seja prisão perpétua.” (art. 3º, 5).

No Acordo Brasil-Países Baixos os requisitos são os convencionais, permitindo, contudo, que em casos excepcionais os Estados Parte poderão concordar com a transferência quando faltar menos de um ano (art. 3º. 2).

#### *7.6.9.1 Consentimento do beneficiário*

Segundo Gueiroz, é este requisito que “imprime caráter humanitário ao instituto jurídico da transferência de presos, apartando-o dos demais mecanismos de cooperação em matéria penal”.<sup>592</sup>

---

<sup>592</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 97

Segundo Mapelli e Cano, o consentimento é um requisito que dá “sentido a todo el instituto jurídico del traslado. Fundamentadas en los fines resocializadores de la pena, no pueden ignorarse que las medidas orientadas a esos fines necesariamente deben contar con la participación del interesado”<sup>593</sup>. Para eles, “no es exagerado afirmar que se trata del requisito nuclear de la institución.”<sup>594</sup>

André Carneiro Leão, com absoluta propriedade, aponta, em relação a esse requisito:

é justamente a exigência desse consentimento que confere o caráter humanitário aos tratados sobre a transferência e que os diferencia da simples homologação de sentença penal estrangeira. Deve, pois, como já mencionado, ser considerada essa exigência verdadeira *conditio sine qua non* para a transferência.<sup>595</sup>

Se o que se busca com a aplicação do Instituto é a reintegração social do condenado, dificilmente isso será alcançado se ele não estiver disposto a efetivamente participar do processo reintegrativo. Daí a necessidade do consentimento.

Em relação ao consentimento, se observamabaixo as seguintes opções nos Tratados firmados pelo Brasil:

O Tratado Brasil-Canadá prevê o consentimento implicitamente porque pode pedir a transferência ao Estado remetente (art. V, 2) e o Estado receptor poderá verificar antes da transferência “se o consentimento do preso foi manifestado com amplo conhecimento de causa” (art. V, 6).

No Tratado Brasil-Chile (art. 5º. 6), embora não se exija expressamente o consentimento do condenado, isso fica implícito ao estabelecer que “O Estado que receber a solicitação de transferência da outra Parte poderá solicitar a comprovação do consentimento expresso do condenado em relação à transferência”. Prevê que, uma vez dado o consentimento, este não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelos dois Estados (art. 5º.4).

<sup>593</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 69.

<sup>594</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 69.

<sup>595</sup> LEÃO CARNEIRO, André. *A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise a partir do caso brasileiro*, cit. p. 132.

No Tratado Brasil-Grã-Bretanha se estabelece: “Art. 3º. d) o consentimento do preso é um dos requisitos para que se possa realizar a transferência.”

Nesse caso, deve o Estado da condenação se assegurar que o consentimento tenha sido dado voluntariamente e com pleno conhecimento das consequências legais desse ato (art. 6º.1).

O Tratado Brasil-Argentina não apenas prevê o consentimento, como estipula que “A vontade do preso de ser transferido deverá ser expressamente manifestada por escrito”, podendo o Estado recebedor comprovar que o preso conhece as consequências legais decorrentes da transferência e que o seu consentimento foi dado voluntariamente, (art. 5º. 3).

Não é diferente o que se acertou no Acordo Brasil-Paraguai:

Art. 5º. 7. A vontade do preso deve ser manifestada expressamente por escrito, podendo o Estado recebedor comprovar se esse consentimento se deu voluntariamente e se ele conhece as consequências legais que decorrem de tal transferência, c) que o preso ou, no caso de menores de idade ou deficientes mentais, o representante legal respectivo, se um dos Estados considerar necessário, consinta com a transferência.

O Tratado Brasil-Portugal diz que o consentimento será prestado em conformidade com a legislação nacional da Parte onde se encontra a pessoa a transferir. Permite-se que ambas as Partes possam verificar se o consentimento foi prestado voluntariamente e com plena consciência das consequências decorrentes dessa transferência.

No Acordo Brasil-Bolívia é previsto que “A vontade do condenado de ser transferido deverá ser expressamente manifestada, por escrito.” Também estipula-se que o Estado Remetente permita ao Estado Recebedor que este comprove que o condenado conhece as consequências legais da transferência e que seu consentimento foi dado voluntariamente (art. V. 3).

O Tratado Brasil-Venezuela exige que o consentimento seja manifestado (art. 4, f).

Do mesmo modo, na Convenção de Estrasburgo:

Art. 4º – d) Se o condenado ou quando em virtude de sua idade ou do seu estado físico ou mental um dos Estados o considere necessário, o seu representante tiver consentido na transferência.

Na Convenção Interamericana, também, o requisito do consentimento é previsto:

Art. V. 2) Que a pessoa sentenciada concorde expressamente com a transferência, tendo sido previamente informada a respeito das consequências jurídicas das mesmas.

Na Convenção de Países de Língua Portuguesa, também deve ser manifestado: “d) Se o condenado, ou quando em virtude da sua idade ou do seu estado físico ou mental a legislação de um dos Estados Contratantes o considere necessário, o seu representante, tiver consentido na transferência”.

A nova lei brasileira sobre migração (2017), no art. 104, ao tratar dos requisitos impõe como condição: “V- houver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante”

É interessante notar que, nesta lei, a exigência só ocorre para a transferência “de pessoas condenadas”, não existindo tal requisito para a “transferência da execução da pena”. A meu ver, tal opção do legislador brasileiro é acertada.

Merece registro observar que muitos Tratados não exigem este requisito. Nesta situação, está a Convenção Europeia de 1970. Do mesmo modo, o Tratado Brasil-Peru não prevê o consentimento, mas permite ao condenado que manifeste seu desejo de ser transferido, (art. 4º, 4).

O Protocolo Adicional ao Convênio Europeu (1997) não prevê o consentimento do condenado a ser transferido. De modo diverso, afirma que:

Art. 3º. Se for requerido pelo Estado da condenação, o Estado da execução acederá à transferência de uma pessoa condenada sem o consentimento da mesma, quando a sentença condenatória ou uma decisão administrativa dela decorrente preveja a expulsão ou a ordem de deportação ou outra medida que resulte no fato da pessoa não poder voltar ao território do Estado da condenação.

Nos Tratados assinados com Angola (art. 3º, d); Suriname (art. 3º, c), Panamá (art. 3º, a), Japão (art. 3º, e) e com o Mercosul (art. 3º. 2) o consentimento é expressamente exigido. No Tratado Brasil-Países Baixos ele é dispensado em caso de transferência de execução da pena (art. 14, 1).

No modelo proposto pela ONU também se exige o consentimento determinando que “A transferência, embora sendo para o país da sua

nacionalidade ou residência, só poderá ser efetuada com o consentimento livremente expresso pelo preso” (item 7).

A meu ver, sem o consentimento do beneficiário não pode haver a transferência, especialmente quando o que se pretende realizar é a transferência da pessoa do condenado.

#### 7.5.9.1 Nacionalidade do beneficiário

A respeito da exigência da nacionalidade do preso afirma Alderete Lobo:

Esta limitación se muestra manifiestamente contraria a los fines resocializadores expresados de manera vehemente en los mismos instrumentos que la contienen. Se trata, entonces, de un obstáculo injustificable y discriminatorio motivado en un excesivo celo de soberanía nacional, que deja afuera cualquier posibilidad de que un extranjero que se encuentre afincado en un país extraño con familia y ocupación estable, pueda cumplir con su condena en dicho país.<sup>596</sup>

Sobre isto, Borja Mapelli e Isabel Cano também se posicionam contrários e afirmam que “es una demostración nacionalista en el peor sentido del término, es decir, discriminatoria con otros colectivos extranjeros residentes en nuestro país”<sup>597</sup>.

Asseveram que, para superar esse obstáculo, “En algunos casos se ha recurrido a conceptos más amplios de nacionalidad, tales como la nacionalidad sociológica que sería adquirida de forma espontánea por la pertenencia a una nación y no a un Estado”<sup>598</sup>. Por isso mesmo, segundo eles, é que alguns convenios “amplían la posibilidad del traslado expresamente a los residentes permanentes siempre que no sean nacionales del país de condena.”<sup>599</sup>

Os referidos autores atacam o entendimento de que apenas os nacionais possam ser beneficiários da aplicação do instituto por se tratar de um obstáculo injustificável. Com razão, afirmam:

Ser nacional de un país no permite presumir que la persona disfrute de relaciones sociales que hagan más recomendable el cumplimiento de la pena en el mismo y, a la inversa, puede ocurrir que un

<sup>596</sup> ALDERETE LOBO, Rubén, *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 266.

<sup>597</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 56

<sup>598</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit. p. 57.

<sup>599</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit. p. 57.

extranjero se encuentre afincado en un país extraño con familia y ocupación estable.<sup>600</sup>

Ao examinar os tratados firmados pela Argentina, nos quais a condição de nacional é exigida em todos seus Tratados, afirma Alderete Lobo “es consecuencia de un mal uso de la noción de soberanía nacional, que discrimina a los integrantes de gran cantidad de colectividades residentes en nuestro país”<sup>601</sup>.

A mesma crítica é feita na doutrina nacional, por Gueiroz:

Sem embargo, tal requisito nada mais significa do que a manifestação de um ‘nacionalismo’ no pior sentido da expressão, uma vez que, proibindo-se o traslado de um não nacional, estar-se-ia, muita vez, impedindo que alguém que possua laços familiares, culturais, lingüísticos etc. com determinado país – mas não possua o selo de ser nacional -, não possa beneficiar-se desse mecanismo de reinserção social, fato este que depõe contra o espírito humanitário e o sentimento de justiça que norteiam e fundamentam a própria existência do instituto.<sup>602</sup>

Precisamente para flexibilizar e permitir que não apenas o nacional seja o beneficiário da transferência da execução penal entre países é que o Adendo de Bruxelas, de 1987, introduziu, no art. 2º, que cada Estado membro dará aos nacionais de outro Estado membro cuja transferência pareça ser apropriada e em benefício do interessado, o mesmo tratamento que dá a seus nacionais, tendo em conta sua residência habitual e regular em seu território.

Outra exceção se encontra no Acordo relativo à aplicação entre Estados Membros das Comunidades Europeias da Convenção sobre Transferência de Pessoas Condenadas de 1987 (Acordo de Bruxelas, art. 2º).

Certamente é essa a melhor opção, pois o que importa é o vínculo que o possível beneficiário tem com a nação para a qual deve ser sua execução penal transferida. Deve ela ocorrer para a sociedade onde estão os laços afetivos, culturais e sociais e para o país onde o condenado irá viver quando conseguir a liberdade. A meu ver, não basta a flexibilização que se tem procurado dar ao conceito de nacionalidade. O que deve ser decisivo para

<sup>600</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, p. 37.

<sup>601</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 274.

<sup>602</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 93;



poder ser beneficiado pela transferência é a nacionalidade sociológica e não a jurídica.

O melhor exemplo de que não é o vínculo jurídico e sim o sociológico que importa é o caso julgado (MS nº 33.684- DF) recentemente pelo STF em que se decidiu extraditar uma “estadunidense” pela prática de homicídio cometido naquele país. À primeira vista, essa informação não tem nada de especial, mas se pesquisarmos mais detidamente veremos que em realidade trata-se de uma brasileira nascida e criada no Rio de Janeiro, que, adulta, foi morar nos EUA e adotou por naturalização essa cidadania, casando-se, inclusive, com um norte americano, de cuja morte foi responsabilizada e condenada. Pois bem, o STF entendeu que, ao se naturalizar norte-americana, perdeu a nacionalidade brasileira. Pode ser, mas pergunta-se: alguém dirá que não é com o Brasil que ela mantém seus vínculos afetivos?

No caso em comento, o STF examinava o pedido de extradição do governo americano e, como se sabe, o Brasil não extradita seus nacionais. No caso, o que interessa observar é que, diante da decisão proferida, ela não poderia ser beneficiada com a transferência por não ser “brasileira”, isto é, não ter a nacionalidade jurídica com o país em que nasceu.

Como foi visto, cada Estado tem poder para decidir quem pode ser considerado nacional. Ao longo deste trabalho, se mostrou que o surgimento do Instituto está vinculado à situação de estrangeiros condenados criminalmente. Há, no estudo da situação desses condenados, a verificação de que se são eles estrangeiros em relação a um Estado, serão sempre nacionais em relação a outro.

A origem etimológica do termo nacionalidade se encontra na raiz latina *natio* e quer dizer nação, povo, gente, raça, origem. No léxico, o vocábulo nacionalidade significa:

1. Condição ou qualidade de quem ou do que é nacional.
2. País de nascimento.
3. Condição própria de cidadão de um país, quer por naturalidade, quer por naturalização.
4. O complexo dos caracteres que distinguem uma nação, com a mesma história, com as mesmas tradições comuns, etc.<sup>603</sup>.

---

<sup>603</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 840.

No dicionário Houaiss define-se o *nacional* como “o que pertence a uma nação por nela ter nascido ou por ter-se naturalizado [...]”<sup>604</sup>. Já o termo nacionalidade é definido como a “qualidade, caráter do que é nacional [...] estado, qualidade de uma pessoa que pertence a uma nação determinada, que com ela se identifica, por naturalidade ou naturalização [...]”<sup>605</sup>.

Precisar o conceito de *nacional* é fundamental para o exame do Instituto da transferência de presos estrangeiros, em razão da exigência comum nos Tratados. Como se verá, ser nacional do país para onde irá o condenado cumprir a pena é um dos requisitos mais relevantes para sua efetivação, na maioria absoluta dos Tratados<sup>606</sup>.

Wilba Bernardes observa que “a nacionalidade pode expressar duas noções diferentes: uma com significado sociológico, outra com significado jurídico”<sup>607</sup>. A vinculação jurídica se dá quando um indivíduo está ligado a um Estado por critérios objetivos, vale dizer, por imposição normativa, não se considerando qualquer outro fator, tal como cultura, língua, raça ou religião. Mas, pode haver outro vínculo, o de caráter sociológico. Nesse sentido, afirma Wilba Bernardes que:

Sociologicamente, são nacionais de um Estado aqueles que nutrem um sentimento comum, uma vontade única de viver naquela coletividade e possuem certos elementos materiais idênticos, como a mesma língua, a mesma religião ou raça. Mas, juridicamente, esses indivíduos não são considerados nacionais de um Estado.<sup>608</sup>

Se a nacionalidade jurídica é suficiente para permitir que um preso estrangeiro possa ser transferido para cumprir pena no país com o qual mantém esta identidade, não pode ser o único. Aliás, para mim, mesmo que não exista o vínculo jurídico, pode ocorrer a aplicação do Instituto. Há, como já exposto, uma nacionalidade sociológica que quase sempre acompanha a nacionalidade jurídica, mas não necessariamente. Sobre isto anota ainda a autora: “Nada impede que os dois conceitos existam simultaneamente e que a

<sup>604</sup> HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, cit., p. 1990.

<sup>605</sup> HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, cit. p. 1.000.

<sup>606</sup> O conceito de nacional e de estrangeiro estão vinculados ao conceito de Estado. Não se pode falar em nacionalidade se não a partir da existência do Estado Moderno, o que ocorreu, pode se dizer, com o Tratado de Paz de Westfalia (1688).

<sup>607</sup> BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 62.

<sup>608</sup> BERNARDES, Wilba L. M. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*, cit., p. 63.

nacionalidade jurídica corresponda à nacionalidade sociológica. Mas isso não significa que seus conceitos sejam os mesmos.”<sup>609</sup>

Assim, nacionalidade é a ligação política e jurídica, de caráter público e pessoal, entre uma pessoa e um Estado, o qual é sua pátria por haver nele nascido ou por adoção; sendo assim, é integrante do povo desse país, estabelecendo-se uma relação de autoridade e de proteção. Por isso mesmo, precisa a lição de Wilba Bernardes:

Existe entre o nacional e seu Estado um complexo de relações jurídicas que compreende direitos e deveres recíprocos. Assim, só o nacional tem a qualidade de cidadão, somente ele, salvo raras exceções, é capaz de exercer direitos políticos, de participar da vida do Estado. Também só nacional tem o direito de invocar proteção diplomática. Isso significa que, mesmo estando fora do espaço territorial do seu Estado, o nacional será protegido por este<sup>610</sup>.

Como apropriadamente observado pela autora:

O nacional é integrante do Estado, mantém com ele um vínculo permanente; vínculo jurídico e político [...] Ele não mantém o vínculo com o Estado somente por estar geograficamente situado em determinado espaço territorial. A relação do nacional com o respectivo Estado é mais profunda e se estende além das fronteiras territoriais. É um *status* peculiar do indivíduo que o acompanha onde quer que esteja. É uma condição que se anexou àquele indivíduo, o que não quer dizer que ela seja imutável.<sup>611</sup>

Para Wilba Bernardes, o elemento moral não é necessário para a existência da nacionalidade, chegando a afirmar que “sua existência nenhum relevo tem para configurar a nacionalidade”<sup>612</sup>. Por sua vez, para Ildeu Penna Marinho, a nacionalidade tem um vínculo jurídico, político e moral<sup>613</sup>.

Para mim, como já afirmado, a importância do vínculo determinante para examinar se a transferência do condenado estrangeiro poderá ocorrer para um país com o qual o interessado tem efetivamente vínculos afetivos, isto é, o da nacionalidade sociológica.

O requisito do vínculo jurídico é encontrado em todos os Tratados firmados pelo Brasil. É assim nos Acordos firmados com o Reino Unido (art. 3º-a: “que o preso seja nacional do Estado recebedor”); com o Peru (art. 3º-a:

<sup>609</sup> BERNARDES, Wilba L. M. *Da nacionalidade*: brasileiros natos e naturalizados, cit., p. 63.

<sup>610</sup> BERNARDES, Wilba L. M. *Da nacionalidade*: brasileiros natos e naturalizados, cit., p. 60-61.

<sup>611</sup> BERNARDES, Wilba L. M. *Da nacionalidade*: brasileiros natos e naturalizados, cit., p. 100.

<sup>612</sup> BERNARDES, Wilba L. M. *Da nacionalidade*, brasileiros natos e naturalizados, cit., p. 71.

<sup>613</sup> MARINHO, Ildeu Pena. *Tratado sobre a nacionalidade*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1956, v. 1, p. 40.

“Que o condenado seja nacional do Estado Receptor, conforme definido no inciso ‘b’ do art. 1º deste Tratado”); com o Paraguai (art. 3º – b.: “que o preso seja nacional do Estado receptor. A qualidade de nacional será considerada no momento da solicitação da transferência”); com a Espanha (art. 3º – b.: “o preso deverá ser nacional do Estado receptor”); com o Chile (art. 3 – b.: “o condenado deverá ser nacional do Estado receptor”); com o Canadá (art. III – b.: “o preso deverá ser nacional do Estado Receptor”); o mesmo é exigido na Convenção de Estrasburgo (art. 3 – a.: “Se o condenado é nacional do Estado da execução”); na Convenção interamericana (art. III - 4.: “Que a pessoa sentenciada seja nacional do Estado receptor.”)

No caso do Brasil, houve, recentemente, um grande avanço com a Lei de Migração, ao admitir como beneficiário da *transferência* não somente o nacional, mas também, aquele que “tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência.” (art. 104, I). Desse modo, fica clara a opção do legislador brasileiro pela busca da reintegração do apenado e pela diminuição das agruras do encarceramento daquele, que mesmo não sendo nacional em termos jurídicos, tem com o Brasil ligações afetivas, sociais ou familiares.

Para mim, o beneficiário deve ser aquele que tem vínculos com o Estado para o qual pretende transferir sua execução penal.

Há uma pergunta que precisa ser respondida: o que se deve entender por seu país? Essa indagação tem sido objeto de alguns debates, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos(1966) fala em direito de “entrar ou regressar a seu país”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não fala em *entrar*, apenas em *regressar*. Claro que o verbo regressar não é inadequado, mas, não é o mais apropriado. É que há muitos que mesmo sendo nacionais de um país nunca estiveram nele. Isto se aplica para os chamados imigrantes de segunda geração, são os filhos de imigrantes que nasceram no exterior, mas, que tem a nacionalidade brasileira em razão do *ius sanguinis*.

Pela expressão “*seu próprio país*”convencionalmente deve se entender aquelas pessoas que são nacionais ou cidadãos desse país. Mas há outra relação igualmente importante que é a do pertencimento. Neste ponto a nacionalidade deve ser vista sociologicamente e não juridicamente. Foi isso

que disse a Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias da ONU<sup>614</sup>.

Para mim '*por seu país*' deve se entender o lugar com o qual o indivíduo tem seus vínculos pessoais, seus afetos, suas relações sociais, do qual guarda sua cultura. É isto que importa para examinar se é devida, se é apropriada, se é recomendável a transferência da execução penal do estrangeiro condenado para que cumpra pena num Estado receptor.

Afortunadamente a Comissão de Direitos Humanos da ONU em seu Comentário Geral nº 27 de 2 de novembro de 1999<sup>615</sup> afirmou que '*seu país*' deve ser entendido e, portanto, aplicado a todas as pessoas não nacionais que tenham vínculos sólidos de residência com um Estado; sobre isso também é oportuno examinar o Comentário nº 28 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.<sup>616</sup>

Deve ser esse o entendimento, a meu ver, que deve predominar quando se examinam os requisitos para a realização da transferência da execução penal de presos estrangeiros.

Quando se examina a nacionalidade, em especial como requisito para a aplicação do Instituto, pode surgir a situação daqueles que têm dupla nacionalidade. Para mim, o que deve ser decisivo nesses casos é que a transferência da execução penal ocorra para o país da nacionalidade sociológica. Assim, se um brasileiro tem dupla nacionalidade; nasceu aqui, viveu e foi criado aqui, tem sua família e seus vínculos sociais e afetivos aqui, embora tenha também nacionalidade de outro país por outros critérios, não se justifica a transferência para o país desta nacionalidade. Nesse caso, não estará presente nenhuma das razões de índole superior para autorizar a

---

<sup>614</sup> Contudo, ficam de fora os apátridas e aqueles que sem ser nacionais ou cidadãos viveram quase toda a vida num determinado país e aí mantem seus vínculos permanentes. Não há dúvida que este é um dos pontos mais controversos do problema, tanto que a própria Subcomissão disse que os proponentes da iniciativa não estavam convencidos de decidir sobre esta questão e a deixaram para futura prática e interpretação. (DELGADO HINOSTROZA, Pedro Pablo, Apátridas, refugiados y migrantes. El derecho a la libre circulación, cit., p. 52)

<sup>615</sup> UNHCHR. Comentário Geral nº 27. 1999. Disponível em: [http://dereitoshumanos.gddc.pt/2\\_1/IIPAG2\\_1\\_2\\_1\\_2.htm](http://dereitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_1_2.htm). Acesso em 16.08.2017, às 21:14 hs.

<sup>616</sup> UNHCHR. Comentário Geral nº 28. Disponível em: [http://dereitoshumanos.gddc.pt/2\\_1/IIPAG2\\_1\\_2\\_1\\_2.htm](http://dereitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_1_2.htm). Acesso em 18.08.2017, às 21:20 hs.

transferência. A meu sentir, o vínculo jurídico não pode ser mais importante que o sociológico, pelo menos não no exame do Instituto da Transferência.

A meu ver, por isso mesmo, nos Tratados que tratam do Instituto, deveria constar que quando o condenado tiver mais de uma nacionalidade deve a transferência ocorrer para o país com o qual o condenado tem vínculos sociológicos e afetivos<sup>617</sup>.

Outra questão delicada que pode surgir é em relação aos apátridas. Segundo a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954), “o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional.”<sup>618</sup>

Evidentemente, os apátridas não podem ser discriminados; isto fica claro, não apenas pelo estipulado em seu próprio Estatuto, mas também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, além de outros tantos Documentos.

A questão que pode surgir é se um apátrida que se encontre cumprindo pena no exterior pode ter sua execução penal transferida para o Brasil, ou ele próprio pode ser beneficiário disso. A meu ver, a resposta é duplamente afirmativa desde que haja da parte dele o vínculo sociológico, ou, para ser mais preciso, a nacionalidade sociológica.

#### 7.5.9.2 Trânsito em julgado

Como visto, todos os documentos firmados pelo Brasil exigem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória. No idioma espanhol, se exige que a sentença seja *firme*. Desse modo, a decisão que condenou o

---

<sup>617</sup> Há um caso emblemático sobre a denominada dupla nacionalidade e sobre qual país tem efetivamente “poder” sobre a pessoa. É o denominado Caso Canevaro. A Corte Internacional de Justiça (Haia) julgou uma lide entre os governos italiano e peruano, que envolvia Rafael Canevaro. Filho de imigrantes italianos, mas nascido no Peru, ele pediu auxílio diplomático ao governo italiano para receber uma indenização que o governo peruano devia a seus pais já falecidos e a seus dois irmãos nascidos na Itália. O pedido tinha por base o fato de ser italiano pelo vínculo do *ius sanguinis*. Por sua vez, o governo peruano alegava que se tratava de cidadão de nacionalidade peruana, não sendo devido, portanto, nenhum valor a ele. Em 1912, a Corte decidiu em desfavor de Rafael Canevaro ao argumento que ele havia nascido no Peru e vivido toda sua vida aí; também sustentava que ele havia sido candidato a senador no Peru, cargo privativo de peruanos natos e, ainda, que todos seus vínculos e negócios também se encontravam nesse país e que, portanto, o que devia predominar era a “nacionalidade efetiva”.

<sup>618</sup> Aprovada em Nova York, em 29 de setembro de 1954, entrada em vigor em 06 de junho de 1960.

estrangeiro deve ser irrecorrível - não cabendo, portanto, possibilidade de alteração por outro órgão judicial. Não estando presente esta situação, é impossível, à luz dos documentos existentes, a transferência da execução da pena.

É um requisito aparentemente lógico, pois, sem que ocorra o trânsito, não se pode iniciar a execução, nem no próprio país da execução. Como se sabe, essa questão tem provocado profunda discussão não somente nos meios jurídicos, mas também na opinião pública, em razão das decisões do STF, que, embora não tenha ainda uma posição definitiva, vem entendendo ser possível a ocorrência de prisão depois da confirmação da condenação por órgão judicial de segunda instância mesmo que seja recorrível.

É preciso insistir que a razão para a exigência do trânsito em julgado é baseada no princípio universal da presunção de inocência (art. 5º. LVII CR).

Acredito que não se deve impedir a transferência da execução penal quando não tenha ocorrido o trânsito em julgado por estar pendente unicamente recurso da defesa. Como se sabe, pode ocorrer trânsito em julgado para a acusação, mas não para a defesa. Desse modo, é possível que a situação do condenado possa ser alterada somente para melhor e nunca para pior.

Quase todos os Tratados exigem essa condição: o Acordo Brasil-Argentina (art. 4º – a. “a sentença deverá ser definitiva e transitada em julgado, ou seja, não poderá estar pendente de julgamento qualquer recurso legal, inclusive procedimentos extraordinários de apelação ou revisão.”); o Tratado Brasil-Reino Unido (art. 3º – b. “que o julgamento seja definitivo e que nenhum outro procedimento legal relativo àquele ou qualquer outro delito esteja pendente no Estado remetente”); o Tratado Brasil-Peru (art. 3º – e. “Que a sentença seja definitiva; que todos os recursos de impugnação tenham sido esgotados; ou que o condenado tenha renunciado a todos os direitos de impugnação”); o Tratado Brasil-Espanha (art. 3º – d. “que a sentença seja definitiva”); o Tratado Brasil-Canadá (art. III – d. “que não esteja pendente de julgamento qualquer recurso em relação à condenação imposta ao preso no Estado Remetente ou que tenha expirado o prazo para a interposição de recurso.”); o Tratado Brasil-Portugal (art. 3º – b. “a sentença tiver transitado em julgado;”). Também na Convenção de Estrasburgo se exige isso (art. 3º – b.

“Se a sentença é definitiva;”). Na Convenção Interamericana (“Que exista sentença firme e definitiva na forma como foi definida no artigo 1º, parágrafo 3º desta Convenção.”). Na Convenção dos Países de Língua Portuguesa (art. 3º – b. “A sentença ser definitiva;”)

Nos Tratados firmados pelo Brasil com Angola, Suriname, Panamá, Japão e do Mercosul exige-se o trânsito em julgado. No Acordo existente entre Brasil e Países Baixos, pode haver a transferência “se os julgamentos forem finais e exequíveis” (art. 3º. B).

No modelo da ONU, se afirma que “A transferência só poderá ser efetuada com fundamento em sentença passada em julgado” (art. 11).

#### 7.5.9.3 Dupla incriminação

Também chamada de dupla identidade da infração, com sua adoção se busca que alguém cumpra pena no país da recepção por uma condenação prolatada em outro Estado, mas que, se a conduta que a motivou houvesse sido realizada no Estado da execução, também seria considerada crime. Sua elevação à condição de requisito é atribuída à influência direta do instituto da extradição, pois esse exige, para sua concessão, a condição da dupla incriminação.

Por isso mesmo, a homogeneidade para não dizer unificação, da legislação penal internacional, ajudaria muito no atendimento a este requisito. Fizeram bem os Tratados sobre transferência de execução penal assinados pelo Brasil, que preferiram a expressão ‘infração penal’ em vez de ‘crime’. Na prática, com a internacionalização do Direito Penal, o surgimento de crimes com arraigado viés internacional e a previsão dessas condutas nas mesmas legislações diminuirá esse obstáculo. Do mesmo modo, o fato de se exigir semelhança na conduta e não no *nomen iuris* facilita o reconhecimento do princípio.

Do exame dos Tratados firmados pelo Brasil se percebe que tal condição está prevista como requisito em quase todos eles. Sobre isso, se conclui:

No Tratado Brasil-Reino Unido:

Art. 3º. e) que os atos ou omissões, pelos quais a pena tenha sido imposta, constituam delitos de acordo com a legislação do Estado



recededor ou que constituiriam delitos caso tivessem sido cometidos em seu território;

#### No Tratado Brasil-Peru:

Art. 3º. h) Que os atos ou omissões que tenham causado a condenação constituam um crime, conforme a legislação de ambas as Partes.

#### No Tratado Brasil-Paraguai:

Art. 3º. a) que o delito pelo qual a pena seja imposta constitua também delito no Estado recebedor.

#### No Tratado Brasil-Espanha:

Art. 3º. a) o delito pelo qual a pena seja imposta deverá também constituir delito no Estado recebedor.

#### No Tratado Brasil-Chile:

Art. 3º. a) o delito pelo qual a pena seja imposta deverá também constituir delito no Estado recebedor.

#### No Tratado Brasil-Canadá:

Art. III. a) o crime pelo qual a pena foi imposta também deve constituir infração criminal no Estado Recebedor.

#### No Tratado Brasil-Portugal:

Art. 3º. d) os fatos que originaram a condenação constituírem infração penal face à lei de ambas as Partes.

#### No Tratado Brasil-Venezuela:

Art. 4º. h) que os atos ou omissões que tenham ocasionado a sentença penal no Estado de Condenação sejam também puníveis no Estado de Cumprimento, mesmo que inexista tipificação idêntica.

#### Na Convenção Europeia:

Art. 4º. 1) A pena pode ser executada por um outro Estado contratante se a lei desse Estado e se comprometeu em seu território o delito pelo qual foi imposta a pena de constituir uma infração a que o autor seria punível.

#### Na Convenção de Estrasburgo:

Art. 3º. 1. e) Se os actos ou omissões que originaram a condenação constituem uma infracção penal face à lei do Estado da execução ou poderiam constituir se tivessem sido praticados no seu território.

#### Na Convenção Interamericana:

Art. III. 3. Que o ato pelo qual a pessoa tenha sido condenada configure delito também no Estado receptor. Para esse efeito, não levarão em conta as diferenças de denominação ou as que não afetem a natureza do delito.

#### Na Convenção dos Países de Língua Portuguesa:

Art. 3º “e) Se os factos que originaram a condenação constituírem também infração penal face à lei do Estado da execução.

Essa exigência também é expressamente prevista nos Tratados assinados mais recentemente pelo Brasil: Angola (art. 3º, e), Panamá (art. 3º, e), Suriname (art. 3º, a), Japão (art. 3º, f) Países Baixos (art. 3º, d), Mercosul (art. 3º, 3). No Modelo da ONU, consta:

Item 3. A transferência de presos poderá efetuar-se nos casos em que a pena cominada e aplicada para o crime que ocasionou a condenação for privativa de liberdade tanto no Estado remetente (sentenciador) como no Estado a que deve ser feita a transferência (administrador), de conformidade com a legislação interna.

A Lei de Migração (2017), ao cuidar da transferência da execução da pena, prevê também como requisito a observância à dupla incriminação da conduta:

Art. 100 – Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.

Do mesmo modo, a mesma lei, ao cuidar da “Transferência de Pessoa Condenada”, também o exige:

Art. 104- A transferência de pessoa condenada será possível quando preenchidos os seguintes requisitos: IV- o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados.

#### 7.5.9.4 Tempo mínimo para o cumprimento da pena

A justificativa para a existência deste requisito é para que o Estado no qual ocorrerá efetivamente a execução da pena possa exercitar sua política penitenciária. Samaniego Manzanares usa o argumento de que deve haver uma justa proporção entre o benefício obtido e o custo do traslado<sup>619</sup>.

Do exame dos Tratados, se constata que a maioria exige que falem pelo menos seis meses a contar da data em que se faz o pedido. Em alguns outros, exige-se um ano. Em outros, não há referência, sendo, portanto, irrelevante o tempo que falte cumprir.

<sup>619</sup> SAMANIEGO MANZANARES, Jose Luis. *El convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, en comentarios de legislación penal*, t. VIII, Madri, 1988, p. 763.

Analisando os Tratados firmados pelo Brasil, verifica-se que alguns exigem pelo menos um ano para o cumprimento da pena:

No Tratado Brasil-Argentina:

Art. 3º. d) o remanescente da pena a ser cumprida deverá ser de no mínimo um ano quando da apresentação da solicitação.

No Tratado Brasil-Peru:

Art. 3º. d) Que o restante da pena pendente de cumprimento, no momento em que a solicitação for apresentada, seja de pelo menos doze meses ou indeterminado.

No Tratado Brasil-Venezuela:

Art. 4. d) que o restante da pena a ser cumprida no momento em que se apresente a solicitação seja de pelo menos doze meses.

Na Convenção dos Países de Língua Portuguesa:

Art. 3º. Se na data de recepção do pedido de transferência, a duração da condenação que o condenado tem ainda de cumprir for superior a um ano ou indeterminada.

Nos Tratados mais recentes assinados pelo Brasil, exige-se como tempo mínimo um ano: Angola (art. 3º, c), Panamá (art. 3º, c), Suriname (art. 3º, c), Japão (art. 3º, d), Países Baixos (art. 3º, c), da mesma forma no Acordo do Mercosul (art. 3º.6).

A Lei de Migração, procurando uniformizar o requisito do tempo mínimo, exige como condição pelo menos um ano de pena a cumprir:

“Art. 100 – III-a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

Na mesma lei, ao tratar da “Transferência de Pessoa Condenada” é feita a mesma exigência:

Art. 104 - III- A duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data da apresentação do pedido ao Estado da condenação.

Por outro lado, há diversos Tratados que exigem somente o prazo de seis meses:

Tratado Brasil-Chile:

Art. 3º. c) no momento da apresentação da solicitação a que se refere o parágrafo terceiro do Artigo 5 deverão restar pelo menos 6 (seis) meses de pena a cumprir;

Tratado Brasil-Canadá:

Art. III. c) na ocasião da apresentação do pedido especificado no parágrafo 3 do Artigo V, devem restar pelo menos seis meses de pena por cumprir;

#### Tratado Brasil-Portugal:

Art. 3º. c) a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir, for de, pelo menos, 6 (seis) meses, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

#### Tratado Brasil-Reino Unido:

Art. 3º. c) que, no momento do recebimento do pedido de transferência, o preso tenha no mínimo 6 (seis) meses da pena a cumprir;

#### Convenção de Estrasburgo:

Art. 3º. c) Se, na data da recepção do pedido de transferência, a duração da condenação que o condenado tem ainda de cumprir é, pelo menos, de seis meses ou indeterminada;

#### Convenção Interamericana:

Art. III. 6) Que a duração da pena ainda a ser cumprida seja, no momento da solicitação, de pelo menos seis meses.

Na proposta apresentada pela ONU, exige-se, no tópico “outros requisitos”, pelo menos seis meses (II. 12).

Creio que, mais importante que colocar tempo mínimo como requisito, é que os Estados atuem prontamente, para que a transferência da execução possa ser feita o mais breve possível depois da condenação, o que dará verdadeira eficácia ao Instituto.

#### *7.5.9.6 Outros requisitos*

Do exame dos diversos Tratados bilaterais e multilaterais se verifica que há alguns requisitos que só são encontrados em alguns poucos desses documentos, não chegando, portanto, a se constituir em regra na maioria dos mesmos.

**Gravidade do crime.** São poucos os Tratados que limitam ou que impõem a proibição da efetivação da transferência da execução em razão da natureza do crime que motivou a condenação. Esses Acordos excluem a possibilidade da aplicação do Instituto em razão da gravidade do crime cometido. Quando isto ocorre, quase sempre é em relação a crimes políticos e militares.

Segundo Borja Mapelli e Isabel Cano, isto ocorre porque estes crimes atentam diretamente contra os interesses institucionais do Estado da condena<sup>620</sup>.

Para mim, isto não deve figurar como requisito, porque a gravidade do crime só deve ser considerada quando da prolação da sentença e nunca quando da execução da mesma.

**Exequibilidade.** É condição básica em muitos Tratados que a transferência da execução da pena proferida no Estado da condenação possa ser exequível no Estado recebedor. Não é por outra razão que o Estado para o qual se pretende transferir o cumprimento da pena é chamado de Estado de execução. Por isso mesmo, nos casos de condenações à pena de morte, vários Tratados excluem a possibilidade, e não há nenhum que permita a transferência da execução para que essa pena seja executada em outro país.

Os Tratados que colocam como condição a exequibilidade da pena, isto é, que a pena estipulada no Estado remetente possa ser cumprida no Estado receptor, visam preservar a situação do condenado. Contudo, penso que isso nem sempre o beneficia, pois, em nome de protegê-lo, pode-se deixar de ajudá-lo. Certamente, isto pode se transformar num grande obstáculo para a efetivação da transferência da execução penal de estrangeiros. Alguns dos Acordos firmados exigem essa possibilidade e outros são específicos ao impor que a pena fixada não seja, por exemplo, a pena de morte ou a pena de prisão perpétua. Não é difícil verificar que um brasileiro condenado a uma destas espécies de pena não poderia ser transferido para o Brasil para que aqui se execute a pena porque, como se sabe, a Constituição da República proíbe expressamente essas modalidades de pena, só a admitindo excepcionalmente.

A única maneira de possibilitar a transferência da execução penal do condenado e, assim, não deixar de beneficiá-lo, é adotando, no que se refere ao modo de execução, que se adapte a pena à legislação pátria, o que poderia se dar convertendo essas condenações no Estado receptor à pena de trinta anos de prisão, o máximo permitido. Como demonstrado, isto poderia acontecer, como sugerido na proposta da ONU:

---

<sup>620</sup> MAPELLI, CAFFARENA Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel. *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 73/74.

14. As autoridades competentes do Estado administrador deverão:  
 a) continuar a execução da pena imediatamente ou mediante ordem judicial ou administrativo, o b) modificar a sentença, a fim de sustuir a sanção imposta no Estado sentenciador pela sanção prevista para o mesmo crime pela legislação do Estado administrador.

Chegaria a ser absurdo que, em nome da inexecuibilidade da transferência da pena e, conseqüentemente, da impossibilidade da aplicação do Instituto se “deixasse” que um brasileiro fosse executado à pena de morte em vez de tentar transferí-lo para o Brasil e aqui ter sua pena convertida na mais grave prevista, isto é, cumprimento de 30 anos de prisão.

Registre-se que isso já ocorre nos Tratados de Extradicação, assim, tal adoção nos casos de transferência não constituiria nenhuma inovação.

Em relação às condições previstas em Tratados multilaterais, observa-se que na Convenção Interamericana, além das condições já enumeradas como gerais, ainda se prevê que a pena a ser cumprida não seja a de morte. Eis o texto literal:

Art. III. 5- Que a pena a ser cumprida não seja pena de morte.

Art. V. 7- Que a aplicação da sentença não seja contraditória com o ordenamento jurídico interno do Estado receptor.

No mesmo sentido, o Tratado Brasil-Argentina:

Art. 4º. b) a condenação não poderá ser à pena de morte, a menos que esta tenha sido comutada;

Da mesma forma o Tratado Brasil-Peru:

Art. 3º. b) Que o condenado não tenha sido sentenciado à pena de morte, salvo se comutada; c) Que a transferência seja possível, de acordo com as leis e normas internas vigentes no Estado Remetente.

**Indenização.** A respeito da necessidade de o beneficiário ter de indenizar a vítima, sua família, o Estado no qual ocorreu o crime, ter de pagar multas ou quaisquer outras despesas, igualmente, não há uniformidade nos Tratados. A meu ver, é bom que isso não configure um requisito presente em todos os Acordos, porque a indenização não pode ser mais um obstáculo à transferência. Mesmo porque, o Estado da condenação, ou a vítima, ou sua família, têm outros meios de cobrar o que acha devido pelo cometimento do crime.

Do exame dos Tratados firmados pelo Brasil, verifica-se que, no Acordo Brasil- Argentina se exige o pagamento dos danos à vítima:

Art. 4º. e) Que o preso tenha reparado os danos causados à vítima, na medida em que isso lhe tenha sido possível.

No Acordo Brasil-Paraguai, não pode haver processo civil que busque a reparação de danos ou, caso exista, deverá este comprovar sua incapacidade de arcar com qualquer pagamento devido:

Art. 3º. f) que o preso tenha cumprido ou garantido o pagamento, de forma satisfatória para o Estado remetente, das multas, despesas com a justiça, reparação civil e sanções pecuniárias de qualquer natureza que correm às suas custas conforme o disposto na sentença e que não esteja tramitando demanda por indenização na jurisdição civil e sanções pecuniárias de qualquer natureza que correm às suas custas conforme o disposto na sentença e que não esteja tramitando demanda por indenização na jurisdição civil. Excetua-se o preso que comprove devidamente a sua absoluta insolvência.

No Tratado Brasil-Bolívia, exige-se o pagamento de multa, custas, reparação civil, condenação pecuniária:

Art. IV, e) o condenado tenha cumprido com o pagamento de multas, custas judiciais, reparação cível ou condenação pecuniária de qualquer natureza a serem cobertas por ele, em conformidade com o disposto na sentença condenatória; ou que garanta seu pagamento de forma satisfatória para o Estado Remetente.

No caso do Tratado Brasil-Peru, a pena aplicada não pode ser a condenação à pena de morte, salvo se comutada, que a pena seja exequível:

Art. 3º, b) Que o condenado não tenha sido sentenciado à pena de morte, salvo se comutada.

Para mim, os requisitos para a aplicação do instituto em exame são:

1. Interesse do condenado na transferência da execução penal para seu país;
2. Vínculo afetivo e sociológico com o Estado receptor;
3. Sentença transitada em julgado para a acusação.

Diferentemente de outros autores que vêem como requisitos a concordância entre os Estados e o tempo mínimo de cumprimento de pena, penso que são pressupostos para a aplicação do Instituto.

Por outro lado, não devem ser vistos como requisitos a dupla incriminação da conduta, a proibição de determinados crimes e penas e, principalmente, que o condenado seja nacional do Estado Receptor.

Como já dito, mais importante que o vínculo jurídico, é o sociológico, e este deve prevalecer sobre aquele.

Sobre o tempo mínimo a cumprir, isto não deveria figurar como requisito, pois, independentemente do tempo que haja a cumprir, deve haver a transferência, principalmente na fase do livramento condicional, quando a participação da comunidade e, em especial, da família, deve se fazer mais presente.

A respeito da restrição do tempo mínimo que deve haver a cumprir para que se efetive a transferência, afirmam Borja Mapelli e Isabel Cano que isso só se explica por razões econômicas e não ressocializadoras, e afirmam:

Pues si realmente convenimos que la estancia en las prisiones de su país es más recomendable que la estancia en prisiones extranjeras lo será independientemente del tiempo de pena que le resta por cumplir. Como afirmábamos anteriormente, son quizás en los últimos periodos de condena o en las estancias cortas en prisión en los casos en que más cuidado demandan las relaciones del interno con su medio social y familiar y, en consecuencia más recomendable es desde una estrategia resocializadora aproximarlos a aquél.<sup>621</sup>

A maioria dos Tratados exige tempo mínimo, quase sempre de seis meses. A razão disso, segundo Gueiroz, é que tempo inferior a um semestre:

praticamente inviabiliza os fins ressocializadores que impulsionam o instituto da transferência, por outro, através de um *quantum* se estabelece uma equitativa relação entre o custo e o benefício de toda a operação, que envolve a tramitação e a tradução de uma grande quantidade de papéis.<sup>622</sup>

Aceitar esta limitação implica em impedir que a transferência ocorra em condenações de penas curtas ou em casos em que não era possível fazer a solicitação. Imagine-se um preso que vem cumprindo pena num país onde só quando faltava menos tempo que o exigido para fazer a solicitação é que o Tratado começou a vigorar. Qual a razão para impedir o benefício? A alegada proporcionalidade que deve haver entre o que se gasta financeiramente e o tempo a cumprir no Estado receptor me parece simplesmente absurda.

Segundo Samaniego Manzanares, há uma dupla justificação para a exigência do tempo mínimo:

porque estancias breves en prisión por debajo de los seis meses se avienen mal con los fines resocializadores y, por otra parte, porque de

<sup>621</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZALES CANO, Maria Isabel, *El traslado de personas condenadas entre países*, cit., p. 64.

<sup>622</sup> GUEIROZ, Arthur. *Presos estrangeiros no Brasil*, cit., p. 97



esta forma se asegura una cierta proporción entre el beneficio que obtiene el condenado y el costo económico de toda la operación.<sup>623</sup>

## 7.6 Procedimento administrativo

Foi visto ao longo do trabalho que a transferência de uma condenação penal pode ocorrer transferindo para outro país a execução da pena de um condenado estrangeiro (transferência passiva<sup>624</sup>) ou quando alguém que está condenado no exterior vê trazida para o Brasil sua execução penal (transferência ativa<sup>625</sup>), para tanto, é necessário seguir um procedimento administrativo.

Quando se tratar de transferência passiva, começa com uma manifestação ao Ministério da Justiça, realizada pela representação diplomática da nacionalidade do estrangeiro condenado no Brasil. No caso do Brasil, tramitará na Secretaria Nacional de Justiça, mais especificamente no Departamento de Migrações (no lugar do Departamento de Estrangeiros), que tem uma seção de Divisão de Medidas Compulsórias, no qual se encontra a Seção de Transferência de Pessoas Condenadas.

Para que se possa dar início ao procedimento, é indispensável que haja um Tratado de transferência de pessoas condenadas com o país onde se encontra o interessado ou, em razão da nova Lei de Migração, que haja o compromisso de reciprocidade. Lamentavelmente, sem o Acordo, não é possível proceder qualquer tentativa de transferência de execução penal. E digo lamentavelmente porque no Ministério da Justiça há muitas manifestações de presos de nacionalidade de países com os quais não há Tratado que permita o benefício.

---

<sup>623</sup> SAMANIEGO MANZANARES, Jose Luis. *El convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, en comentarios de legislación penal*, t. VIII, Madri, 1988, p. 763.

<sup>624</sup> A Portaria nº 572, de 11 de maio de 2016, determina: “Art. 1º. A transferência passiva de pessoas condenadas dar-se-á quando a pessoa condenada pela Justiça brasileira solicitar ou concordar com a transferência para seu país de nacionalidade ou país em que tenha vínculo ou residência habitual para cumprir o restante da pena”.

<sup>625</sup> Segundo a Portaria 572/2016, no seu art. 13 consta: “A transferência ativa de pessoas condenadas dar-se-á quando a pessoa condenada pela Justiça de Estado estrangeiro solicitar ou concordar com a transferência para o Brasil, por possuir a nacionalidade brasileira ou vínculo ou residência habitual no território brasileiro, para cumprir o restante da pena.”

A justiça não permite a possibilidade da transferência de preso se não houver como o país de sua nacionalidade Tratado firmado e em vigor. A este respeito, decidiu o STJ<sup>626</sup>. Certamente, foi isto que provocou a inovação na Lei de Migração que possibilita a transferência desde que haja compromisso de reciprocidade (art. 100).

O primeiro passo é verificar, evidentemente, se os requisitos previstos no Tratado com o do país da nacionalidade do condenado estão atendidos; da mesma forma, é indispensável constatar se os documentos exigidos pelo Brasil foram apresentados.

Havendo concordância, o Departamento de Estrangeiros proporá a aprovação à Secretaria Nacional de Justiça. Aprovado o pedido, o Brasil comunicará a Missão Diplomática da nacionalidade do condenado. Para a finalização do procedimento, serão acertados local, data e horário para a apresentação e entrega do condenado aos representantes do país receptor, quando será lavrado o Auto de Transferência e o Termo de Expulsão com o que findará o procedimento da transferência.

Outra medida necessária é a comunicação da transferência ao Juízo da Execução Penal ao qual o interessado se encontre vinculado.

Caso se trate de um procedimento de transferência ativa, isto é, trazer um brasileiro condenado do exterior, o procedimento também se inicia na Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, seja por provocação da Representação Diplomática no Brasil, por solicitação do condenado ou “Qualquer pessoa ou autoridade que tenha conhecimento do interesse da pessoa condenada em ser transferida” (art. 14, I e II da Portaria 572/2016). Recebida a solicitação, será acionado o Ministério das Relações Exteriores, para que contacte a Representação brasileira situada no país, preferencialmente a mais próxima do local onde se encontra o brasileiro preso ou condenado, para que se reúna a documentação exigida para o processamento, os quais deverão ser traduzidos para o português. Desse modo, nessas situações, as representações diplomáticas no exterior têm um papel fundamental.

---

<sup>626</sup> Habeas Corpus n. 50.893-DF. Processo n. 2005/02005/0203968-7. Diário da Justiça, 14 dez. 2005.

Da posse dessa documentação, a Divisão de Medidas Compulsórias atuará junto à Vara de Execuções Criminais da localidade de origem ou da residência permanente do interessado, apresentando a documentação reunida e questionando a respeito da existência de vaga para receber o interessado.

Diante da resposta afirmativa, se concluirá o feito, encaminhando-se o processado à Secretaria Nacional de Justiça, que deverá aprovar a transferência.

Uma vez aprovado o pedido, por meio dos órgãos diplomáticos, o Estado remetente acertará local, data e hora para que agentes da Polícia Federal recebam o transferido (quase sempre no aeroporto) e o encaminhem até o local onde cumprirá o restante de sua pena.

Uma questão que poderia provocar debate e atrasar muito os pedidos de transferência de brasileiros que querem cumprir suas penas aqui seria a necessidade de homologação das sentenças. Não vejo razão da necessidade de submeter as decisões condenatórias objeto de transferência de execução penal a esse rito. De qualquer modo, o entendimento da justiça é que não há necessidade disso<sup>627</sup>.

### **7.6.1 Iniciativa**

Assim, à luz do ordenamento jurídico existente hoje, para que se possa proceder à transferência da execução penal de um condenado para seu país, é indispensável a existência de um Tratado firmado entre o Estado da condenação e o Estado da execução. Com a Lei de Migração (2017), será possível – espera-se – que aumentem os pedidos e efetivas transferências, pois nela também se permite que o pedido e, conseqüentemente, a transferência, seja efetuada com base no princípio da reciprocidade.

---

<sup>627</sup> No Brasil, em casos de transferência de pessoas condenadas, não há necessidade de homologação da sentença estrangeira. O STJ tem decidido que não isso não é necessário quando se tratar de procedimento específico previsto em Tratado ou convenção Internacional (Sentenças Estrangeiras 3.521 – PT, dj. 01.09.2009; SE 4141 – PT, dj.01.09.2009; SE 5.237 – US, dj. 01.06.2010; SE 5.269 – PT, dj. 08.02.2011).

Da leitura dos Tratados firmados pelo Brasil, verifica-se que há três possibilidades: A primeira é que concede a ambos os Estados Parte a iniciativa para a realização da solicitação. A segunda é a que limita a somente um dos Estados Parte tomar a iniciativa para a formulação do pedido. Nessa hipótese, em alguns Tratados, restringe-se ao Estado da condenação a possibilidade do pedido, em outros, essa solicitação só poderá ser efetuada pelo Estado da execução. E a terceira possibilidade é a que permite ao próprio interessado apresentar a solicitação. Registre-se que, no caso do Brasil, o possível beneficiário condenado no exterior sempre poderá pedir o benefício.

Assim, verifica-se que, no Tratado Brasil-Canadá, é o Estado remetente que pode apresentar a solicitação, mas nada impede que o preso apresente pedido de transferência a esse Estado (art. V. 2). O mesmo ocorre no Acordo Brasil-Espanha, podendo também, o preso tomar a iniciativa (art. 5º.2). É esta também a opção escolhida pela Convenção Europeia (art. 5º).

Os Tratados que restringem ao Estado receptor a possibilidade de apresentar o pedido são os firmados pelo Brasil com a Argentina, pois deve o pedido ser dirigido pelo Estado receptor ao Estado remetente (art. 6º.1). O mesmo se dá com no Tratado Brasil-Bolívia (art. VI).

A maioria dos Acordos possibilita aos dois Estados tomar a iniciativa para a solicitação da transferência. É o que ocorre no caso Brasil-Chile, observando que nesse Tratado o próprio condenado pode fazer o pedido a qualquer dos Estados (art. 5º.2). Isto também acontece no Acordo Brasil-Reino Unido, podendo o condenado manifestar seu interesse ao Estado remetente (art. 2º.2).

O mesmo ocorre no Tratado Brasil-Paraguai, que prescreve que tanto o Estado remetente como o Estado receptor podem ter a iniciativa para solicitar a transferência – devendo essa ser apresentada por via diplomática. Do mesmo modo, o condenado pode apresentar o pedido nesse sentido ao Estado remetente (art. 5º.2). Não é diferente o que se prevê no Tratado Brasil-Peru, pelo qual a transferência pode ser solicitada pelo Estado remetente ou pelo Estado receptor. Também permite ao condenado “expressar” ao Estado remetente ou ao Estado receptor seu desejo de ser transferido (art. 2º.2, 3).

No caso Brasil-Portugal, a solicitação pode ser efetuada por qualquer uma das Partes ou ainda pela “pessoa condenada” (art. 2º.2).

O Tratado Brasil-Venezuela é omissivo, o que leva à conclusão de que qualquer dos dois Estados pode requerer a transferência e até mesmo o próprio interessado.

Por sua vez, a Convenção Interamericana permite que ambos os Estados façam a solicitação (art. V. 1), nada mencionando a respeito do beneficiário.

No Tratado firmado pelo Brasil com Angola, os dois Estados Parte poderão tomar a iniciativa (art. 2º, 2); o mesmo tratamento é dado no Acordo do Mercosul, mas, observa-se que pode ser feito a pedido do condenado (art. 5, 1). No Tratado firmado pelo Brasil com os Países Baixos, limita-se aos Estados a iniciativa da solicitação, nada dizendo a respeito do condenado poder fazer a solicitação.

No caso do Tratado com o Suriname, só o Estado remetente poderá fazê-lo, mas não impede que o condenado apresente pedido para que a transferência seja efetuada (art. 5º, 2).

No Tratado Brasil-Japão ambos os Estados podem tomar a iniciativa de efetuar a solicitação da transferência (art. 2º, 3).

Por sua vez, o modelo proposto pela ONU é o mais amplo, pois admite que tanto o Estado sentenciante como o Estado administrador o façam, assim como permite aos presos e a seus familiares que também possam fazê-lo.

Acredito que a melhor solução é a de dar ampla liberdade quanto à iniciativa, mas, em qualquer caso, deve-se exigir o consentimento expresso do condenado.

### **7.6.2 Autoridade central**

Por ser um procedimento público, deve ele ocorrer em um órgão do Poder Público; no caso dos tratados bilaterais, os procedimentos ocorrerão no Ministério da Justiça. Nesse Ministério, encontra-se a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, no qual, por sua vez, funciona o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, sendo esta precisamente a autoridade encarregada de cuidar desses processos e procedimentos.

De qualquer modo, é oportuno observar o que alguns Tratados mencionam o órgão que deve cuidar dos pedidos e procedimentos.

Alguns Tratados explicitam qual é a autoridade responsável pelo assunto, outros são omissos - devendo-se registrar que, no caso brasileiro, será, como apontado, a Secretaria Nacional de Justiça, através do Departamento de Cooperação Internacional.

O Acordo Brasil-Canadá afirma que cada Parte deverá designar uma autoridade responsável pelo desempenho das funções estabelecidas no âmbito do presente Tratado, sem explicitar qual, (art. IV). O Tratado Brasil-Espanha, (art. 4º) e o Acordo Brasil-Chile (art. 4º) determinam que será o Ministério da Justiça de cada país (art. 4º).

O Tratado Brasil-Reino Unido assevera que os pedidos devem ser feitos por escrito e dirigidos pela autoridade competente do Estado solicitante à autoridade competente do Estado solicitado, mas, não explicita qual é a autoridade central (art. 5º.1).

O Tratado Brasil-Argentina é omissivo; o Acordo Brasil-Paraguai diz que sua autoridade central será o Ministério da Justiça e Trabalho (art. 4º). No Acordo Brasil-Portugal é a Procuradoria Geral da República (art. 5º.1.b). No Tratado Brasil-Peru é o Ministério das Relações Exteriores (art. 5º.2).

No Tratado Brasil-Bolívia é o Ministério do Governo (art. III). O Acordo Brasil-Venezuela estabelece que é o Ministério do Poder Popular para as Relações Interiores e Justiça (art. 3º).

Na Convenção de Estrasburgo determina-se que os pedidos devem ser dirigidos pelo Ministério da Justiça do Estado requerente ao Ministério da Justiça do outro Estado (art. 5º.2). A Convenção Interamericana explicitamente determina que a Autoridade Central é a Secretaria Geral da OEA.

Como se vê, nesse tópico também não há qualquer uniformidade.

### **7.6.3 Documentos exigidos**

A formalização requer reunir alguns documentos; a saber, cópia da decisão condenatória com a comprovação do trânsito em julgado, atestado do comportamento carcerário, comprovação do tempo que ainda resta a cumprir e do já cumprido, cópia da guia do recolhimento do condenado. Toda a

documentação deverá ser traduzida e encaminhada ao País receptor, para que efetue sua parte consistente, inicialmente, em examinar, administrativa ou judicialmente, se os requisitos foram atendidos e previstos e a oportunidade do pedido. Concomitantemente, o Brasil instaurará um processo de expulsão do condenado, o qual deverá se efetuar ao mesmo tempo da transferência.

Os documentos exigidos pelo Ministério da Justiça do Brasil são:

- a) Solicitação formal da pessoa condenada;
- b) Cópia da sentença condenatória com trânsito em julgado;
- c) Atestado de conduta carcerária;
- d) Textos legais aplicáveis;
- e) Certidão contendo o tempo da pena cumprido e o restante a cumprir; e
- f) Informação sobre o local onde residem os familiares da pessoa condenada.

Para a realização do pedido, não há pagamento de taxa ou outro valor para pedir a transferência. A solicitação deve ser feita ao Ministro da Justiça, ao Secretário Nacional de Justiça ou à Direção do Departamento de Estrangeiros. Existe a possibilidade de acompanhamento do trâmite da solicitação efetuada por meio eletrônico; para tanto, pode-se encaminhar mensagem eletrônica para o e-mail [transferencia@mj.gov.br](mailto:transferencia@mj.gov.br) ou ainda por meio telefônico.

No caso do Brasil, a transferência pode ser solicitada pelo estrangeiro condenado no Brasil ou por brasileiro condenado no exterior, desde que, como já dito, haja Tratado com o outro Estado ou baseado em compromisso de reciprocidade. No primeiro caso temos a chamada transferência passiva e no segundo estaremos diante do que se denomina transferência ativa.

#### **7.6.4 Via diplomática**

Por se tratar de um Acordo de cooperação internacional e, portanto, de um ato consensual, é necessário que haja concordância entre os Estados Parte para que se realize a transferência do condenado estrangeiro. Como se viu, cada país terá uma Autoridade central responsável pelo trâmite da transferência, à qual se comunicará esse interesse e cuidará também,

juntamente com a autoridade central do outro Estado Parte. Todo esse procedimento ocorrerá por via diplomática. É o que preveem os Tratados Brasil-Canadá (art. X, 3); Brasil-Espanha (art. 5º. 3); Brasil-Chile (art. 5º, 5); Brasil-Paraguai (art. 5º. 2); Brasil-Portugal (art. 5º.2); Brasil-Peru (art. 5º.1); Brasil-Bolívia (art. VI). O Acordo Brasil-Venezuela é omissivo, bem como o Brasil-Reino Unido.

A Convenção Europeia estabelece que o pedido deve ser feito através do Ministério da Justiça da Comunicações (art. 15. 1). Em casos de emergência, os pedidos e comunicações podem ser enviados através da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol)(art. 15. 2). A Convenção Interamericana afirma que o meio para a realização dos pedidos é por via diplomática ou consular (art. V.2).

#### **7.6.5 Dever de informar**

Todos os Tratados assinados pelo Brasil determinam que os Estados devam prestar informações aos possíveis beneficiários, especialmente sobre as consequências da transferência, notadamente as jurídicas. É assim que o fazem os Tratados assinados pelo Brasil com o Canadá, (art. V.1), com a Espanha (art. 5º.1) e com o Chile (art. 5º.1), que têm a mesma redação: “Cada Parte deverá explicar o teor do presente tratado a qualquer preso ao qual o mesmo possa aplicar-se”. Isto é fundamental em razão do caráter humanista e da busca da eficácia do Instituto.

O Tratado Brasil-Reino Unido também o prevê:

Art. 4º. Qualquer preso, ao qual se aplique este Acordo, deve ser informado pelo Estado remetente do conteúdo deste Acordo.

O Tratado Brasil-Argentina prevê:

Art. 5º. 1- As autoridades competentes das Partes informarão a todo preso nacional da outra Parte sobre a possibilidade decorrente da aplicação deste Tratado e sobre as consequências jurídicas derivadas de sua transferência.

O Acordo Brasil-Paraguai basicamente tem a mesma redação:

Art. 5º. 1 - As autoridades competentes das Partes informarão a todo preso nacional da outra Parte sobre a possibilidade oferecida por este Tratado e sobre as consequências jurídicas que derivam de sua transferência.



Os Tratados Brasil-Portugal e Brasil-Peru são mais sintéticos e menos exigentes, limitando-se a exigir o noticiamento, mas, certamente, procuram alcançar o mesmo objetivo;

Art. 4º. 1 - As Partes noticiarão as disposições deste Tratado a qualquer condenado a quem possa ser aplicado.

O Tratado Brasil-Bolívia (art. 5.1) tem a mesma redação que o Acordo Brasil-Paraguai, apenas substituindo a palavra 'derivam' por 'derivadas'. No Tratado Brasil-Venezuela se constata que é obrigação das Partes informar sobre as disposições deste Acordo a qualquer pessoa condenada a quem o referido instrumento possa ser aplicado (art. 5º.1). Por sua vez, a Convenção Europeia, sobre isso, é omissa. Já a Convenção de Estrasburgo a prevê (art. 4º.1), e, por sua vez, a Convenção Interamericana determina:

Art. IV. Prestação de Informação.

1. Cada Estado Parte informará a respeito do conteúdo desta Convenção a qualquer pessoa sentenciada que esteja compreendida nas disposições da mesma.
2. Os Estados Partes manterão informada a pessoa sentenciada a respeito do trâmite de sua transferência.

Nos direitos de informação do preso estrangeiro deve estar a informação sobre o direito a ser transferido para seu país.

#### **7.6.6 As custas**

Via de regra, são arcadas pelo Estado em que se encontra o preso. Assim, enquanto o condenado estiver no território do Estado da condenação, esse será responsável pelas despesas efetuadas e quando o condenado ingressar para o Estado da execução passa a ser de responsabilidade do Estado receptor.

#### **7.6.7 Data, hora e local**

Isso só tem relevância nos casos que efetivamente se efetue a transferência do condenado estrangeiro para seu país; evidentemente, é necessário que seja ele retirado do estabelecimento prisional no qual se encontra e seja colocado num estabelecimento prisional de seu país. Quando o pedido de transferência é aceito pelas Partes, já se deve saber para onde ele

irá. Desse modo, é necessário que haja um deslocamento, tanto no território do Estado da condenação, como no do Estado receptor e não raras vezes num outro Estado que é denominado de 'Estado de trânsito'.

A responsabilidade pela guarda, transporte e entrega do beneficiário no caso do Brasil é da Polícia Federal, e, no caso dos Estados estrangeiros, fica a critério da legislação e normas administrativas a respeito.

Quanto à determinação do local, isso fica a critério das Partes. É o que determinam os Acordos correspondentes: Brasil-Canadá: "local acordado entre as partes" (VI.1); Tratado Brasil-Espanha: "acordar"(art. 6º.1); Tratado Brasil-Chile: "local acordado entre as Partes" (6º.1); Tratado Brasil-Argentina: "a combinar"(art. 8º); Tratado Brasil-Paraguai: "acordado"(art. 6º.1); Tratado Brasil-Peru: "local acordado entre as partes" (art. 5º.3); Tratado Brasil-Bolívia: "combinar"(art. 8º); Tratado Brasil-Venezuela (art. 6º.2).

Os Tratados assinados com o Reino Unido e com Portugal não fazem referência ao local onde deverá ocorrer a entrega e o recebimento do beneficiário, sendo que o primeiro menciona o Estado de trânsito (art. 11).

Quanto à data, não há, em nenhum dos Tratados, qualquer menção, ficando subentendido que isto também será acordado entre os Estados Parte.

### **7.6.8 Modo de execução**

Certamente, é este um dos pontos mais delicados e que mais provoca resistência à maior aceitação do Instituto. Ele se traduz em desconfiança de que a soberania do Estado da condenação será violada. Isso se dá principalmente porque alguns Tratados admitem, em relação ao modo de execução, que a pena proferida no Estado da condenação seja adaptada em conformidade com a legislação do Estado receptor. Desse modo, imagina-se que a sentença proferida não será respeitada e nem mesmo aplicada.

Outro ponto delicado diz respeito à possibilidade que os Estados Parte têm de anular, revisar, anistiar, comutar e diminuir a quantidade e a qualidade da pena.

A respeito do modo de execução, é preciso observar que há basicamente duas principais modalidades: a primeira determina que a pena seja executada no Estado receptor em conformidade com a legislação do

Estado da condenação. A segunda orientação determina que a execução do cumprimento da condenação ocorra em conformidade com a legislação do Estado receptor. É esta segunda orientação é a mais encontrada. No caso do Brasil, por exemplo, poucos são os Tratados com que não são regidos por esta modalidade.

Nesse caso, muitos Tratados restringem ao Estado da execução a possibilidade de anistiar, comutar ou alterar de qualquer forma a natureza e a quantidade da pena. Desse modo, preservam a exclusividade para conhecer de pedidos de Recursos de Revisão.

Com essa previsão se apresentam todos os Acordos bilaterais firmados pelo Brasil.

É o caso do Tratado Brasil-Peru:

Art. 8º. 2. A pena ou medida de segurança imposta ao condenado será aplicada segundo as leis e regulamentos vigentes no Estado Receptor. A natureza ou duração da condenação imposta pelo Estado Remetente não poderá ser modificada em nenhum caso.

A mesma situação se encontra no Acordo Brasil-Bolívia: “Artigo XI – A execução da sentença será regida pelas leis do Estado Receptor, inclusive as condições para a outorga e revogação da liberdade condicional, antecipada ou vigiada”.

O Acordo Brasil-Paraguai estipula:

Art. 6º. 4) Na execução da pena de um preso que tenha sido transferido, deverá observar-se a legislação e os procedimentos do Estado receptor.

Não é diferente o Tratado Brasil-Espanha:

Art. 6º. 4. Na execução da pena de um preso que tenha sido transferido, deverá observar-se a legislação e os procedimentos do Estado receptor.

No mesmo sentido é o Tratado Brasil-Chile:

Art. 6º. 4. Na execução da pena de um preso que tenha sido transferido, deverá observar-se a legislação e os procedimentos do Estado receptor.

Ainda o Tratado Brasil-Canadá:

Art. VI, 3) A complementação da pena imposta a um preso que tenha sido transferido deverá observar a legislação e os procedimentos do Estado Receptor.

Da mesma forma se posiciona o Tratado Brasil-Argentina:

Art. 11. A execução da sentença será regida pelas leis do Estado recebedor, inclusive as condições para a outorga e revogação de liberdade condicional ou vigiada.

Na Convenção de Estrasburgo, a execução da pena também é regida pela legislação do Estado da execução:

Art. 9º. 3- A execução da condenação rege-se pela lei do Estado da execução, o qual detém competência exclusiva para tomar todas as decisões apropriadas.

Mas, essa modalidade é limitada, porque muitos Tratados restringem o poder do Estado da execução em relação à sentença condenatória. É o que ocorre no Tratado Brasil-Reino Unido, no qual a execução será regida pela legislação do Estado da execução e somente ele pode decidir sobre decisões cabíveis. Porém, o Estado recebedor deverá respeitar a natureza legal e a duração da pena como determinado pelo Estado remetente. A pena pode ser adaptada a uma 'duração exequível no Estado recebedor':

Artigo 8º. Procedimento para Aplicação da Sentença. 1. A aplicação continuada da sentença depois da transferência deverá ser regida pela lei do Estado recebedor e somente esse Estado será competente para tomar as decisões cabíveis.

O mesmo ocorre no Tratado Brasil-Portugal, pois o Estado da execução não pode alterar a matéria do fato constante da sentença proferida no Estado da condenação:

Art. 9º, 3. Na execução da pena, observam-se a legislação e os procedimentos do Estado para o qual a pessoa tenha sido transferida.

A meu ver não é esta a melhor opção. Creio que não basta que a execução ocorra em conformidade com a legislação do Estado onde a pena será executada. É necessário que este Estado tenha poder, inclusive, para poder adaptar a sentença condenatória e, se for preciso, convertê-la, seja qualitativamente, seja quantitativamente. A razão que justifica tal proposta tem por base, como já expusemos, a possibilidade de permitir que todas as condenações possam ser transferidas, inclusive aquelas que não tem previsão no ordenamento brasileiro, como a pena de morte, as penas corporais e outras. Para tanto, evidentemente, será necessário ocorrer a conversão das mesmas.

É isso que também está acertado no Acordo Brasil-Venezuela, pois além da pena ser aplicada segundo o ordenamento jurídico do Estado do

cumprimento, poderá este, em relação à sentença proferida no Estado da condenação, adaptá-la, não podendo nunca agravá-la (art. 9º.2).

Para Alderete Lobo:

Del contenido de estos acuerdos internacionales se derivan dos consecuencias principales. La primera es que la jurisdicción sobre la existencia y los aspectos cuantitativos de la pena seguirá siendo de competencia exclusiva del Estado de condena. Es decir que el Estado receptor estará vinculado por los hechos probados en la sentencia y la duración de la pena, y no podrá efectuar reducción alguna o conversión de ésta en una sanción pecuniaria. Tampoco podrá conceder amnistía, indulto, conmutación de pena, ni utilizar procedimiento alguno que tenga por objeto anular, revisar o modificar la sentencia.<sup>628</sup>

Sem dúvida, a adoção da conversão da pena é a solução para casos de pena não prevista no Estado receptor. Negar a transferência por causa disso seria negar o caráter humanista do Direito Penal. A execução deve ocorrer em ampla conformidade com o ordenamento jurídico do país receptor. É a única maneira do Instituto ser aplicado com possibilidade de efetivamente alcançar seus objetivos humanistas e o da reintegração social. Assim, o Estado receptor deve ter liberdade para aplicar a lei como melhor convier.

Em relação à possibilidade de impetrar recursos contra a decisão proferida, especialmente o de Revisão, porque, como se sabe, um dos mais importantes requisitos e que aparece em todos os Tratados sobre o tema é que a sentença condenatória tenha transitado em julgado, muitos Tratados impõem limite em relação à possibilidade de conceder anistia, comutação, perdão e sobre o poder de impetrar algum recurso de Revisão.

Nesta situação encontra-se o Tratado Brasil-Espanha, que determina que o Estado Remetente poderá conceder indulto, anistia ou comutação de pena ao condenado:

Art. 6º.4. O Estado remetente poderá conceder indulto, anistia ou comutação da pena conforme sua Constituição ou outras disposições legais aplicáveis. Não obstante, o Estado recebedor poderá solicitar do Estado remetente a concessão do indulto ou comutação, mediante petição fundamentada a qual será examinada com benevolência.

O Tratado Brasil-Bolívia estabelece que o Estado remetente terá jurisdição exclusiva sobre qualquer procedimento, de qualquer caráter, que tenha como objetivo anular, modificar ou tornar sem efeito as sentenças

---

<sup>628</sup> ALDERETE LOBO, Rubén. *La transferencia internacional de personas condenadas a pena privativa de libertad*, cit., p. 270.

ditadas por seus tribunais (art.X), assim, somente ele poderá anistiar, indultar, rever, perdoar ou comutar a pena imposta. É a mesma posição do Tratado Brasil-Venezuela, embora faça uma concessão mediante estrita observância ao determinado:

Art. 9º. 1– O Estado da condenação terá a jurisdição exclusiva com relação às penas impostas e qualquer procedimento que disponha a revisão, modificação, ou anulação das sentenças proferidas por suas autoridades judiciais. Exercerá, igualmente, o direito exclusivo de outorgar indulto, anistia, ou clemência à pessoa condenada. Ao ser comunicado de qualquer decisão a esse respeito, o Estado do Cumprimento dar-lhe-á execução.

2– A pena ou medida de segurança imposta à pessoa condenada será aplicada segundo o ordenamento jurídico do Estado de Cumprimento. O Estado de Cumprimento, mediante decisão judicial ou resolução administrativa, poderá adaptar a pena imposta pelo Estado de Condenação ao que estabelece seu ordenamento jurídico interno em relação a fatos puníveis de igual natureza. Em nenhuma hipótese a referida sentença poderá agravar ou exceder o máximo previsto no ordenamento jurídico do Estado de Condenação.

O Tratado Brasil-Paraguai não é diferente:

Art. 7º - O Estado remetente terá jurisdição a respeito de todo o procedimento, que tenha por objeto anular, modificar ou deixar sem efeito as sentenças ditadas pelos seus juízes.

No Tratado Brasil-Peru, o Estado Remetente reterá a jurisdição exclusiva com relação às penas impostas e a qualquer procedimento acerca da revisão, modificação ou cancelamento das sentenças exaradas por suas autoridades judiciais. Do mesmo modo, mantém com exclusividade o direito de outorgar indulto, anistia ou graça ao condenado (art. 8º. 1).

Já no Tratado Brasil-Chile, o Estado Remetente poderá conceder indulto, anistia ou comutação de pena. O Estado Recebedor poderá solicitar ao Estado remetente a concessão de indulto ou comutação e, ainda, faz uma recomendação:

Art. 6º.4. O Estado remetente poderá conceder indulto, anistia ou comutação da pena conforme sua Constituição ou outras disposições legais aplicáveis. Não obstante, o Estado recebedor poderá solicitar do Estado remetente a concessão do indulto ou comutação, mediante petição fundamentada a qual será examinada com benevolência.

O Tratado Brasil-Canadá estabelece:

Art. VI. 3.O Estado Remetente, entretanto, reservar-se-á o direito de perdoar a pena ou anistiar o preso, e o Estado Recebedor deverá pôr em liberdade o preso imediatamente após o recebimento da notificação de tal perdão ou anistia.

A Convenção Interamericana não difere da maioria das Convenções: “o Estado sentenciador conservará sua plena jurisdição para a revisão das sentenças proferidas por seus tribunais”. Também conservará poder para conceder indulto, anistia ou perdão. Nesta Convenção, a pena será cumprida de acordo com as leis e procedimentos do Estado receptor, inclusive a aplicação de quaisquer disposições relativas à redução de período de prisão ou do cumprimento alternativo da pena (art. VII. 2).

Por sua vez, a Convenção de Estrasburgo configura-se importante exceção, porque estabelece:

Art. 9º. 3. A execução da condenação rege-se pela lei do Estado da execução, o qual detém competência exclusiva para tomar todas as decisões apropriadas.

Do mesmo modo, estipula a respeito do perdão, anistia e comutação:

Art. 12. Cada uma das Partes pode conceder o perdão, a anistia ou a comutação da pena, em conformidade com a sua Constituição ou outra legislação.

Esta Convenção possibilita a conversão à legislação do país receptor. É isto que prevê a alínea *b* do citado artigo:

Art. 9º. b. Converter a condenação, mediante processo judicial ou administrativo, numa decisão desse Estado, substituindo assim a sanção proferida no Estado da condenação por uma sanção prevista pela legislação do Estado da execução para a mesma infração, nas condições referidas no art. 11.

Para mim, sem dúvida, é essa a melhor opção.

O Sistema de Decisão sobre Mandado de Prisão Europeu determina que a decisão deverá ser cumprida como se tivesse sido feita por uma autoridade do Estado executor.

Para Alderete Lobo<sup>629</sup>, com razão, a única maneira de efetivar a transferência dos presos estrangeiros é deixar que seja aplicada a legislação do país da execução. A não ser assim, dificilmente se efetivará o Instituto e acho que esse tem sido mais um, senão um dos maiores, obstáculos à sua aplicação.

### **7.6.9 A transferência de condenados em números.**

---

<sup>629</sup> ALDERETE LOBO, Ruben.

Segundo dados fornecidos diretamente pelo setor especializado em cuidar dos pedidos de transferência, verifica-se:

**Tabela 19 – Transferências passivas efetivadas**

TRANSFERÊNCIAS PASSIVAS EFETIVADAS (ESTRANGEIROS TRANSFERIDOS DO BRASIL PARA O SEU PAÍS DE ORIGEM)																					
PAÍS	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL GERAL
ARGENTINA	-	2	-	-	-	-	5	-	1	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-	10
CANADÁ	2	-	-	2	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7
CHILE	-	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	6
ESPAÑA	-	2	-	-	-	-	-	2	1	3	-	2	-	8	6	10	10	16	17	2	79
PARAGUAI	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	2	5	3	4	-	-	-	16
PORTUGAL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	2	1	1	1	1	8
REINO DOS PAÍSES BAIXOS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	-	3
REINO UNIDO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2	4	4	5	-	4	-	21
<b>Total por ano</b>	<b>2</b>	<b>9</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>13</b>	<b>17</b>	<b>20</b>	<b>21</b>	<b>20</b>	<b>22</b>	<b>3</b>	<b>150</b>

**Tabela 20 – Transferências ativas efetivadas**

TRANSFERÊNCIAS ATIVAS EFETIVADAS (BRASILEIROS TRANSFERIDOS DO EXTERIOR PARA O BRASIL)																					
PAÍS	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL GERAL
ARGENTINA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
BOLÍVIA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	2
CHILE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1
ESPAÑA	-	-	-	-	4	1	2	3	3	2	-	3	5	2	5	2	7	3	4	-	46
ESTADOS UNIDOS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	2
MÉXICO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	1	-	-	-	-	3
MOÇAMBIQUE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1
PANAMÁ	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	2
PARAGUAI	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	-	-	-	3
PERU	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1
PORTUGAL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	8	10	9	11	5	24	4	20	4	9	1	105
REINO UNIDO	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	1	4
<b>Total por ano</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>4</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>13</b>	<b>16</b>	<b>8</b>	<b>34</b>	<b>10</b>	<b>28</b>	<b>10</b>	<b>15</b>	<b>3</b>	<b>171</b>

O exame dos dados apresentados não deixa dúvida, é muito pouco. Como foi apresentado ao longo do trabalho, muitas são as dificuldades para a efetivação da transferência e um deles é o demorado prazo que leva seu processamento, em média, 12 a 18 meses<sup>630</sup>.

Outro fator responsável pelo reduzido número de transferências é que, como foi registrado, só é aceita se houver um tratado com esse objeto, mesmo assim, por se tratar de um acordo de cooperação internacional e sujeito à boa vontade das partes nem sempre há concordância na decisão de transferir o

<sup>630</sup> Informação fornecida pela Coordenação de Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas do Ministério da Justiça, por meio de correio eletrônico, em 5 de setembro de 2017.



condenado ou sua execução. Deve ser registrado que com a nova Lei de Migração há motivo para acreditar que esses números poderão aumentar, pois, ela prevê que a transferência também poderá ocorrer com base no princípio da reciprocidade.

A importância de permitir que transferências de condenados sejam feitas com base no compromisso de reciprocidade pode ser constatada no dado de que no mês de setembro de 2017 há 54 pedidos de transferência ativa e 3 pedidos de transferência passiva.

Aliás, sobre isso é importante fazer um registro: até agora houve uma transferência com base nesse princípio. Foi o caso de uma brasileira condenada na Jordânia, condenada a 15 anos de prisão por tráfico de entorpecentes. O processo teve início por manifestação dela o governo brasileiro encaminhou a solicitação ao governo jordaniano que aceitou que a ela viesse cumprir pena no seu país.

Para verificar como os números são reduzidíssimos, basta ver os dados apresentados por Michael Abbel, ex Diretor do Escritório de Assuntos Internacionais da Divisão Criminal do Departamento de Justiça dos EUA<sup>631</sup> que informa que até 31 de dezembro de 2005, 2655 americanos condenados em países com os quais esse país tinha tratados de transferência de presos haviam voltado para cumprir suas penas em território americano. Por outro lado, 5445 presos estrangeiros que cumpriam pena nos EUA haviam sido transferidos para seus respectivos países também com base nesses tratados.

Não tenho dúvida que há um longo caminho a percorrer para que verdadeiramente o instituto da transferência se torne algo real e contribua para minorar efetivamente o sofrimento daqueles que cumprem pena longe de casa.

---

<sup>631</sup> ABBEL. Michael, *International prisoner transfer*, cit. p. 4.

## 8 PREVISÃO NORMATIVA

Sendo o instituto da transferência de pessoas condenadas, conforme foi registrado, multidisciplinar, estando incluído também no Direito Internacional e, especificamente, na cooperação internacional e, por isso mesmo, estar sujeito à decisão consensual dos Estados Parte, surge uma constatação que se encontra, inclusive, em inúmeros tratados sobre o tema: eles não são obrigados a aceitar a transferência mesmo que exista tratado e que os requisitos estejam atendidos.

Não são poucos os casos em que um dos Estados Parte não concorda com o pedido de transferência, e isso ocorre, muitas vezes, por causa da falta de uniformidade nos tratados e da incerteza na modalidade como será efetuada a execução da pena.

Creio que isso poderia ser atenuado com a previsão do Instituto num documento elaborado pela ONU, no qual conste sua efetiva fundamentação (Direitos Humanos) e que é direito do preso estrangeiro ser transferido para seu país para que aí cumpra sua pena.

Pela mesma razão, devem ser simplificados os requisitos exigidos para atendimento ao Instituto: a), b) e c)

A não ser assim, o Instituto, na maioria dos casos, não passará de uma boa intenção, e continuará a serviço dos países ricos que têm efetivamente conseguido aplicá-lo - diferentemente dos países pobres e em desenvolvimento.

Questionamento que pode e deve ser feito, e acredito ser de profunda importância, é sobre a possibilidade de um Estado, depois de haver firmado um Tratado multilateral ou de haver aderido a uma Convenção que tenha como objeto a transferência da execução penal para outro Estado, poder recusar a concessão desse benefício.

Do exame dos Tratados firmados pelo Brasil, verifica-se que, no Acordo com o Canadá, não há qualquer referência sobre a recusa, muito menos injustificada, mas assinala-se que “Se um preso solicitar transferência e o Estado Remetente aprová-la, o Estado Remetente deverá transmitir o pedido ao Estado Recebedor por via diplomática” (art. V, 3) e ainda “Ao tomar uma

decisão relativa a uma transferência, cada Parte deverá considerar todos os fatores que possam contribuir para promover a reabilitação do preso” (art. V.5).

No Tratado Brasil-Espanha se prevê a possibilidade da recusa, nada informando sobre justificativa da mesma, devendo ocorrer “sem demora” (art. 5º. 4).

No Acordo Brasil-Chile é prevista a recusa de qualquer um dos Estados, devendo ser comunicada sem demora ao outro Estado também por via diplomática.

No Tratado Brasil-Reino Unido está previsto, informando que o Estado solicitado deve informar prontamente ao Estado solicitante de sua decisão favorável ou contrária à transferência requerida (art. 5º. 2).

Os Tratados Brasil-Argentina (art. 7º.2) e Brasil-Bolívia (art. 7º.2) têm a mesma redação, e neles se estabelece que o Estado remetente pode negar a autorização de transferência sem indicar a causa de sua decisão.

No Tratado Brasil-Paraguai, se afirma que o Estado Receptor terá “absoluta discricção para autorizar ou denegar a transferência solicitada pelo Estado remetente”, (art. 5º, 4).

No Tratado Brasil-Portugala recusa pode ocorrer por qualquer dos Estados, devendo ser comunicada ao Estado que formular o pedido no mais curto prazo possível (art. 5º.3).

No Acordo Brasil-Peru se diz que qualquer das Partes poderá recusar a transferência do condenado (art. 5º.4) e que “Se por qualquer razão, uma das Partes não aprovar a transferência, notificará imediatamente a outra Parte.” (art. 5º.5).

O Tratado Brasil-Venezuelaprevê que cada uma das Partes poderá recusar a transferência da pessoa condenada (art. 6º.3).

A Convenção Europeiaprevê a possibilidade do pedido ser negado, mas estipula os casosquando não poderá ser recusada (art. 6º).

A Convenção de Estrasburgo também permite a recusa (art. 5º.4), mas deve informar sua decisão ao Estado requerente “no mais curto prazo possível”.

A Convenção Interamericana permite a qualquer Estado recusar, mas afirma que este “explicará o motivo de sua denegação, quando isto for possível e conveniente” (art. VI).

Diante da recusa, poderá o condenado levar seu reclamo a um tribunal internacional?

Para responder, é preciso saber se ele pode ser visto como sujeito internacional nos tribunais.

Se o Instituto da transferência de presos estrangeiros pertence aos Direitos Humanos e, portanto, é um direito, cabe examinar se um condenado internacional que tem recusado seu pedido de transferência para seu país pode pedir a revisão dessa decisão num tribunal. É muito grande a resistência em aceitar que pessoas individuais possam fazê-lo; por outro lado, é pacífico que os Estados Parte podem ingressar nessas Cortes para reivindicar direitos que julgam lesados. Certamente, este é um péssimo resquício de um Direito Internacional antigo e que não mais se justifica.

Esse entendimento é acertadamente contestado pelo Juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade, quando afirma:

Afirmam-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir a este último a posição central – *como sujeito do direito tanto interno como internacional* - de onde foi indevidamente alijado, com as consequências desastrosas já assinaladas. Em nossos dias, o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado.<sup>632</sup>

Adverte, com razão, Cançado Trindade:

É este um tema que me parece de importância capital: impõe-se o direito de acesso à justiça nos planos tanto nacional como internacional. a proteção jurídica constituiu a forma mais aperfeiçoada de salvaguarda dos direitos humanos. Em meu entender, devemos assegurar a maior participação possível dos indivíduos, das supostas vítimas no procedimento perante a Corte Interamericana, sem a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É esta uma bandeira que venho empunhando já há algum tempo nos foros internacionais e que, apesar das costumeiras resistências, vem ganhando ultimamente crescentes e importantes adesões. É esta a causa que continuarei defendendo, no plano internacional, até suas últimas consequências. Os europeus tiveram que esperar por mais de

<sup>632</sup> CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional in *A humanização do direito internacional*, Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p. 111.

quatro décadas, até a entrada em vigor em 01.11.1998, do Protocolo XI à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que veio enfim assegurar o *jus standi* dos indivíduos diretamente ante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em todos os casos.<sup>633</sup>

Sobre essa questão, Kelsen defende que não somente os Estados são sujeitos do Direito Internacional, podendo também as pessoas físicas ter capacidade para pleitear seus direitos em tribunais internacionais. Textualmente, escreve:

La opinión tradicional de que los sujetos del derecho internacional son solamente los Estados y no los particulares, y de que tal derecho es incapaz, por su misma naturaleza, de obligar y de facultar a estos es errónea<sup>634</sup>.

Em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, em razão do Pacto de São José e especificamente do art. 44 da Convenção, qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade legalmente constituída dentro de um dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, pode apresentar petições à Comissão Inteamericana de Direitos Humanos contendo denúncias ou queixas de violações da referida convenção por um Estado Parte.

No que se refere ao continente europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos, com o Protocolo nº 11/1998, e o art. 34, determinou expressamente que é possível a pessoas físicas, grupos de pessoas ou mesmo organizações não governamentais ingressarem naquele tribunal, reconhecendo, assim, capacidade processual.

---

<sup>633</sup> CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional, cit., p. 116.

<sup>634</sup> KELSEN. Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, tradução de Eduardo García Maynes, México, 1969, p. 4078.

## 9 CONCLUSÃO

Do exame do surgimento, evolução e estrutura normativa do instituto da transferência da execução da pena, chega-se às seguintes conclusões:

1. O Direito Penal, especialmente nos dois últimos séculos, passa por um acelerado processo de internacionalização. Isso ocorreu e se acentuou com a cooperação internacional, notadamente para reprimir crimes, prender delinquentes e assegurar a execução da pena. Contudo, mais recentemente, essa cooperação também vem sendo aplicada para humanizar a execução penal - como é o caso do instituto em questão.
2. O surgimento, evolução e normatização da transferência da execução penal, como instituto jurídico, é de aparecimento recente não somente no Brasil, mas também no direito estrangeiro.
3. Há um nítido processo de humanização do Direito Penal em sua longa existência, e essa evolução ainda não está concluída. O instituto da transferência da execução penal para o país do condenado é mais uma fase dessa humanização.
4. Necessariamente, o exame do instituto da transferência da execução penal deve ser feito à luz dos Princípios que regem a elaboração das leis, da aplicação da lei e, especialmente, durante a execução do cumprimento da pena.
5. Mesmo que possa ser apontado mais de um objetivo na condenação criminal, sem dúvida, a reinserção social do condenado é o principal e, por isso mesmo, o mais importante. Assim, esse objetivo é que deve orientar a aplicação do instituto em exame.

6. Do exame do instituto, verifica-se que há poucos tratados bilaterais ou multilaterais que tratam da transferência da execução penal para o país do condenado.
7. O Brasil, a exemplo de outros países, assinou poucos tratados binacionais, e sua aplicação efetiva é irrisória diante do elevado número de brasileiros condenados no estrangeiro.
8. Nos tratados assinados pelo Brasil não há uniformidade nos seus elementos constitutivos (denominação, fundamento, objeto, efeitos, etc.).
9. O instituto da transferência da execução da pena deve ser previsto na Constituição da República, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.
10. Os Estados devem se empenhar para que se efetive a aplicação do instituto, independentemente da existência de tratados com esse objeto.

## REFERÊNCIAS

ABBELL, Michael. *International prisoner transfer*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

AGÊNCIA DE CONTROLE DE FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA (FRONTEX). *Relatório Geral da Frontex*. Varsóvia, 2007, p. 16-17. Disponível em <[http://www.frontex.europa.eu/annual\\_report](http://www.frontex.europa.eu/annual_report)>.

AGOSTINHO (Santo). *A Cidade de Deus contra os pagãos*. Tradução Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2ª ed., 1990, Parte II, Livro Vigésimo Primeiro, Cap. XI.

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALIMENA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria Fernanda de Carvalho Bottallo. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

ALTAVILA, Jaime. *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Melhoramentos, s./d.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 24. Tradução Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Lisboa, 2002. Disponível em <[http://direitoshumanos.gddc.pt/DireitosHumanos/7/VIIPAG7\\_7.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/DireitosHumanos/7/VIIPAG7_7.htm)>

\_\_\_\_\_. *Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes*. Lisboa, 2002.

AQUINO, Tomas. (São). *Suma teológica*. Parte II, art. III. Tradução Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980, 2ª ed., v. V.

\_\_\_\_\_. *Suma teológica*. Parte II-II, art. II. Tradução Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito internacional penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômano*: livro X. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 3ª ed., 1992.



BASSIOUNI, Cheriff. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*. Tradução de José Luis de la Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos, 1984.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Da nacionalidade: brasileiros natos e naturalizados*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BERSTAIN, Antonio. *Cuestiones penales y criminológicas*. Madri: Reus, 1979.

BÍBLIA SAGRADA. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1982.

BITTAR, Eduardo C. E. ; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 8ª ed., 2010.

BODIN, Jean. *Lex six livre de la republique*. Paris: Fayard, 1986.

BOSSUET, Jacques-Bénigne. *A política segundo as santas escrituras*. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária [CNPCCP]. *Resolução nº 14, de 11.11.1994*. Fixa as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. *DOU* 02.12.1994. Disponível em: <[www.arp.org.br/legislacao.php?i=7&chave=1&tipo=2](http://www.arp.org.br/legislacao.php?i=7&chave=1&tipo=2)>. Acesso em

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 5, de 19.07.1999*. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/cnppcp/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0104C010-6D4B-4375-B3ED-C076F4CA8BFE}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}](http://portal.mj.gov.br/cnppcp/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0104C010-6D4B-4375-B3ED-C076F4CA8BFE}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>)>. Acesso em

\_\_\_\_\_. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 27.11.1969. *DOU* 09.11.1992. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 5ª ed., 2003.

BUSTAMANTE, Antonio Sanchez de. *Derecho internacional público*. Havana: Carasa, 1933, v. 3, Livro IX: Derecho Processual Internacional.

\_\_\_\_\_, A. S. *Manual de derecho internacional privado*. Havana: Carasa, 1939.

CAFFARENA, Mapelli Borja; CANO, Maria Isabel Gonzales..*El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001.

CAHALI, Youssef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CAMPANELLA, Tomasso. *A cidade do sol*. Tradução Aristides Lobo. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. Tradução de Valerie Rumjanek, 29ª ed., Editora Record, Rio de Janeiro, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 182, p. 27-54, 1993.

CANEDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARTA Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – *Carta de Banjul*. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm)> Acesso em:

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 5ª ed., 2013.

CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CERVO, Amado Luiz. O final do século XX: dificuldades para a construção de uma ordem global. In: SARAIVA, J. F. S. *Relações internacionais contemporâneas*. Brasília: Paralelo 15, 1997, cap. 9.

CHARRIERE, Henri. *Papillon, o homem que fugiu do inferno*. São Paulo: Difel, 13ª ed., 1981.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão: Plano de Acção sobre a Migração Legal*. Bruxelas, 21.12.2005, COM (2005) 669 final. Disponível em <[http://ec.europa.eu/home-affairs/doc\\_centre/immigration/immigration\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/immigration/immigration_intro_en.htm)> Acesso em:

COMTE, Augusto. Estática Social. In: \_\_\_\_\_. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (Org.). São Paulo: Ática, 1978.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[www2.idh.org.br/casdh.htm](http://www2.idh.org.br/casdh.htm)>. Acesso em:

CONVENÇÃO de Viena, de 24.04.1963. Disponível em: [www2.mre.gov.br/dai/multiconsul.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/multiconsul.htm). Acesso em:

CONVENÇÃO Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: [portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis.../conv\\_int\\_eliminacao\\_disc\\_racial.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis.../conv_int_eliminacao_disc_racial.htm). Acesso em:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/2003 de 17.09.2003. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Opinião Consultiva nº 16*, Fallos y Opiniones, Secretaria da Corte, São José, Costa Rica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Opinião Consultiva nº 6* (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal), Secretaria da Corte, São Jose, Costa Rica.

COUNCIL OF EUROPE. *Annual Penal Statistics*. Strasbourg, 2009. Disponível em [www.coe.int](http://www.coe.int). Acesso em:

CRUZ BUCHO, José Manuel e SILVA PEREIRA, Luís. *Cooperação internacional penal: Extradicação e transferência de pessoas condenadas*, Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 2000.  
PAIVA, Odair da Cruz; MOURA, Soraia. *Hospedaria de imigrantes de São Paulo*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CUBA. *Ley nº 62, Código penal anotado – con instrucciones y sentencias del tribunal Supremo Popular*. Havana: Editorial de Ciencias sociales, 1998.

DEL PONT, Luis. Marcó. Intercambio de presos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, nº 73, jan./mar., 1982, 261-266.

DEL VECCHIO, Georgio. *Lições de filosofia do direito*. 5ª ed. Tradução de Antônio Joaquim Brandão. Coimbra: Armênio Amaro, 1979.

DIBUR, José Nicácio; LUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen – Una forma reciente de cooperación internacional en matéria penal – La Ley*, Buenos Aires, 2005.

DONALD, Terry; SCHWEIZER, Luciano. Remessas de brasileiros no exterior. In: *BRASILEIROS no mundo: conferência sobre as comunidades brasileiras no exterior*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, v. 1, p. 183.

DONNEDIEU VABRESS, Henri Félix. *Les principes modernes du droit penal international*. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri Félix. *Introduction à l'Etude du Droit Penal International*. Paris: L. Tenin, 1922.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERNANDES, Duval Magalhães; RIGOTTI, José Irineu. Os brasileiros na Europa: notas introdutórias. In: *BRASILEIROS no mundo*. Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2008, v. I, p. 273.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERRETI, Maritza Natália. Algumas notas sobre direitos humanos e migrantes. In: *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIERRO, Julio Guillermo. *La ley penal y el derecho internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FIRMEZA, George Torquato. *Brasileiros no exterior*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História e violência nas prisões*. 32ª ed. tradução de Raquel Ramalheite. Ed. Vozes: Petropolis, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

FREUD, Sigmund. *Obras completas de Sigmund Freud*. Tradução de Órizon Carneiro Muniz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

FROMM, Erich. *Anatomia da destrutividade humana*. Tradução de Marco Aurélio Souza Matos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

FUNIM/BID. *Diez años de innovación en remesas: lesiones aprendidas y modelos para el futuro*. Washington, DC., 2010, p. 2. Disponível em <<http://www5.iadb.org/mif/Intercambiodeconocimiento/tabid/75/language/es-ES/Default.aspx>>. Acesso em:

GARCIA BENITEZ, Antonio. *Los Orígenes de la pena*. Sevilha: Padilla Libros & Libreros 2009.

GARCIA RAMIRES, Sergio. *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*. México: Cardenas, ed., 1978.

GAROFALO, Rafael. *Criminologia*: Estudo sobre o delicto e a repressão penal. Tradução de Júlio de Mattos, 4ª ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa: 1925.

GODELIER, Maurice. *L'idéal et le materiel*. Paris: Fayard, 1984.

GODOY, Arnaldo Moraes. Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no direito grego. *Revista de Informação Legislativa*, v. 143, jul./set. 1999, p. 309/314.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral: culpabilidade e teoria de pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 7.

GRAEME, Hugo. Migrações internacionais não-documentadas: uma tendência global crescente. *Revista Travessia*, São Paulo, ano 11, nº 30, jan./abr. 1998.

GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Tradução para o espanhol, introdução e notas de Primitivo Mariño Gomez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, edição bilingue, 1987.

GUEIROZ, Arthur. O instituto da transferência de condenados e a contribuição do Professor João Marcello de Araújo Júnior, in *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

\_\_\_\_\_, A. *Presos estrangeiros no Brasil – aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris ed., 2007.

HAYA, Sheikha. *Opening and Closing*. Statements by the president of the 61st session of the General Assembly before the High-Level Dialogue on International Migration and Development. Disponível em <<http://www.un.org/migration/gapres-speech.html#opening>> Acesso em:

HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *O leviatã*: ou matéria, forma e poder de uma República Eclesiástica e Civil. São Paulo: Icone, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro Objetiva, 2001.

IANNI, Otávio. A racionalização do mundo. *Tempo Social*: revista de sociologia de USP, São Paulo, v. 8, nº 1, p. 1/16, 23.05.1996.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, v. 1, Bosch: Barcelona, 1981.

JESUS, Sônia Melo de. Protagonistas de um Brasil imaginário: faxineiras brasileiras em Boston. In: MARTES, A.C.B.; FLEISCHER, S. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, 5ª ed. Editorial Lozada, Buenos Aires, t. 1 e 2.

KALY, Alain Pascal. Os estudantes africanos no Brasil e o preconceito Racial. In: COMISSÃO NACIONAL DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO (CNPD). *Migrações Internacionais: Contribuições para Políticas*. Brasília, 1ª ed., 2001. Disponível em <<http://www.cnpd.gov.br/public/public.htm>>. Acesso em:

KANT, Imanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KAUFMANN Hilde. *Criminologia: ejecución penal y terapia social*. Tradução de Juan Bustos Ramires. Buenos Aires: De Palma, 1979.

\_\_\_\_\_. *Princípios para la reforma de la ejecución penal*. Ediciones Depalma: Buenos Aires: 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. *Ainda e por que desigualar o estrangeiro, em sede de execução penal*. Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/ppenal10.htm>>. Acesso em:

KOLTAI, Caterina. Migração e racismo: um sintoma social. In: PÓVOA H.F.; PACELLI, A. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*.

KUEHNE, Maurício. *Execução penal: cartas e conclusões de congressos, simpósios, encontros e seminários*. Curitiba: Jurua, 2001.

LISZT, Franz. Von. *Tratado de direito penal alemão*, v. 1, trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, v. 2.

MAIA, Marrielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARESCA, Adolfo. *Las relaciones consulares*. Madrid: tolle, Lege Aguilar, 1974.

MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya. (Org.). *Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo. *O Estado dos emigrantes – O 28ª Estado brasileiro, um negócio de US\$ 60 bilhões*. Ed. Campus. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Brasileiros no mundo: estimativas*, julho de 2008, p. 1. Disponível em <<http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Brasileiros%20no%20Mundo%20-%20Estimativas.pdf>> Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Diretiva da União Europeia sobre Imigração*. Nota nº 314, 18.06.2008. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2008/06/18/diretiva-da-uniao-europeia-sobre-imigracao>> Acesso em:

MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros – preocupação da ONU. *Revista Informação Legislativa*, nº 86, abr-jun., 1985, p. 213/234.

\_\_\_\_\_. Os direitos e deveres dos presos. *Fascículos de ciências penais*, ano 6, v. 6, nº 2, abr./mai./jun./ 1993, p. 13/31.

MONTESQUIEU, Ch. L. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2000.

MORE, Thomas. *Utopia*. Tradução Luís de Andrade. São Paulo: Editora Escala, s.d.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito penal*, 13ª ed. v. I, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal*. 2ª ed. v. I, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1963.

OBSERVATÓRIO DAS VIOLÊNCIAS POLICIAIS-SP. *Moção de repúdio aos maus tratos cometidos junto aos estrangeiros reclusos na penitenciária de Itai, Estado de São Paulo, apresentada à Câmara dos Vereadores de Campinas pelo vereador Paulo Bufalo, do PSOL, e aprovada em 11.06.2008*. Disponível em <[http://www.ovp-sp.org/denuncia\\_penitenciaria\\_itai\\_estrangeiros\\_2.htm](http://www.ovp-sp.org/denuncia_penitenciaria_itai_estrangeiros_2.htm)> Acesso em:

OCTAVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

OLIC, N. B. Fluxos migratórios contemporâneos. In: *Revista Pangea: quinzenário de política, economia e cultura*. Disponível em <[http://www.revistapangea.com.br/show\\_news.asp?n=132&ed=4](http://www.revistapangea.com.br/show_news.asp?n=132&ed=4)>. Acesso em:

OLIVEIRA, Andrei Fernandes. *Transferência internacional de empregados*. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*. Rio e Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2ª ed., 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Declaração sobre Asilo Territorial*. Disponível em: <[www.nepp-dh.ufrj.br/onu15-4.html](http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu15-4.html)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Pacto internacional dos direitos civis e políticos de 1966*. Decreto nº 592, de 06.07.1992. Disponível em: <[portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros, 1955*. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. *Ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humano*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2009. Disponível em: <[hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_PT\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf)>. Acesso em:

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma globalização justa: criando oportunidade para todos*. Genebra: OIT, 2004. Disponível em <[http://www.mte.gov.br/rel\\_internacionais/pub\\_Resumo-Globalizacao.pdf](http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/pub_Resumo-Globalizacao.pdf)>. Acesso em:

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Hechos y cifras: Estimaciones globales*. Disponível em <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/facts-and-figures/lang/es>>. Acesso em:

PENA, Sérgio Danilo Junho. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. In: *História, Ciência, Saúde-Manguinhos [online]*. Rio de Janeiro, v.



12, nº 2, agosto de 2005, p. 321-346. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-9702005000200006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-9702005000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em:

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIZARRO, Noêmia. *Nos bastidores da Directiva "Regresso"*. Lisboa: Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais. Disponível em <<http://www.ieei.pt/post.php?post=679>>. Acesso em:

PLACHTA, Michael. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg: Max-Planck Institut, 1993.

PLATÃO. *Diálogos*, vols. III e IV. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Pará: Universidade Federal do Pará.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967.

PÓVOA NETO, Hélión; FERREIRA, Pacelli, Ademir. (Org.). *Cruzando fronteiras disciplinares: um panorama dos estudos migratórios*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

PRINS, Adolpho. *Ciência penal e direito positivo*. Tradução de Henrique de Carvalho. Lisboa: Clássica, 1915.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, t. 1, Madri, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", 1955.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (Coord.). *Direitos humanos contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz. *Sociologia das migrações*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genésis del derecho penal*. Tradução de Carmelo Gonzales Cortina e Jorge Guerrero. Editorial Temis: Bogotá, 1956.

ROSSEUAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 1ª ed., 2006.

SALDAÑA, Quintiliano. *Estudio preliminar, De los delitos y de las penas*. Madri: Libreria y Casa Editorial Hernando, 1930.

SEABRA, Hugo Luis Martines; SANTOS, Tiago. *A criminalidade do estrangeiro em Portugal: um inquérito científico*. Lisboa: ACIME, 2005.

PLACIDO E SILVA, Oscar Joseph. Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, 1989.

SILVA, Evandro Lins. *De Beccaria a Gramatica*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Org). *Sistema penal para o terceiro milênio – atas do colóquio* Marc Ancel, 2ª Ed, Editora Revan: Rio de Janeiro: Editora Revan , 2ª ed., 1991, p. 17/43.

SIMON, T.; ATKINS, R. Prisoner Transfer Treaties: Crucial Times ahead. In: *The alleged transational criminal. The second biennial international criminal law seminar*.Amsterdam: Martinus Nijhoff publishers, 1995.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros.*Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 162, 2004, p. 169/204.

SODRÉ, Monis. *As três escolas penais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1928

SPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político*. Tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1988.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

UNSDRI. *Survey on forgein prisoners*. Roma, s/d.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: Introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 3.

VINCENT, Isabel. *Uma questão de justiça*. Tradução de Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro: Ed. Record, 1995.

VOLTAIRE. *Cartas Filosóficas*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, V. 58. São Paulo: Editora Escala, s.d.

WEIBERGER, Andrew. *Liberdade e Garantias, A Declaração de Direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

WHITAKER, Firmino. *Condenação condicional (sursis)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

WIECKO, Ela. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 16, março de 2008, p. 233/249.

WITEMBERG, Joseph Charles. De Grotius a Nuremberg. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1947. t. 51.

YRIGOYEN, Jaime. *El proceso de Nuremberg y el derecho internacional*. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1955.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, 2ª ed..

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1985.