

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CRISTIANE FERREIRA GOMES RAMOS

A privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão

São Paulo

2017

CRISTIANE FERREIRA GOMES RAMOS

A privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão

Dissertação submetida ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara.

São Paulo

2017

R175p Ramos, Cristiane Ferreira Gomes.

A privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão /
Cristiane Ferreira Gomes Ramos. – 2017.

124 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

Orientador: Fábio Ramazzini Bechara.

Referências bibliográficas: f. 106-124.

1. Estrangeiros. 2. Expulsão. 3. Prisão. 4. Liberdade. 5.
Delinquência. 6. Estado de exceção. I. Título.

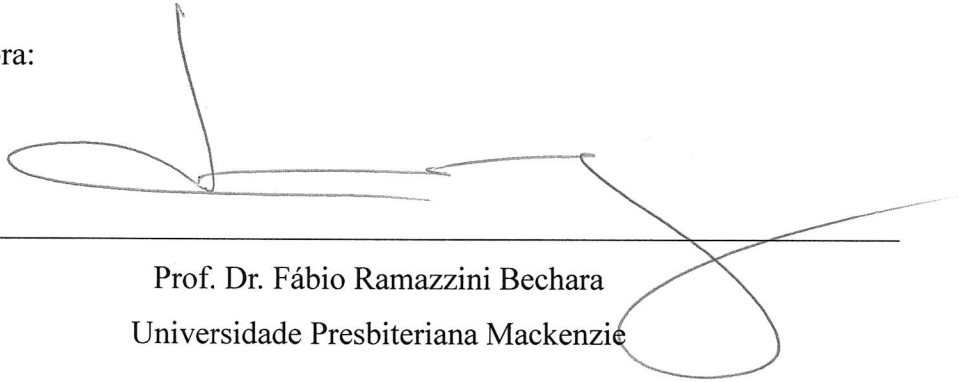
CDDir 341.143

A privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão


Dissertação submetida ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em 14/02/2017.

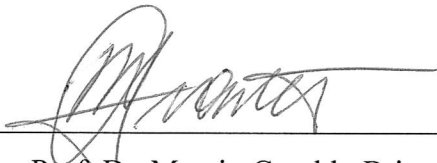
Banca examinadora:



Prof. Dr. Fábio Ramazzini Bechara
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Arthur Roberto Capella Giannattasio
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Marcio Geraldo Britto Arantes Filho
Examinador externo

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelo espaço de reflexão acadêmica que tornou possível a elaboração deste trabalho;

Aos Professores Doutores FÁBIO RAMAZZINI BECHARA e HÉLCIO RIBEIRO, que dividiram seu elevado conhecimento científico, com paciência e generosidade;

Aos Professores Doutores ARTHUR ROBERTO CAPELLA GIANNATTASIO e MARCIO GERALDO BRITTO ARANTES FILHO, pelas importantes contribuições oferecidas na banca de qualificação, que muito enriqueceram a pesquisa;

Ao Doutor WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, Procurador Regional da República, pelo profundo conhecimento jurídico compartilhado no exercício profissional, bem como pelo espírito de companheirismo, que cooperaram para que a realização dos estudos fosse efetivada;

Ao Ministério Público Federal, pelo incentivo ao contínuo aprimoramento dos servidores, mediante a concessão de bolsas de estudo e de licença para capacitação, que possibilitaram a conclusão da pesquisa;

À amiga LARISSA DIAS PUERTA DOS SANTOS, sempre solícita em me auxiliar nos procedimentos da vida acadêmica;

Ao meu querido irmão LINDSLEY BERTIOTI RAMOS, pelo apoio amigo e pelas longas conversas que contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa.

“Uma mesma lei e um mesmo direito haverá para vós e para o estrangeiro que peregrinar convosco”.

(Bíblia Sagrada, Números. Tradução de João Ferreira de Almeida. Cap. 15, vers.16)

RESUMO

O presente estudo busca analisar se a prisão é a única possibilidade para os estrangeiros que aguardam a expulsão ou se outras medidas poderiam ser adotadas. A privação de liberdade do indivíduo é medida extrema que só se justifica como última alternativa. Assim, verificaremos se as ações institucionais existentes são capazes de proporcionar meios para que os estrangeiros aguardem em liberdade pelo cumprimento da expulsão e se o prolongamento da prisão para fins de expulsão pode configurar agravamento indevido da sanção penal. Trataremos dos direitos prisionais de estrangeiros em processo de expulsão em âmbito internacional e constitucional, bem como a relação entre a prisão para fins de expulsão e as normas processuais penais no plano infraconstitucional. A seguir, com base no conceito de “delinquência” apresentado por Michel Foucault, examinaremos o perfil dos estrangeiros presos no Brasil, a fim de comprovar eventual interferência dessa qualidade nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e nas ações do Poder Público. Por fim, avaliaremos o procedimento da expulsão no direito brasileiro, em relação aos problemas apresentados e ao contexto de “estado de exceção” (na acepção utilizada por Giorgio Agamben) em que se inserem.

Palavras-chave: Estrangeiros. Expulsão. Prisão. Liberdade. Delinquência. Estado de exceção.

ABSTRACT

The present study aims to analyze if the prisão is the unique possibility for the foreigners that await the expulsion or if other measures could be adopted. The deprivation of liberty of the individual is extreme measure that is justified only as a last alternative. Thus, we will verify if the existing institutional actions are able to provide means for the foreigners to wait in liberty for the fulfillment of the expulsion and if the prolongation of the prison for expulsion may constitute undue aggravation of the criminal sanction. We will deal with the prison rights of foreigners in the process of expulsion at the international and constitutional level, as well as the relationship between prison for expulsion and the criminal procedure rules at the infraconstitutional level. Next, based on the concept of "delinquency" presented by Michel Foucault, we will examine the profile of the foreigners prisoners in Brazil, in order to prove possible interference of this quality in the decisions pronounced by the High Courts and in the actions of the Public Power. Finally, we will evaluate the expulsion procedure in Brazilian law, in relation to the problems presented and the context of "state of exception" (in the meaning used by Giorgio Agamben) in which it is inserted.

Keywords: Foreigners. Expulsion. Prison. Liberty. Delinquency. State of exception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1. Fundamentos jurídicos dos direitos prisionais de estrangeiros em processo de expulsão.....	17
1. Tratados internacionais de direitos humanos sobre prisão e expulsão de estrangeiros.....	20
2. Tutela constitucional dos direitos prisionais de estrangeiros no Brasil.....	32
3. Desvirtuamento das espécies de prisão em razão do processo de expulsão, no Brasil e em exemplos internacionais, e cabimento de medidas alternativas.....	39
CAPÍTULO 2. Crítica do sistema prisional aplicado ao estrangeiro em processo de expulsão.....	53
1. Marco teórico.....	53
2. Perfil médio dos estrangeiros presos segundo o conceito de delinquência.....	62
3. Análise jurisprudencial dos reflexos da expulsão sobre os direitos prisionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	69
4. (In)eficácia das ações institucionais relativas aos direitos prisionais de estrangeiros.....	76
CAPÍTULO 3. Procedimento da expulsão no direito brasileiro.....	83
1. Regulamentação legal do procedimento da expulsão no direito brasileiro.....	83
2. Principais problemas detectados no procedimento de expulsão.....	88
3. Tendência à reprodução dos problemas referentes à prisão para fins de expulsão.....	93
CONCLUSÕES.....	101
REFERÊNCIAS.....	106

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a privação de liberdade dos estrangeiros que aguardam a expulsão em virtude da prática de infrações penais, a fim de verificar se há compatibilidade com os direitos prisionais.

Não se trata de uma abordagem meramente dogmática, mas sim uma análise interdisciplinar dos direitos prisionais, radicados na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos, relacionando os aspectos penais e administrativos da privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão, sob uma perspectiva social.

A condição jurídica do estrangeiro em território nacional é disciplinada pela Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro)¹, que foi regulamentada pelo Decreto nº 86.715/1981.² A lei de regência prevê as hipóteses de cabimento da expulsão e a forma pela qual deve ser executada, entre outras questões.

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS chama a atenção para o fato de a norma de regência ter sido elaborada durante o período da ditadura militar e permanecer em vigor até o presente momento, sem que tenha havido alterações relevantes.³

Conquanto seja possível o decreto de expulsão independentemente da condenação criminal, o presente trabalho ocupa-se de analisar as relações entre a privação de liberdade decorrente da aplicação da lei penal e a prisão para fins de expulsão.

Os principais debates que pretendemos abordar dentro desse contexto dizem respeito aos obstáculos enfrentados pelos estrangeiros para a obtenção de direitos prisionais (como livramento condicional, progressão de regime etc.), especialmente quando há decreto de expulsão ou processo de expulsão em curso; o prolongamento das prisões para fins de

¹ *Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

² *Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

³ Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 733.

expulsão, ao término do cumprimento da sanção penal aplicada; e, ainda, as dificuldades a que são expostos os estrangeiros colocados em liberdade, até a efetivação da medida expulsória.

Tendo em vista que a prisão para fins de expulsão tem como objetivo acautelar o cumprimento da expulsão contra o risco de eventual fuga, convém analisar o cabimento de medidas alternativas, que possam assegurar a efetivação da retirada compulsória, porém com a menor restrição possível da liberdade individual.

A problematização do aprisionamento prolongado e, muitas vezes, desnecessário de estrangeiros, contra os quais haja processo de expulsão em curso ou já decretado, será analisada sob a perspectiva teórica proposta por MICHEL FOUCAULT em “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”.⁴

Nessa obra, MICHEL FOUCAULT sustenta que a prisão não atende ao objetivo de humanizar a pena, uma vez que o próprio sistema carcerário, em vez de possibilitar a reintegração do preso à sociedade, acaba por fabricar uma categoria de “delinquentes”, ou seja, de pessoas estigmatizadas pela sua condição pessoal.⁵ O sistema carcerário submete o preso a um poder disciplinar – presente também em outros espaços sociais, como escolas, fábricas, instituições religiosas e militares –, a fim de estabelecer uma coerção sobre o corpo e, assim, contribuir para que as classes dominantes exerçam maior controle sobre as aptidões dele, seja para subjugá-lo ou para extrair vantagens.⁶

Ainda segundo o autor, o fato de o sistema prisional ocupar-se principalmente de delitos praticados por determinados indivíduos (os “delinquentes”) poderia indicar que um dos reais motivos pelos quais o modelo prisional se mantém, apesar dos problemas que apresenta, seria o de estabelecer uma constante vigilância sobre essa criminalidade⁷ e, mais do que isso, um verdadeiro observatório político (panoptismo), capaz de fornecer informações privilegiadas para que o poder das classes dominantes não seja ameaçado.⁸

⁴ Tradução de Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

⁵ Ibidem, p. 254.

⁶ Ibidem, p. 131-134.

⁷ Ibidem, p. 262.

⁸ Ibidem, p. 193-194.

Diante das arbitrariedades que são praticadas, sob o manto da lei, contra a liberdade individual, MICHEL FOUCAULT sugere que o grande desafio mundial reside na adoção de alternativas à prisão.⁹

No caso dos estrangeiros presos no Brasil, em sua grande maioria na qualidade de “mulas” do tráfico de drogas, é de se analisar se o perfil dessa população carcerária encaixa-se no conceito de “delinquência” cunhado por MICHEL FOUCAULT, bem como os reflexos dessa qualidade nas decisões judiciais e nas ações do Poder Público, com o fito de verificar se a privação de liberdade praticada durante o processo de expulsão, para além do cumprimento da sanção penal, indica a ocorrência de restrição seletiva de direitos prisionais a esses indivíduos.

Nesse sentido, MICHEL MISSE vislumbra um assujeitamento do traficante na figura do “bandido”, que se traduz na exclusão social e consequente alijamento de direitos.¹⁰ Em se tratando de estrangeiros, a conduta reprovada é submetida a uma repressão mais acentuada, diante da crescente tensão acerca da segurança em todo o mundo.¹¹ Fala-se, assim, em uma tendência de utilização do direito penal para controle da migração indesejada.¹²

Embora o ingresso e a expulsão de estrangeiros estejam inseridos no âmbito da soberania do Estado, aos Estados soberanos não é dado suprimir direitos inerentes a qualquer ser humano de forma arbitrária, mesmo em relação aos indivíduos que com eles não mantenham vínculo jurídico de nacionalidade, haja vista que os direitos humanos se sobrepõem ao conceito estrito de cidadania.

A Constituição da República de 1988 confere destacada importância aos direitos fundamentais e incorpora aqueles que não constam de seu próprio texto, como se pode extrair dos §§ 2º e 3º do art. 5º.¹³ Entretanto, MARCELO NEVES adverte para o fato de que a constitucionalização de certos direitos pode não implicar na concretização automática por parte dos agentes públicos e privados, tendo efeito apenas simbólico.¹⁴

⁹ *Op. cit.*, p. 290-291.

¹⁰ MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 79, p. 15-38, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n79/a03n79.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016, p. 17 e 21-22.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14-17.

¹² MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 33.

¹³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

¹⁴ *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 91-92.

Além das normas internas, o compromisso do Estado brasileiro de respeitar os direitos fundamentais de estrangeiros em território nacional pode ser extraído de diversos documentos internacionais, inclusive daqueles que versam sobre aspectos específicos de direitos prisionais e dos tratados sobre transferência de presos, que possuem caráter nitidamente humanitário. Assim, é necessário verificarmos o alcance de tais compromissos na ordem interna, traçando um paralelo com a legislação pátria pertinente, sem olvidar dos problemas atinentes à eficácia jurídica e social.

É conhecida a advertência de JOSÉ EDUARDO FARIA quanto à possibilidade de a enunciação de um direito camuflar instrumentos de dominação, mediante o uso retórico do direito, em uma estratégia de “alienação cognoscitiva”. Assim, por exemplo, a igualdade formal pode induzir a crença em “(...) uma ordem legal equilibrada e harmoniosa, na qual os conflitos sócio-econômicos são mascarados e 'resolvidos' pela força retórica das normas que regulam e decidem os conflitos jurídicos, tais 'cidadãos' tornam-se incapazes de compreender e dominar as estruturas sociais em que eles, enquanto indivíduos historicamente situados, estão inseridos”.¹⁵

Embora previstos em lei, o gozo dos direitos prisionais pelos presos estrangeiros é prejudicado pela disponibilização insuficiente de serviços necessários pelo Estado (abrigo, expedição de documentos, etc.). Como muitos estrangeiros não têm família no país, residência certa ou a possibilidade de obter trabalho formal, são expostos a todos os perigos sociais, podendo ser vítimas quanto à exploração do trabalho ou mesmo virem a cometer novos crimes, até que sejam expulsos.

O tema se insere na linha de pesquisa “A Cidadania Modelando o Estado”, ante a necessária reflexão acerca dos direitos de cidadãos estrangeiros à luz dos fundamentos, princípios e direitos consagrados pela Constituição de 1988, notadamente quanto à primazia dos direitos humanos. A disciplina da expulsão requer a adoção de medidas complexas e heterogêneas do ponto de vista jurídico, pois envolve diversos órgãos e autoridades públicas, como o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores, o Poder Judiciário, o Ministério Público Federal, a Polícia Federal, etc.

¹⁵ Ideologia e função do modelo liberal de direito e estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 14, p. 82-92, Jun. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 nov. 2016.

A celeridade do processo de expulsão é desejável, pois, enquanto aguardam presos a efetivação da medida expulsória, os estrangeiros são privados da convivência com a família no exterior. Além disso, o desconhecimento da língua portuguesa pode vir a impossibilitar a comunicação onde se encontrem presos, impondo grave isolamento.

A expulsão pressupõe que o estrangeiro será remetido a outro país, e não reintegrado à sociedade brasileira. Assim, devem ser sopesados os ônus de se manter em território nacional, por mais tempo do que o previsto em lei, já que a proximidade com o meio social do qual o estrangeiro efetivamente fará parte favorece a ressocialização e que a espera por esse retorno pode acarretar um sofrimento adicional ao próprio estrangeiro.

Entretanto, o processo de expulsão é complexo e não prescinde de maiores cautelas, para que outros direitos sejam respeitados, como, por exemplo, a convivência com a família brasileira porventura existente, a ser apurado com a observância do devido processo legal.

A justificativa para a pesquisa do tema pode ser extraída da gravidade da questão social dos estrangeiros que aguardam o cumprimento da expulsão. O problema da privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão ainda não se encontra plenamente resolvido, tanto que há poucos estudos sobre o assunto no país e todos eles são bastante recentes.

Em estudo pioneiro realizado por ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, na tese intitulada “*Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*”, defendida na Faculdade de Direito da USP em 2006 e publicada em 2007, foi feito um levantamento empírico sobre a população carcerária de estrangeiros em todo o país, algo inédito até então, que concluiu que os presos estrangeiros sofriam discriminação por parte do Poder Judiciário, pois os direitos conferidos formalmente pela lei, em tese, a todos os presos, eram, nos casos concretos, negados com base na presunção de que a condição de irregularidade migratória era incompatível com o gozo de tais direitos.¹⁶

¹⁶ Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Na presente dissertação, a análise comparativa dos dados encontrados por ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA para o ano de 2004, com o relatório estatístico divulgado pelo Ministério da Justiça em 2014,¹⁷ possibilitará a verificação da teoria foucaultiana de que as políticas criminais tendem a ser reproduzidas ao longo do tempo, a despeito de serem notórios os problemas que apresentam, enfocando especificamente os aspectos relacionados à expulsão, que não foram o principal objeto daquele estudo.

Durante a elaboração desta dissertação, foram publicadas, ainda, em 2015, a dissertação “O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos”, de autoria de VANDERLEI PARDI, que revela uma especial preocupação com a vagueza dos motivos que permitem a instauração do processo de expulsão, bem como com a impossibilidade de retorno do estrangeiro expulso, por tempo indeterminado¹⁸; e a monografia “Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil”, vencedora do 20º concurso de monografias de ciências criminais – IBCRIM em 2016, elaborada por ANA LUISA ZAGO DE MORAES, que analisa, sob o viés histórico-estrutural, a manutenção do tratamento arbitrário dos presos estrangeiros, mesmo após a redemocratização promovida pela Constituição de 1988.¹⁹

Os três pesquisadores referidos destacaram, a partir da própria experiência profissional, respectivamente como Procurador Regional da República, Delegado Federal e Defensora Pública Federal, a vulnerabilidade dos estrangeiros presos no Brasil.

Diferentemente dos dois últimos trabalhos, a presente pesquisa se propõe a realizar uma análise interdisciplinar dos procedimentos que precedem a retirada compulsória do território nacional dos estrangeiros apenados, a fim de propor uma possível interpretação dos direitos prisionais dos estrangeiros em conformidade com o direito internacional e constitucional, tendo como base a orientação foucaultiana de preferência das medidas alternativas à prisão. Assim, serão abordados alguns aspectos penais, processuais penais e

¹⁷ Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/reitorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016.

¹⁸ São Paulo: Almedina, 2015, p. 106-107.

¹⁹ São Paulo: IBCCRIM, 2016.

administrativos da prisão de estrangeiros e da expulsão, sob o aspecto social, à luz do direito constitucional e dos direitos humanos

Ademais, a atualidade do tema pode ser verificada a partir da edição recente de normas tendentes a regulamentar a questão, inclusive durante a elaboração da presente dissertação, tais como: a Resolução Normativa CNIg nº 110, de 10 de abril de 2014²⁰; a Portaria SNJ/MJ nº 6, de 30 de janeiro de 2015²¹; o Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016²²; e a Portaria MJ nº 572, de 11 de maio de 2016.²³

A propósito, o texto substitutivo da Nova Lei de Migrações (Projeto de Lei nº 2.516/2015, do Senado) foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados no dia 6 de dezembro de 2016 e voltará ao Senado para deliberação, sendo oportuna a discussão dos aspectos ligados à expulsão.²⁴

Tem-se, como hipótese de pesquisa, que os estrangeiros em processo de expulsão têm sido mantidos encarcerados por tempo superior ao legalmente previsto. Outra hipótese é que seria perfeitamente possível a adoção das novas medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal (proibição de ausentar-se, mediante a retenção do passaporte, e monitoração eletrônica, por exemplo), como alternativas à prisão para fins de expulsão.²⁵

²⁰ *Autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional.* Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>>. Acesso em 09 out. 2016.

²¹ *Regulamenta a aplicação da Resolução Normativa nº 110/2014, do Conselho Nacional de Imigração, que autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no Território Nacional.* Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280716>>. Acesso em 09 out. 2016.

²² *Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça, remaneja cargos em comissão, aloca funções de confiança e dispõe sobre cargos em comissão e Funções Comissionadas Técnicas mantidos temporariamente na Defensoria Pública da União.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm#anexoi>. Acesso em 09 out. 2016.

²³ Portaria/MJ nº 572, de 11 de maio de 2016. *Estabelece procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de Transferência de Pessoas Condenadas*, conforme artigo 10, inciso V, do Anexo I, do Decreto nº 8668, de 11 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-no-572-de-11-de-maio-de-2016>>. Acesso em 09 out. 2016.

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Câmara aprova proposta de nova lei sobre migração.* Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/520860-CAMARA-APROVA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-SOBRE-MIGRACAO.html>. Acesso em 08 dez. 2016.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

Para verificarmos as hipóteses levantadas, examinaremos a regulamentação jurídica aplicável ao estrangeiro preso no país, tanto na ordem interna, quanto nos documentos internacionais de que o Brasil seja parte, com o objetivo de encontrar medidas alternativas que poderiam ser adotadas para evitar ou substituir a prisão enquanto os estrangeiros aguardam pela expulsão e, assim, prevenir que a nacionalidade do indivíduo redunde em uma forma indevida de agravamento da sanção penal.

No primeiro capítulo, analisaremos os fundamentos jurídicos dos direitos prisionais dos estrangeiros, assegurados na Constituição e em tratados internacionais, uma vez que o Brasil, no exercício de sua soberania, assumiu o compromisso de proteger os direitos humanos, independentemente da origem dos indivíduos. Estudaremos, ainda, alguns direitos previstos em normas infraconstitucionais, que não estão relacionados diretamente com a legislação migratória, mas que podem ser estendidos aos estrangeiros, por analogia, por estarem presentes os mesmos pressupostos lógicos e jurídicos. Embora não se pretenda elaborar um estudo comparado, serão apresentados exemplos pontuais de direito estrangeiro, relevantes para dimensionarmos os contornos do debate existente sobre a prisão e expulsão de estrangeiros.

No segundo capítulo, verificaremos o perfil dos estrangeiros presos, a partir de dados estatísticos oficiais, bem como analisaremos as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores nos casos em que se discutem os direitos prisionais de estrangeiros e, ainda, examinaremos as ações institucionais tendentes a dar efetividade a tais direitos, a fim de avaliarmos a aplicabilidade do conceito foucaultiano de “delinquência” à realidade brasileira, além da proposta de MICHEL FOUCAULT para a adoção de medidas alternativas à prisão, diante das arbitrariedades ínsitas ao encarceramento.²⁶

No terceiro capítulo, examinaremos a regulamentação legal do processo de expulsão, que foi elaborada durante o período da ditadura militar, para verificarmos os principais problemas existentes e o contexto de “exceção” em que eles estão inseridos, tendo como referência a observação de GIORGIO AGAMBEN quanto ao constante estado de violação de direitos e garantias fundamentais por parte dos próprios Estados, sob o pretexto de ser

²⁶ *Op. cit.*, p. 290-291.

necessário para a manutenção da ordem jurídica em face tensão mundial acerca da segurança.²⁷

Trata-se de pesquisa dialética, que se propõe a confrontar a afirmação de que o risco de fuga e a inviabilidade de ressocialização do estrangeiro perante a sociedade brasileira são incompatíveis com o gozo de direitos prisionais, com base na observação de que há uma contradição entre os direitos retoricamente enunciados e a efetiva atuação do Estado, que se recusa a implementar as medidas necessárias à fruição desses direitos, como estratégia de combate aos “delinquentes” estrangeiros.

Uma possibilidade para superar a contradição referida consiste na extensão das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal²⁸ aos estrangeiros em processo de expulsão, como alternativas ao encarceramento, graduando-se o nível de restrição da liberdade individual de acordo com as indicações de necessidade apresentadas caso a caso.

A pesquisa foi desenvolvida com base em levantamento bibliográfico e jurisprudencial, bem como em dados e informações disponibilizados pelas páginas de órgãos oficiais na internet.

²⁷ *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13-15.

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941. *Op. cit.*

CAPÍTULO 1º

Fundamentos jurídicos dos direitos prisionais de estrangeiros em processo de expulsão

Sumário: 1. Tratados internacionais de direitos humanos sobre prisão e expulsão de estrangeiros. 2. Tutela constitucional dos direitos prisionais de estrangeiros no Brasil. 3. Desvirtuamento das espécies de prisão em razão do processo de expulsão, no Brasil e em exemplos internacionais, e cabimento de medidas alternativas.

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS vislumbra a existência de três grandes grupos de direitos dos estrangeiros no Brasil: os estrangeiros estão protegidos pelos direitos fundamentais previstos no *caput* do art. 5º da Constituição e pelos chamados “direitos fundamentais por irradiação”, em decorrência do § 2º do art. 5º, além daqueles previstos em tratados internacionais bilaterais de equivalência.²⁹

O § 2º do art. 5º estabelece que os direitos e garantias expressos na 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.³⁰

Por sua vez, o § 3º do art. 5º da Constituição confere aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *status* equivalente às emendas constitucionais, desde que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria qualificada de três quintos dos votos dos respectivos membros.³¹

Alinhado aos preceitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos³², o Brasil assumiu o compromisso de respeitar os direitos fundamentais de

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos dos estrangeiros...* *Op. cit.*, p. 733-734.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

³¹ *Ibidem*.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Assembleia Geral). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 09 out. 2016.

estrangeiros por meio de diversos documentos internacionais, como se verá adiante, com reflexos tanto no aprisionamento quanto na expulsão.

Não obstante, JOSÉ EDUARDO FARIA adverte que, muitas vezes, a enunciação de direitos constitucionais pode apresentar caráter meramente “retórico”³³, ou, no dizer de MARCELO NEVES, “simbólico”,³⁴ ou seja, destituído de uma tutela efetiva em favor dos estrangeiros, conforme se poderá verificar da análise das decisões judiciais e das ações do Poder Público.³⁵ A propósito, a simples declaração desses direitos pode servir de “álibi” para que o país sofra menos pressão internacional.³⁶

No tocante à possibilidade de o Estado determinar a saída compulsória do estrangeiro que venha a ser considerado nocivo, SIDNEY GUERRA identifica a existência de três teorias que fundamentam a expulsão, por ele assim sintetizadas:

a) Soberania Nacional – é medida acauteladora dos interesses sociais e como ato de policiamento inerente à soberania de cada Estado. O Estado deve velar pela segurança de seus cidadãos bem como de seu território; b) Hospitalidade – o estrangeiro é considerado um hóspede do Estado que o recebe, e, portanto, não deve violar as suas leis; c) Direito de Conservação – é no direito que todo Estado tem de existir, proteger ou conservar a sua existência contra todos os que atentarem contra ela, que se encontra o fundamento jurídico da expulsão do estrangeiro.³⁷

ANDRÉ RAMOS TAVARES lembra que os elementos que compõe a noção tradicional de soberania, a saber, “a independência na ordem internacional e a supremacia na ordem interna”, já não são suficientes para responder às questões relativas aos direitos humanos.³⁸ Já a justificativa calcada no constante estado de alerta contra ameaças externas pode dar ensejo a sérias arbitrariedades, consoante exposto no item 3 do Capítulo 3º.

Qualquer estrangeiro, residente ou não no país, tem assegurado o direito de acessar o Poder Judiciário e, caso não tenha condições de arcar com os custos, pode vir a ser beneficiado com a assistência jurídica gratuita e atendido pela Defensoria Pública. O direito

³³ *Op. cit.*

³⁴ *Op. cit.*, p. 31.

³⁵ Vide itens 3 e 4 do Capítulo 2.

³⁶ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 96-97.

³⁷ *Curso de direito internacional público*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 368.

³⁸ *Curso de direito constitucional*, 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

de acesso à justiça é garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, a todos, independentemente de sua procedência nacional.³⁹

Apesar da resistência ainda presente nos Tribunais⁴⁰, é possível aos estrangeiros presos no Brasil pleitearem judicialmente o respeito aos direitos prisionais vigentes no país, mesmo que haja inquérito de expulsão em curso ou decreto de expulsão já publicado. Preenchidos os requisitos legais, é lícita a extensão de tais benefícios aos estrangeiros presos, sem prejuízo da efetivação da medida expulsória no momento oportuno.

Sobre a necessidade de aplicação isonômica da norma penal adjetiva e substantiva entre nacionais e estrangeiros, CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO anota que, em respeito à Constituição e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, “[q]ualquer distinção ou diferenciação de tratamento ou de aplicação da norma criminal acarreta séria ofensa e desrespeito às regras básicas e orientadoras, destinadas a promover a reintegração social das pessoas reclusas, em qualquer estabelecimento penal e em qualquer Estado”.⁴¹

No tocante ao mérito da decisão governamental de expulsão, FRANCISCO REZEK explica que, ao analisar um mandado de segurança ou um *habeas corpus*, o magistrado confere, tão somente, “(...) a certeza dos fatos que tenham justificado a medida, para não permitir que por puro arbítrio, e à margem dos termos já bastante largos da lei, um estrangeiro seja expulso do território nacional”.⁴²

Convém esclarecer algumas diferenciações terminológicas. De acordo com CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO, o Direito Constitucional Penal:

(...) diz respeito às garantias fundamentais da cidadania, a supremacia da *lex fundamentalis* frente ao direito penal material e formal, especialmente quanto ao princípio da isonomia, igualdade da lei e de tratamento dos tribunais e órgãos públicos, posto que a lei penal deve ser aplicada sem distinção, aos brasileiros e aos estrangeiros. É a observância estrita das

³⁹ TIBURCIO, Carmen. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 765.

⁴⁰ Vide item 3 do Capítulo 2.

⁴¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direito constitucional penal do Mercosul: direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 245.

⁴² REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

cláusulas pétreas, seu valor superior ante os dispositivos da legislação ordinária (Código Penal ou Processual Penal).⁴³

Por sua vez, os Direitos Humanos expressam os chamados direitos fundamentais ou direitos naturais, que orientam todo o ordenamento jurídico. São normas de direito público que se sobrepõem às demais especialidades da dogmática jurídica, tanto em âmbito interno e internacional.⁴⁴

Por fim, Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal não se confundem: o primeiro, embora tenha implicações externas, integra o Direito Público interno, pois o Estado se compromete a promover a persecução penal de determinados crimes, independentemente da nacionalidade do indivíduo, a partir do momento em que são internalizados os respectivos Tratados ou Convenções Internacionais; já o segundo faz parte do Direito Público externo, uma vez que, por meio dele, se reconhece a jurisdição de uma corte internacional para julgar e aplicar sanções em assuntos criminais de âmbito mundial, como o Tribunal Penal Internacional.⁴⁵

A complexidade da questão relativa à privação de liberdade dos estrangeiros em processo de expulsão requer a análise interdisciplinar de conceitos do Direito Internacional, do Direito Constitucional e do Direito Penal, inclusive sob o aspecto processual, que também é influenciado pelos Direitos Humanos⁴⁶, sem a pretensão de enquadramento exclusivo em qualquer dos ramos do direito.

1. Tratados internacionais de direitos humanos sobre prisão e expulsão de estrangeiros

O art. 5º da Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros, promulgada por meio do Decreto nº 18.956, de 22 de outubro 1929, estabelece o dever de respeitar as mesmas “garantias individuais” e “direitos civis essenciais” concedidos aos nacionais, tanto

⁴³ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 142.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 142-143.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 141-142.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27-28.

aos estrangeiros domiciliados quanto aos de passagem por seu território. No entanto, o art. 6º permite a expulsão de estrangeiro, “por motivo de ordem ou de segurança pública”, devendo os Estados receberem os seus nacionais expulsos.⁴⁷

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos os direitos por ela proclamados podem ser invocados por qualquer pessoa, independentemente de sua origem nacional (art. 2º). Assim, “[t]odo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º), não podendo sofrer prisão ou detenção arbitrária (art. 9º).⁴⁸

Aprovada em 1948 pela Assembleia da ONU, organismo internacional cuja criação inaugurou uma nova fase dos direitos humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos apresenta as seguintes características:

- 1) trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; 2) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados internacionais; 3) os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos.⁴⁹

De acordo com HÉLCIO RIBEIRO, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 teve o mérito de consolidar o caráter internacional dos direitos humanos, proclamados pelas Declarações de Direitos resultantes das revoluções francesa e americana dos séculos XVII e XVIII.⁵⁰

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, reforça a inadmissibilidade de “(...) qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (art. 5º, item 2). O art. 13 acrescenta, no

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência Internacional Americana. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em 09 out. 2016.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em 20 out. 2016.

⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.29-30.

⁵⁰ Direito subjetivo, direitos fundamentais e a nova ordem internacional: o problema da efetivação dos Direitos Humanos na América Latina. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*. São Paulo, v. 7, 2005, p. 48.

tocante à expulsão, a necessidade de “(...) decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, [o expulsando] terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo” (art. 13).⁵¹

HÉLCIO RIBEIRO afirma que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 pacificou a natureza imperativa dos direitos humanos internacionalmente.⁵² Além de incorporar dispositivos da Declaração Universal de 1948, o Pacto ampliou o rol de direitos, dentre os quais salientamos, para os fins deste trabalho: “o direito à vida; o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito a não ser escravizado, nem submetido a servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei (...)”, etc.⁵³

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (juntamente com Declaração Universal de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) integra a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos” (ou “Internacional Bill of Rights”), que consiste no sistema geral de proteção dos direitos humanos, a par do qual foi criado um sistema especial, com vistas à proteção de pessoas particularmente vulneráveis⁵⁴, por meio do “(...) advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação.”⁵⁵

Embora não seja a intenção do presente trabalho minuciar os mecanismos globais de proteção extensíveis aos estrangeiros, sejam eles homens, mulheres, crianças, de qualquer condição, destacamos a ampla previsão de direitos contrários à privação de liberdade arbitrária pelos Estados.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

⁵² Direito subjetivo... *Op. cit.*, p. 49.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 242.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 268-269.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 238-239.

Os precedentes da Corte Internacional de Justiça deixam claro que os direitos à vida, integridade física, liberdade e igualdade são vinculantes, e que os direitos humanos formam o conjunto elementar de princípios gerais de Direito Internacional que devem ser cumpridos por todos os Estados, independentemente de ratificação dos respectivos tratados.⁵⁶

Embora os organismos internacionais possam coagir os Estados a respeitarem os direitos humanos, tal capacidade é limitada, pois é necessário que a autoridade imponha respeito e que o Estado esteja disposto a aceitar os argumentos “de força” e também os “da razão”, o que não ocorre na maioria dos casos, havendo certa condescendência da autoridade internacional.⁵⁷

Entre os documentos internacionais relativos aos direitos prisionais, CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO destaca os seguintes:

Os governos dos países latino-americanos necessitam urgentemente respeitar, *in totum*, as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Resolução 633 CI (XXIV) de 31.07.1957, sem prejuízo à proteção internacional e aos demais Documentos de Direitos Humanos, vigentes e amplamente aceitos pela comunidade universal. Entre eles destacam-se: a Declaração Universal de Direitos Humanos (10.12.1948); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16.12.1966); Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (22.11.1969); Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (Resolução 34/169 da ONU, em 17.12.1979); Projeto de Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Resolução 43/173 da ONU, em 09.12.1988); Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (Adotado em Havana/Cuba, em 27.08 a 07.09.1990, durante o Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente); Declaração e Convenção dos Direitos da Criança, proclamada em 20.11.1959 e adotada em 20.11.1989, pela ONU; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores “Regras de Beijing” (Resolução 20/33, de 29.11.1985); e Convenções contra a Tortura da ONU em 10.12.1984 e da OEA em 09.12.1985.⁵⁸

A aplicação da lei penal com equidade, sem discriminação fundada em critério de procedência nacional, é pretendida pelos “Princípios Orientadores Relativos à Prevenção do

⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo... Op. cit.*, p. 32-33.

⁵⁷ RIBEIRO, Hércio. *Direito subjetivo... Op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direito constitucional... Op. cit.*, p. 250.

Crime e à Justiça Penal no Contexto do Desenvolvimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional”, aprovados no “Sétimo Congresso das Nações Unidas pra a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes”:

35. Face à extraordinária dimensão da marginalização social, política, cultural e econômica de muitos setores da população em determinados países, as políticas penais devem evitar que uma situação de privação como esta se traduza em condições favoráveis à imposição de sanções penais. Pelo contrário, devem ser adotadas políticas sociais capazes de melhorar a situação das pessoas mais desfavorecidas e de garantir a igualdade, a justiça e a equidade no âmbito da aplicação da lei, do processo penal, da aplicação de penas, da condenação e do tratamento, a fim de evitar qualquer discriminação fundada em razões de ordem socioeconômica cultural, étnica, de nacionalidade, política, de sexo ou de fortuna. É preciso partir do princípio de que o estabelecimento de uma verdadeira justiça social na distribuição dos bens materiais e espirituais entre todos os membros da sociedade, a eliminação de todas as formas de exploração, de desigualdade e de opressão econômica e social, bem como uma efetiva garantia dos direitos do homem e das liberdades fundamentais constituem a principal esperança de êxito na luta contra o crime e na sua erradicação da vida da sociedade em geral.⁵⁹

Em âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) trata, no art. 22, do direito de circulação e de residência, dispondo sobre a necessidade de decisão legal para proceder à expulsão de estrangeiro (item 6); sobre a vedação de expulsar ou entregar estrangeiro a outro país onde haja risco à sua vida ou liberdade pessoal, em virtude de raça, nacionalidade, religião, condição social ou opiniões políticas (item 8); e sobre a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros (item 9). Em relação à privação de liberdade, o art. 7º dispõe sobre direito de “(...) recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais” (item 6). No Brasil, referido Pacto foi promulgado por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.⁶⁰

THERESA RACHEL COUTO CORREIA fez um estudo de caso sobre a “[a]ssistência consular às estrangeiras presas por tráfico internacional de drogas no Ceará”, a fim de exemplificar a aplicação da Opinião Consultiva 16/99 da Corte Interamericana, que trata do devido processo legal (principalmente nos casos de pena de morte) à realidade brasileira.⁶¹

⁵⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 459-460.

⁶⁰ ORDEM DOS ESTADOS AMERICANOS. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

⁶¹ *Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 250.

Ela pôde observar que as garantias processuais consagradas na Constituição e nos tratados internacionais assinados pelo Brasil nem sempre eram respeitadas, principalmente a de assistência consular e de intérprete.⁶² Em segundo lugar, a pesquisadora observou que as estrangeiras presas no Ceará eram privadas dos benefícios prisionais, em afronta à Opinião Consultiva 16/99, diante do que se concluiu ser “(...) inadmissível, à luz da Convenção Americana e da Constituição brasileira, que o estrangeiro, pela só condição de sua origem nacional, seja excluído dos benefícios prisionais”.⁶³

Em comentário à Opinião Consultiva nº 18, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS acrescenta que, “(...) na visão da Corte de San José, o Estado não precisa autorizar a entrada do estrangeiro ou mesmo assegurar sua permanência irregular, mas durante sua estadia deve zelar pelo respeito e garantia de todos os direitos fundamentais oriundos da dignidade humana”.⁶⁴

Por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 1995, o Brasil procedeu à incorporação da Normativa do Mercosul, sendo que o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais prevê:

3. Em princípio se dará aos reclusos estrangeiros o direito de optar por medidas substitutivas da prisão, assim como autorizações de saída e outras saídas autorizadas, conforme os mesmos princípios aplicáveis aos nacionais.
(...)

9. A concertação de Acordos bilaterais e multilaterais para regular a vigilância dos delinquentes que cumpram uma condenação condicional o se achem em liberdade vigiada e a prestação de assistência aos mesmos contribuiriam também para a solução dos problemas com que se enfrentam os reclusos estrangeiros.⁶⁵

Embora alerte para o fato de que cada categoria de estrangeiros possui uma gama de direitos e deveres peculiares estabelecidos na Constituição, nas leis ordinárias e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, não sendo possível estabelecer uma generalização, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS afirma que “(...) a universalização dos direitos humanos, engendrada no final da 2ª Guerra Mundial e consagrada pela carta das Nações

⁶² *Op. cit.*, p. 251.

⁶³ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Op. cit.*, p. 252.

⁶⁴ *Teoria geral... Op. cit.*, p. 743.

⁶⁵ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 483.

Unidas (1945) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) inovou o tema ou reconhecer o homem como sujeito de direitos fundamentais, sem qualquer referência a sua nacionalidade”.⁶⁶

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS aponta, portanto, para a existência de um tratamento mínimo que se aplica a todos, sejam nacionais ou estrangeiros, com base na Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos: “(...) há um conteúdo legal mínimo e uma vinculação do legislador ao texto constitucional, o que evita que a política legislativa sobre estrangeiros no Brasil imponha um tratamento violador dos direitos fundamentais do estrangeiro”.⁶⁷

Diante dos compromissos assumidos pelo Brasil em relação aos direitos fundamentais de estrangeiros, concluem PAULO BORBA CASELLA, HILDEBRANDO ACCIOLY e G. E. DO NASCIMENTO ser ilícita a submissão de estrangeiros a prisão abusiva.⁶⁸

ANA CLÁUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO sustentam, em idêntica linha de raciocínio, que a proteção da segurança pública não pode servir de pretexto para privar estrangeiros de direitos fundamentais. Segundo afirmam os autores, “[a] aplicação, como vem sendo realizada, das normas que disciplinam o processo de expulsão dos mulas parece desrespeitar os limites que próprio Estado se impõe”.⁶⁹

Uma alternativa para abreviar o tempo de privação de liberdade em prisões brasileiras até a efetivação da expulsão consiste na transferência de presos, a fim de que a pena de um estrangeiro condenado no Brasil possa ser cumprida no seu país de origem. Trata-se de um instrumento de cooperação jurídica internacional que encontra fundamento no princípio insculpido no art. 4º, IX, da Constituição da República, segundo o qual as relações internacionais do Brasil são regidas pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. A Organização das Nações Unidas também incentiva a cooperação entre os povos, inclusive a transferência de presos, com vistas à “reeducação para fortalecer o alicerce

⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral... Op. cit.*, p. 722 e 733..

⁶⁷ *Teoria geral... Op. cit.*, p. 735.

⁶⁸ *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 512.

⁶⁹ *Direitos humanos e mulas do tráfico internacional de drogas: proposta de cooperação jurídica internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 161.

de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social”.⁷⁰

Sobre o caráter humanitário da transferência de presos, ANA CLÁUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO sustentam:

A transferência de presos possui um cunho humanitário, visa a que o apenado tenha proximidade com sua família e seu ambiente social e cultura, mas também visa atenuar as dificuldades que se sobrepõem aos que possuem a condição de estrangeiros no sistema carcerário. São discriminados, em função da língua e da disparidade de costumes e sistemas jurídicos, demoram a entender as inquirições, os atos processuais, mal conseguem fazer, de forma consistente, a sua defesa, sendo a comunicação com os defensores públicos precária.⁷¹

A cooperação jurídica internacional é capaz de viabilizar a persecução penal dos crimes transnacionais e, ainda, garantir o respeito aos direitos humanos dos presos, mediante a transferência da execução, para que eles possam cumprir a pena no país de origem, ou a transferência do próprio processo e da instrução probatória, haja vista que não há motivos para desconfiar que o país receptor, sendo um Estado democrático de direito, faria um julgamento tendencioso, pois também submete seus nacionais a julgamentos rigorosos em crimes domésticos. Ademais, a relação entre os Estados é regida pelo princípio da boa-fé.⁷²

O Ministério da Justiça editou a Portaria nº 572, de 11 de maio de 2016⁷³, a fim de regulamentar a tramitação dos pedidos de transferência de pessoas condenadas, em conformidade com o disposto no art. 10, V, do Anexo I, do Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016.⁷⁴ Assim, foram disciplinadas questões atinentes à legitimidade, aos requisitos, à base legal (tratado ou promessa de reciprocidade solicitada por via diplomática), à documentação formalizadora, às comunicações entre os envolvidos, etc.

⁷⁰ Ibidem, p. 140-141.

⁷¹ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 141.

⁷² Ibidem, p. 121-122.

⁷³ *Estabelece procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de Transferência de Pessoas Condenadas*, conforme artigo 10, inciso V, do Anexo I, do Decreto nº 8668, de 11 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-no-572-de-11-de-maio-de-2016>>. Acesso em 09 out. 2016.

⁷⁴ Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça, remaneja cargos em comissão, aloca funções de confiança e dispõe sobre cargos em comissão e Funções Comissionadas Técnicas mantidos temporariamente na Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm#anexoi>. Acesso em 09 out. 2016.

Em geral, os tratados de transferência de presos contém dispositivos que permitem aos Estados receptores, antes de manifestarem a sua concordância, verificarem se a aceitação por parte do apenado, que é imprescindível para o traslado, foi devidamente esclarecida e voluntária, isto é, se não houve nenhum vício causado, por exemplo, pelo desconhecimento do idioma, e se não sofreu qualquer pressão.⁷⁵

Outro requisito comumente constante nos tratados de transferência de presos é a exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que homenageia o princípio consagrado, entre nós, no art. 5º, LVII, da Constituição da República, a saber, a presunção de inocência, de grande relevância também no cenário internacional. Com efeito, seria imprudente realizar a transferência de um preso para outro país, para dar início à execução provisória da pena, enquanto houver recurso pendente de julgamento.⁷⁶

Assim, os requisitos para transferência de preso são a existência de tratado entre os países envolvidos, a ocorrência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o consentimento do estrangeiro apenado e a chamada “dupla imputação”, também exigível nos casos de extradição, importando que a conduta pela qual o estrangeiro foi condenado seja tipificada como infração penal em ambos os países. Alguns tratados exigem, ainda, uma “carência mínima”, relativamente à quantidade de pena a ser cumprida no país receptor.⁷⁷

Segundo definição cunhada pela doutrina, a transferência de presos consiste em 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. A efetivação desse ato depende, como visto, da concordância do indivíduo envolvido”.⁷⁸

A página do Ministério Público Federal na internet relaciona doze tratados bilaterais e três tratados multilaterais assinados pelo Brasil, que permitem o cumprimento de penas em outros países. O décimo terceiro tratado bilateral foi aprovado este ano, por meio do Decreto 8.718, de 25 de abril de 2016⁷⁹, que dispõe sobre a transferência de pessoas

⁷⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op.cit.*, p. 258.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 280.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 283 e 284-285.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 272-273.

⁷⁹ *Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Japão sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, firmado em Tóquio, em 24 de janeiro de 2014.* Disponível em:

condenadas entre o Brasil e o Japão. Do levantamento feito pelo Ministério Público Federal, constam os seguintes tratados:

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi assinada a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, conhecida como “Convenção de Manágua”, de 1993, que foi internalizada por meio do Decreto 5.919, de 3 de outubro de 2006, tendo como signatários: Arábia Saudita, Belize, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela.⁸⁰

Entre os países integrantes do Mercosul, há um acordo multilateral, denominado Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, aprovado por meio do Decreto nº 8.315, de 24 de setembro de 2014.⁸¹

Na América do Sul, o Brasil ainda possui acordos bilaterais com a Argentina (Decreto nº 3.875, de 23/07/2001), Bolívia (Decreto nº 6.128, de 20/06/2007), Chile (Decreto nº 3.002, de 26/03/1999), Paraguai (Decreto nº 4.443, de 28/10/2002) e Peru (Decreto nº 5.931, de 13/10/2006); na América Central, com o Panamá (Decreto nº 8.050, de 11/07/2013); e, na América do Norte, com o Canadá (Decreto nº 2.547, de 14/04/1998).⁸²

Na Europa, foram estabelecidos acordos bilaterais com a Espanha (Decreto nº 2.576, de 30/04/1998), Portugal (Decreto nº 5.767, de 02/05/2006), Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906, de 04/02/2013) e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto nº 4.107, de 28/01/2002).⁸³

Na África, consta apenas o acordo bilateral com Angola (Decreto nº 8.316, de 24/07/2014).⁸⁴

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2016/Decreto/D8718.htm>. Acesso em 12 nov. 2016.

⁸⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Tratados de transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/normas-e-legislacao/tratados/tratados-de-transferencia-de-pessoas-condenadas?set_language=pt-br>. Acesso em 19 abr. 2016.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

Merece destaque, ainda, a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, conhecida como “Convenção da Praia, de 2005”, que foi aprovada pelo Decreto nº 8.049, de 11 de julho de 2013, e envolve os seguintes países: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor Leste.⁸⁵

Em síntese, o Brasil possui acordos para a transferência de presos com os seguintes países, reunidos por continente:

Continentes	Acordos bilaterais	Acordos multilaterais
América do Sul	Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Peru.	Argentina, Chile, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela.
América Central	Panamá.	Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Panamá.
América do Norte	Canadá.	Canadá, Estados Unidos, México.
Europa	Espanha, Portugal, Países Baixos, Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte.	Portugal e República Tcheca.
Ásia	Japão.	Arábia Saudita e Timor Leste.
África	Angola.	Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau e Moçambique.

Em caráter subsidiário, no âmbito da Organização das Nações Unidas, há a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto nº 5.015, 12 de março de 2004.⁸⁶

Diante do nítido caráter humanitário dos tratados sobre a transferência de presos, é possível que, no Brasil, eles ingressem no ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁸⁷

ANA CLÁUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO criticam a eficácia protetora do instituto devido à permanência do estrangeiro no sistema carcerário brasileiro

⁸⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Tratados de transferência...Op. cit.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 258-259.

enquanto aguarda o trânsito em julgado, o que pode levar anos, pois, nesse ínterim, permanece sujeito às dificuldades já descritas e, muitas vezes, a prisão provisória corresponde a parte significativa das penas aplicadas.⁸⁸

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “(...) buscando responder a esse paradoxo, pressupõe o início do cumprimento da pena no local da condenação – no *locus commissi delicti* –, mas a sua conclusão no país de onde proveio o condenado; na sua terra de origem. No lugar, enfim, onde se daria o termo final de sua ressocialização ou, por outra, onde seria efetivamente possível se proceder à reinserção social.”⁸⁹

Portanto, a transferência de presos tem o potencial de atender, a um só tempo, “(...) o duplo postulado contido no art. 1º, da Lei de Execução Penal, vale repetir: efetivar as disposições da sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”.⁹⁰

Não se justifica a objeção relativa ao risco de a transferência de presos vir a resultar em impunidade, à medida que o restante da pena deverá ser cumprido no país receptor.⁹¹ Com efeito, os tratados de transferência de presos não permitem a revisão do julgamento pelo país receptor, em respeito à soberania do Estado que a proferiu. Dessa forma, estão proibidas as reformas que importem agravamento da pena, assim como as que, porventura, possam vir a beneficiar de forma indevida a pessoa que recebeu a condenação, com base nos mesmos fatos. É necessário que seja assegurada a segurança jurídica nas relações de cooperação jurídica internacional, especialmente em relação à pena, objeto de transferência.⁹²

Diante da existência de tratados bilaterais ou multilaterais, não é necessária a homologação judicial da sentença penal no país receptor, embora eventualmente possa surgir alguma resistência por parte dos países aceitar a eficácia em seus territórios, especialmente para fins de reparação civil dos danos decorrentes do ilícito penal.⁹³

⁸⁸ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 256.

⁹⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op.cit.*, p. 258.

⁹¹ *Ibidem*, p. 258.

⁹² *Ibidem*, p. 280-281.

⁹³ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 143-144.

O trâmite do pedido de transferência ocorre na via administrativa. Conforme o Manual de Transferência de Pessoas Condenadas, elaborado pelo Ministério da Justiça em 2004, o pedido de transferência é apresentado ao Departamento de Estrangeiros, da Secretaria Nacional de Justiça, devendo a Divisão de Medidas Compulsórias instruí-lo com os documentos fornecidos pelo Poder Judiciário e traduzidos para o idioma oficial do país de origem do preso estrangeiro.⁹⁴

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA alerta que se deve, contudo, analisar o cabimento da transferência caso a caso, pois, se, “em determinada hipótese, razões maiores indicarem a manutenção do apenado no sistema prisional do Brasil, isto pode e deve ser feito. Não se cria, com tratados nessa matéria, uma obrigação de transferência, mas, apenas, um dever de analisar pedidos de transferência”.⁹⁵

A existência de família brasileira, por exemplo, pode justificar a manutenção do estrangeiro em solo brasileiro, em certas condições. Como se verá a seguir, há preocupação dos Tribunais com o aspecto familiar do preso, sendo que esta questão será retomada adiante.⁹⁶

2. Tutela constitucional dos direitos prisionais de estrangeiros no Brasil

MARCELO NEVES ressalta o “idealismo constitucional” que marcou o texto de 1988, ressentido de um longo período ditatorial que perdurava desde 1964. Porém, [o] contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas (...).⁹⁷

A respeito da influência das classes dominantes na elaboração das normas, MICHEL FOUCAULT observa que a burguesia reserva para si mecanismos de controle da

⁹⁴ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 143.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 265.

⁹⁶ Sobre a tutela constitucional da unidade familiar e sua expressão na interpretação dos tribunais, vide itens nº 2, do Capítulo 1º, e 3, do Capítulo 2º, respectivamente. As hipóteses de reconhecimento do vínculo familiar serão analisadas no Capítulo 3º

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 183.

economia,⁹⁸ dando aparência democrática mediante a deliberação parlamentar e representativa, com a declaração de igualdade formal nos códigos, porém inserindo dispositivos que permitam exercer o controle sobre os operários, o que é por ele denominado de “disciplina”.⁹⁹ A economia das ilegalidades não é, portanto, isenta de um conflito de classes, razão pela qual muitos direitos enunciados acabam esvaziados de proteção efetiva, conforme se verá ao longo de todo o trabalho.

A Constituição de 1988 consagrou diversos preceitos protetivos contra o autoritarismo estatal, que são aplicáveis também aos estrangeiros presos no Brasil. O art. 5º assegurou aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, da mesma forma que aos nacionais.¹⁰⁰

Em que pese a menção à “estrangeiros residentes no país”, a doutrina recomenda a interpretação extensiva dos direitos fundamentais aos estrangeiros de passagem pelo território nacional. Nesse sentido, é a afirmação de HILDEBRANDO ACCIOLY:

[o] reconhecimento de direitos ao estrangeiro decorre de duas circunstâncias: a personalidade humana, com os direitos que lhe são inerentes e que nenhum Estado pode ignorar, e a situação do Estado como membro da comunidade internacional, com os deveres de interdependência e solidariedade entre as nações, impostos por essa situação. Donde resulta que o Estado deve regular a condição dos estrangeiros, sem distinção de nacionalidade, protegendo-os em suas pessoas e bens e reconhecendo a todos o mínimo de direitos admitidos pelo direito internacional.¹⁰¹

Após tantos abusos do período anterior, a Constituição de 1988 foi repleta de princípios relativos à proteção das pessoas submetidas à privação de liberdade:

O art. 5º, inc. XLIX, da CR/1988, ocupou-se do respeito à integridade física e moral dos presos, em conformidade com o princípio fundamental da dignidade humana, estabelecido no inc. III do art. 1º. Além disso, o art. 5º, inc. XLVII, proibiu penas de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis de todo gênero, tais como as corporais e infamantes.¹⁰²

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 84.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 209.

¹⁰⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

¹⁰¹ apud TAVARES, *Op. cit.*, p. 659.

¹⁰² COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op.cit.*, p. 86-87.

No que tange à “segurança em matéria penal”, JOSÉ AFONSO DA SILVA reuniu as garantias constitucionais contidas nos incisos do art. 5º em oito grupos: a) jurisdicionais; b) preventivas; c) aplicação da pena; d) processuais penais; e) presunção de inocência; f) incolumidade física e moral; g) não discriminação; e h) ordem constitucional democrática.¹⁰³

Entre as garantias relativas ao órgão jurisdicional (primeiro grupo), estão a proibição *de juízo ou tribunal de exceção* (inc. XXXVII); o julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo *tribunal do júri* (inc. XXXVIII); e a garantia do *juiz competente* (inc. III e LXI).¹⁰⁴

Com relação a esta última, interessa ao presente estudo que a Constituição de 1988 passou a exigir ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente para que a prisão possa ser efetuada (ressalvadas as hipóteses de flagrante delito e de crimes militares), conforme inc. LXI do art. 5º.¹⁰⁵

Dessa forma, embora prevaleça o entendimento de que a prisão para fins de expulsão, prevista no art. 61 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), foi recepcionada pela Constituição, é imprescindível que haja decisão judicial fundamentada e proferida por juízo competente, considerando-se revogada a parte que atribui a competência ao Ministro da Justiça para esse fim.¹⁰⁶

No segundo grupo, dentre as *garantias preventivas*, estão compreendidos os princípios da *anterioridade* (inc. XXXIX) e *irretroatividade* da lei penal (inc. XL), bem como a garantia de *legalidade* e da *comunicabilidade da prisão* (inc. LXII). Corolárias do imperativo da legalidade da prisão, estão as previsões de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente” (inc. LXV) e que o “preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório” (inc. LXIV).¹⁰⁷

Diante do fenômeno migratório, GARCIA RAMIREZ chama a atenção para a necessidade de garantias diferenciadas para que os estrangeiros possam exercer plenamente o

¹⁰³ *Curso de direito constitucional positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 441-444.

¹⁰⁴ BRASIL. *Constituição... Op. cit.*

¹⁰⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 327.

¹⁰⁶ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração... Op. cit.* São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 260-261.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso... Op. cit.*, p. 442.

acesso à justiça no processo penal, “(...) os quais lhes permitam igualmente comparecer, perante a justiça, sem as graves limitações que implicam a estranheza cultural, a ignorância do idioma, o desconhecimento do meio e outras restrições reais das suas possibilidades de defesa”.¹⁰⁸

Convém destacar, nesse contexto, o direito à assistência consular (art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967)¹⁰⁹ que, como visto no tópico anterior, é frequentemente desrespeitado.

O terceiro grupo, relativo à sanção penal em si, inclui a *individualização* (inc. XLVI) e *personalização* da pena (inc. XLV), além de proibir a prisão civil por dívida (inc. LXVII), a extradição de brasileiro (inc. LI) ou por motivo de crime político ou de opinião (inc. LII) e a aplicação de determinadas penas (inc. XLVIII).¹¹⁰

Entretanto, veremos adiante que os direitos próprios da execução penal, consectários da individualização da pena, nem sempre são deferidos aos estrangeiros, caso haja processo de expulsão em curso ou com decreto publicado.¹¹¹

A coisa julgada, preconizada no art. 5º, XXXVI, da CR/1988, restringe a execução aos limites da pena aplicada, sendo que o art. 3º da Lei de Execução Penal veda que direitos que não tenham sido restringidos pela lei ou pela sentença venham a ser atingidos, sob pena de violação à coisa julgada. Como é conferida ao condenado a expectativa de ressocialização, se esta possibilidade lhe for retirada, a execução estará “(...) fora dos limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico”.¹¹²

Em estudo dedicado a analisar a condição dos estrangeiros utilizados como “mulas” para o tráfico internacional de drogas, ANA CLÁUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO observam que a situação é muito delicada, pois, como o preso não se expressa no idioma nacional e tampouco tem vínculos com a cultura do país, além da dificuldade de manter contato com os familiares distantes, a “(...) pretensa ressocialização, tendo como pano

¹⁰⁸ Apud CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana ... Op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em 20 out. 2016.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso... Op. cit.*, p. 443.

¹¹¹ Vide item 3 do Capítulo 2º.

¹¹² MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 85-89.

de fundo a sociedade brasileira seria, portanto, praticamente inútil, já que a sua vida futura seria fora daqui”.¹¹³

Quanto às garantias que integram o quarto grupo, de natureza processual, importa que sejam observados o contraditório (inc. LV) e a ampla defesa (inc. XXXIV), o devido processo legal (inc. LIV), bem como a garantia da ação privada subsidiária da pública (inc. LIX).¹¹⁴

A seu turno, a presunção de inocência (quinto grupo) assegura que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inc. LVII) e que o civilmente identificado não seja submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei (inc. LVIII).¹¹⁵

Dentre as garantias de incolumidade física e moral (sexto grupo), estão englobadas as vedações de tortura e de tratamento desumano ou degradante (inc. III), sendo que a tortura será considerada, pela lei, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (inc. XLIII).¹¹⁶

No tocante às garantias penais da não discriminação (sétimo grupo), está disposto que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (incs. XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inc. XLII).¹¹⁷ Diante disso, parece incompatível que o critério da origem nacional sirva de fundamento para qualquer tratamento discriminatório dos estrangeiros presos e em processo de expulsão.

Por fim, o oitavo grupo zela pela manutenção da ordem constitucional democrática, ao prever que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático” (inc. XLIV).¹¹⁸

¹¹³ *Op. cit.*, p. 88-91.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso... Op. cit.*, p. 443.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 443.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 443.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 443.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 443.

Quanto aos valores democráticos da Constituição, incidentes sobre a questão da privação de liberdade, CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO destaca:

No Estado Democrático de Direito impõe-se a todas as autoridades públicas o devido respeito à integridade física e moral dos cidadãos, sejam eles *intra* ou *extra* muros (encarcerados ou livres), sem qualquer distinção ou forma de discriminação.

A execução penal também será legitimamente democrática ou devida – processo penal executiva – quando a participação do Ministério Público como órgão principal de execução for voltada para a tutela dos direitos indisponíveis dos encarcerados – condenados (Lei 7.210/84, arts. 61, III e 67/68 e CR, arts. 127/129).¹¹⁹

Vê-se que os constituintes registraram grande preocupação com a liberdade individual, especialmente ao prescreverem que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inc. LXVI) e que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (inc. LXXV).¹²⁰

Em comentário ao inc. LXXV do art. 5º da CR/1988, ANDRÉ RAMOS TAVARES lembra que o direito de obter indenização por erro judiciário ou por excesso ilegal de tempo de prisão foi consagrado com caráter de fundamentalidade.¹²¹

Apesar de a literalidade do texto constitucional apontar para uma série de direitos fundamentais dos presos, sejam eles brasileiros ou estrangeiros, JOSÉ EDUARDO FARIA assevera que a linguagem pode ter apenas o efeito de induzir a sua aceitabilidade:

Vinculado aos conflitos de interesse e à luta pelo poder, o estereótipo político é um termo em que as aparências descritivas envolvem, manipulam e escondem emoções, permitindo aos governantes conquistar a adesão dos governados aos valores prevaletentes pela força mágica dos elementos significantes, em detrimento das significações.¹²²

Por exemplo, decorre da “igualdade perante a lei penal” que todos aqueles que incorrerem nas figuras típicas descritas como infração penal sejam submetidos ao mesmo sistema de normas penais, inclusive ao conjunto de regras que diz respeito às sanções. Não

¹¹⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 114.

¹²⁰ BRASIL. *Constituição... Op. cit.*

¹²¹ *Curso de direito constitucional*, 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 509.

¹²² *Op. cit.*

obstante isso, JOSÉ AFONSO DA SILVA adverte para o fato de que “(...) os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º)”.¹²³

Nesse caso, MARCELO NEVES diz que a Constituição é simbólica e funciona como um álibi, no qual, “[n]o mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social”.¹²⁴

Analisaremos adiante se é possível afirmar que houve total rompimento com a postura autoritária das instituições de aplicação do direito penal após a redemocratização pretendida pela Constituição de 1988.¹²⁵

A CR/1988 estabelece que a competência legislativa sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros é privativa da União (art. 22, XV). Já o art. 109 atribui aos juízes federais a competência para processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inciso V); bem como “os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o 'exequatur', e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização” (inciso X).¹²⁶

A opção constitucional por federalizar as questões atinentes aos direitos de estrangeiros se justifica à medida que se tratam de formas de expressão da soberania do Estado brasileiro.

FRANCISCO REZEK observa que a expulsão não tem destino determinado, mas nenhum outro Estado, senão o de sua pátria, está obrigado a recebê-lo. Adverte, ainda, que a consequência da expulsão é a impossibilidade de o estrangeiro retornar ao país de onde foi expulso, uma vez que seus pressupostos são graves.¹²⁷

¹²³ *Op. cit.*, p. 225.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 105.

¹²⁵ Vide item 3 do Capítulo 3º.

¹²⁶ BRASIL. *Constituição... Op. cit.*

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 229.

O fato de o estrangeiro possuir família brasileira confere proteção contra a expulsão,¹²⁸ de modo que é possível opor à expulsão o princípio da unidade familiar, consagrado no art. 226 da CR/1988.¹²⁹ A Constituição reconhece, ainda, a importância da assistência familiar ao preso (art. 5º, inc. LXIII).¹³⁰

3. Desvirtuamento das espécies de prisão em razão do processo de expulsão, no Brasil e em exemplos internacionais, e cabimento de medidas alternativas

Como delimitado anteriormente, a presente pesquisa preocupa-se com a relação entre a privação de liberdade dos estrangeiros decorrente do sistema penal e a prisão para fins de expulsão. Conquanto se tratem de institutos de naturezas diversas, busca-se compreender em que medida eles se aproximam ou se afastam, e as conclusões que podem ser extraídas dessas ligações.

A relevância de tais imbricações pode ser compreendida à medida que os decretos de expulsão parecem estar diretamente relacionados com a condenação pela prática de certos delitos, notadamente o crime de tráfico de drogas.

Conforme levantamento realizado por ANA LUISA ZAGO DE MORAES referente às expulsões publicadas em 2014, o inquérito de expulsão é iniciado, por praxe, a partir do recebimento de cópia da sentença condenatória, de modo que todas as expulsões decretadas naquele ano tinham se dado em razão de condenação criminal. Verificou-se, ainda, que a condenação por tráfico de drogas correspondia à principal motivação (mais de 90% dos casos), tendo sido decretada a expulsão em apenas dois casos de crimes contra a vida e dois de crimes contra o patrimônio, porém em nenhum caso de contravenções penais ou de crimes com pena inferior a dois anos de reclusão. Na visão da autora, tal quadro “confirma também a

¹²⁸ Vide item 1 do Capítulo 3º

¹²⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Orientações básicas aos presos e egressos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/estrangeiros-presos-egressos/cartilhas/CartilhaDireitosCidadaosEstrangeirosPresosEgressos2015.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016.

¹³⁰ BRASIL. *Constituição... Op. cit.*

tendência dos imigrantes de não cometerem crimes comuns, e a relação do encarceramento e das expulsões com a guerra às drogas”.¹³¹

No direito brasileiro, a prisão pode ser penal ou processual, sendo que a primeira espécie decorre da imposição de sentença condenatória transitada em julgado e constitui sanção efetiva, enquanto a segunda “(...) não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio”.¹³²

A prisão para fins de expulsão tem por escopo garantir o cumprimento da medida expulsória, ou seja, acautelar a saída forçada do estrangeiro considerado nocivo aos interesses nacionais contra o risco de fuga (assim como na prisão extradicional).¹³³

Em que pese a independência, ao menos formal, que existe em nosso ordenamento jurídico entre os objetivos da prisão processual¹³⁴ e da prisão para fins de expulsão, a relação entre os institutos é bastante clara na legislação estrangeira.

Em Itália, por exemplo, a expulsão pode ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade de até dois anos, por acordo entre as partes, desde que estejam presentes determinadas condições previstas em lei. Ou também pode ser um dos efeitos da condenação pela prática de crimes contra a personalidade do Estado, ou de produção, tráfico e detenção ilegal de drogas psicotrópicas.¹³⁵ Para ser ordenada a expulsão, a periculosidade social deverá ser aferida concretamente pelo magistrado, conforme entendimento firmado por ocasião da:

¹³¹ *Crimigração... Op. cit.* São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 257-258.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*, 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014 [Minha Biblioteca]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5635-6/>>. Acesso em 16 dez. 2016.

¹³³ BARROS, Luís Fernando Bravo de. A prisão no processo extradicional passivo brasileiro: uma abordagem garantista. *Revista Liberdades*. ed. especial, dez. 2011, p. 92-117. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/10/artigo4.pdf>. Acesso em 24 out. 2016.

¹³⁴ Nesse ponto, cabe mencionar a distinção que CLAUS ROXIN observa entre a regulação das prisões cautelares nos Estados totalitários e no Estado de direito: “nos primeiros, a situação de conflito se regula sob a antítese errônea Estado-cidadão, com exagero da importância do interesse estatal na realização mais eficaz possível do processo penal. No Estado de direito, diferentemente, afirma, a regulação de tal situação conflituosa não é determinada através da antítese referida, sendo o Estado obrigado a atender ambos os fins: asseguramento da ordem através da persecução penal e a proteção da esfera de liberdade do cidadão” (Apud CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 28).

¹³⁵ VALERIA SCALÌA anota que a possibilidade de substituição da pena pela expulsão pode ser extraída da combinação das seguintes normas: art. 16, comma 1, T.U.I.; art. 444 c.p.p.; d.lgs. 286/1998; art. 235 e 312 c.p.; art 86 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei rei (L' espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali. *L'indice penale*. Padova, v. 13, n. 2, p.749-887, jul./dez. 2010, p. 803-807).

(...) sentenza n. 58/1995 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 86, d.P.R. n. 309/90 (la cui formulazione in termini di obbligo da parte del giudice penale di ordinare l'espulsione per alcuni reati in materia di stupefacenti aveva suscitato forti critiche da parte della dottrina) per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, nella parte in cui obbligava il giudice ad emettere l'ordine di espulsione senza il previo accertamento della pericolosità sociale, ai fini dell'applicazione del provvedimento espulsivo è necessario che il giudice proceda a verificare in concreto la pericolosità sociale del destinatario della misura.¹³⁶

Semelhante é a disciplina da expulsão no direito espanhol. Ao examinar o artigo 89 Código Penal, que trata da substituição de determinadas penas pela expulsão penal, PATRICIA A. MARTÍN ESCRIBANO afirma, em sua tese de doutorado, que a “(...) única finalidade que justifica la existencia del art. 89 del CP y esta nos es otra que la expulsión es en realidad un instrumento al servicio de la política migratória y no al de la política penal, lo cual significa poner el Derecho penal al servicio del Derecho administrativo a los efectos del control de los flujos migratorios”.¹³⁷ Esse dispositivo sofreu modificações pela Lei Orgânica n. 1/2015, que entrou em vigor em 1º de julho de 2015, para ampliar as hipóteses de expulsão e excluir a prévia audiência do apenado.¹³⁸

Assim, ela conclui que, “(...) si la justificación de la existencia de la expulsión en el Derecho Penal tiene su fundamentación en disminuir los costes al sistema, se podría pensar en otras alternativas para disminuir la población penitenciaria. En este sentido se podría recurrir a un mayor uso de las penas alternativas a la prisión”; e, quanto à dificuldade de ressocialização de estrangeiros, “[e]n este sentido sería interesante plantearse otras vías de excarcelación de presos extranjeros como puede ser el cumplimiento de la pena en un tercer país o el cumplimiento de la libertad condicional en el país de donde sea nacional el extranjero o en el país fixado previamente”.¹³⁹

A utilização do Direito Penal para fins de controle migratório é bastante criticada:

Esto se insiere en la tendencia expansionista del Derecho penal que, en nombre de la seguridad, se adentra cada vez más en dominios que, no hace

¹³⁶ SCALÌA, Valeria. *Op. cit.*, p. 810.

¹³⁷ ESCRIBANO, Patricia A. Martín. *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: análisis jurídico penal y criminológico*. Universitat de Girona (tese de doutorado), 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/361400>>. Acesso em 03 jun. 2016, p. 30.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 29.

muchos años, pertenecían a otras instancias de control, como el Derecho civil o el Derecho administrativo. El sentimiento social de inseguridad que caracteriza las sociedades actuales, sobre todo tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, es amplificado por los medios de comunicación social y explotado por los gobiernos para legitimar la implementación de políticas de tolerancia cero que, bajo el pretexto de dotar de seguridad a la sociedad, no son más que medidas populistas para perpetuarse en el poder. En consonancia, se construye el inmigrante irregular como categoría de riesgo – el enemigo – chivo expiatorio de todos los males de los que adolece la sociedad (paro, delincuencia) al que es necesario neutralizar a través de su inocuización, en lo que nos ocupa, la expulsión. Atendiendo al carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, éste tan sólo se legitima al proteger aquellos bienes jurídicos que otras instancias no pueden proteger de forma satisfactoria, razón por la cual no debe de atribuírsele la tarea de control de los flujos migratorios. Esta deberá, más bien, quedar reservada al ámbito administrativo.¹⁴⁰

Com relação aos efeitos dessa confusão jurídica, THERESA RACHEL COUTO CORREIA considera que admitir a interferência do decreto de expulsão no processo penal e na execução penal, para o fim de suprimir o acesso dos estrangeiros aos direitos prisionais, ofende tanto o nosso sistema jurídico quanto os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte:

Faz-se necessário observar que a decretação da expulsão, medida de natureza administrativa, não pode ter efeito decisivo no campo penal, pois é fenômeno jurídico pertinente a outro campo de atuação estatal. A expulsão tem natureza administrativa e que os benefícios prisionais são de índole jurisdicional-penal. Nesse panorama, revela-se inaceitável que o estrangeiro, pela só condição da sua origem, seja excluído dos benefícios prisionais em razão de um decreto de expulsão.

Assim, é de se concluir que o cumprimento da pena, na forma progressiva, não se impõe a qualquer decreto expulsório de estrangeiro, pensar o inverso é impor ao condenado estrangeiro tratamento desumano e degradante, o que não se coaduna com a nossa tradição jurídica nem com os tratados internacionais já analisados.¹⁴¹

Houve um momento de nossa história em que a vedação de beneficiar estrangeiros apenados era expressa. Por exemplo, o Decreto-lei nº 4.865/1942, lavrado pelo então presidente ditatorial GETÚLIO VARGAS, em plena ocorrência da Segunda Guerra Mundial,

¹⁴⁰ BARROS, Ana Maria Pacheco Monteiro Ludovico Pinto de. O instituto jurídico-penal de expulsão do estrangeiro: análise comparada dos ordenamentos penais espanhol e português. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 3, n.1, 2011, p. 87-110. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/indez.php/systemas/article/view/51>. Acesso em 26/04/2015, p. 7-8.

¹⁴¹ *Corte Interamericana... Op. cit.*, p. 254.

proibia a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrassem no país em caráter temporário.¹⁴²

Sobre o contexto desse período, ANA LUISA ZAGO DE MORAES descreve como tendo sido marcado:

(...) pelo sistema policial, que se encarregava de selecionar delinquentes por classe social e cor, afirmando os estereótipos do positivismo racista, e que também se encarregou da seleção de imigrantes para fins de ingresso, repatriação, deportação e expulsão. Cabia também à polícia a espionagem e a vigilância que se desenvolveram na Primeira República, principalmente em relação às associações operárias, e se aprimoraram durante o Estado Novo, inclusive pelas características de “poder total” nos moldes foucaultianos já analisados.¹⁴³

Embora não haja revogação expressa dessa norma, que pressupunha o encarceramento do estrangeiro durante o cumprimento integral da pena, CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO sustenta que a incompatibilidade com a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro, atualmente em vigor), que passou a permitir que a expulsão seja efetivada ainda que haja processo em curso ou antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, se for conveniente for ao interesse nacional (art. 67), resultou na revogação tácita pelo princípio “*lex posterior revoga legem anterioren*”.¹⁴⁴

Como se verá adiante, ainda ecoa na jurisprudência pátria resquícios do entendimento de que o decreto de expulsão é incompatível com a fruição de direitos prisionais¹⁴⁵, apesar de a vedação legislativa ter sido superada com os valores democráticos promovidos pela Constituição de 1988.¹⁴⁶

Se, por um lado, há casos em que a expulsão é utilizada como fundamento para indeferir benefícios prisionais, em clara interferência da esfera administrativa na penal, o inverso também pode ocorrer: que a seara penal acabe por invadir, informalmente, o campo de atuação administrativo da expulsão, através do prolongamento indevido da prisão para fins

¹⁴² BRASIL. Decreto-lei nº 4.865/1942. *Proíbe a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no país em caráter temporário*. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4865&tipo_norma=DEL&data=19421023&link=s>. Acesso em 24 out. 2016.

¹⁴³ *Crimigração...* *Op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁴ *Direitos humanos...* *Op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁵ Vide item 3 do Capítulo 2.

¹⁴⁶ Vide item 3 do Capítulo 3.

de expulsão. O tempo superior de privação de liberdade dos estrangeiros, em relação ao que estariam sujeitos os brasileiros em razão de práticas delituosas semelhantes, resulta em uma forma desvirtuada de agravamento da pena.

Essa disputa de poder pode ser explicada pelo deslocamento das decisões políticas para o Poder Judiciário verificada no mundo contemporâneo. Para PIERRE BOURDIEU, a independência do campo jurídico é relativa, pois o seu funcionamento está condicionado disputa lógica entre as forças presentes em sua estrutura.¹⁴⁷ Por exemplo, ao defenderem os interesses de algumas classes, os efeitos da lei podem ser anulados pelos operadores do direito,¹⁴⁸ conforme os comportamentos estejam sujeitos às regras postas de forma mais ou menos estrita, porém sempre restará uma parte arbitrária nas decisões judiciais, especialmente nas “decisões da política que dizem respeito à prisão”.¹⁴⁹ Nas palavras do autor,

(...) o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis” e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa.¹⁵⁰

Das antagônicas visões de mundo que lhe são submetidas para apreciação, o Poder Judiciário detém o monopólio de dizer o que se considera reprovável, pela ótica do Estado, ao aplicar as sanções.¹⁵¹ Porém, são as classes dominantes que estipulam seus próprios interesses como objeto da universalização do direito, por meio de representação oficial que lhes seja favorável.¹⁵²

LOUIS ALTHUSSER mostra que, desde o início, a teoria da separação de poderes tinha caráter político e não técnico:

(...) Montesquieu teve a preocupação de decretar garantias já não jurídicas, mas políticas: basta, por exemplo, ver quem julga os delitos e crimes dos nobres e os processos políticos. Uma vez tomadas estas precauções, que transferem aquilo que o judicial pode ter de efeitos políticos para órgãos

¹⁴⁷ A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O poder simbólico* (tradução de Fernando Tomaz). Lisboa: Difusão; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 211.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 217.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 222-223.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 224.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 236.

¹⁵² *Ibidem*, p. 247-248.

propriamente políticos, o que resta do judicial é, com efeito, como que nulo. Encontramo-nos então em face de dois poderes: o executivo e o legislativo.¹⁵³

Ao analisarmos o procedimento da expulsão, veremos que não é incomum que a efetivação da retirada compulsória do estrangeiro do território nacional demore além do tempo previsto em lei. Embora pudessem ser tomadas as medidas necessárias ainda durante o cumprimento da pena, para abreviar o tempo de espera, o procedimento fica aguardando as manifestações do Poder Judiciário e do Ministério da Justiça, que nem sempre ocorrem de forma ajustada.¹⁵⁴

As interferências recíprocas entre o sistema penal e a expulsão, que tornam mais gravosa a situação dos estrangeiros do que a dos nacionais, configuram tratamento discriminatório e, portanto, incompatível com a ordem constitucional e com os direitos humanos.

Diferentemente ocorre quando da transposição dos princípios garantistas orientadores do processo penal para a disciplina da prisão para fins de expulsão, tendo em vista que a privação de liberdade é medida excepcional, de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

O art. 5.º, inc. XLVI, da Constituição, nas alíneas *d* e *e*, orienta a norma penal incriminadora no sentido da desprisionalização, com preferência das penas alternativas. Na mesma proporção, o direito processual penal considera a prisão preventiva como última opção, em respeito aos direitos e garantias individuais e ao princípio penal da intervenção mínima.¹⁵⁵ Se o sistema jurídico penal, considerado a *ultima ratio* do direito, define a prisão como exceção e não como regra, reservada apenas aos casos mais graves (ao menos em tese)¹⁵⁶, a mesma lógica pode ser aplicada ao processo de expulsão.

Assim como a prisão extradicional, que tem por finalidade assegurar o procedimento de extradição, a prisão para fins de expulsão visa garantir a efetividade do processo de expulsão. Ambas possuem natureza cautelar.

¹⁵³ Montesquieu: *a política e a história*. 2. ed. Lisboa: Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 33-34.

¹⁵⁴ Vide item 2 do Capítulo 3.

¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-23 e 39.

¹⁵⁶ Vide ressalvas feitas no item anterior deste Capítulo quanto ao uso retórico da linguagem.

Sobre o cabimento das cautelares alternativas à prisão no processo extradicional brasileiro, LUÍS FERNANDO BRAVO DE BARROS já teve a oportunidade de afirmar:

Bem acentuada a feição processual penal das espécies de cooperação internacional em matéria criminal, em especial a extradição, inolvidável, assim, tratar certos aspectos do procedimento extraditório, notadamente aqueles a ameaçarem diretamente a liberdade da pessoa do extraditando, em cotejo com as regras irradiadas do sobreprincípio do devido processo penal, com acentuada ênfase à excepcionalidade de medida cautelar processual penal privativa de liberdade.¹⁵⁷

O Autor prossegue:

Admitir a compulsoriedade da prisão para o processamento da extradição, como condição de procedibilidade, é jogar por terra toda principiologia do regime cautelar penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, com supedâneo em normas constitucionais e oriundas de tratados internacionais de Direitos Humanos a privilegiarem o devido processo penal como paradigma norteador para a inflicção de qualquer ato estatal cerceador da liberdade, de forma originária ou acessória a uma pretensão punitiva, em um Estado de Direito.¹⁵⁸

A Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou a redação do Código de Processo Penal, para incluir diversas alternativas à prisão, com vigência a partir de 4 de julho de 2011¹⁵⁹, as quais podem ser aproveitadas para substituir a prisão para fins de expulsão, quando, por critérios de proporcionalidade, não se mostrar imprescindível a privação de liberdade do expulsando, medida esta que só deveria ser utilizada em casos extremos.¹⁶⁰

Quanto ao princípio da proporcionalidade, ANTONIO SCARANCA FERNANDES afirma ser necessária a observância do requisito da “(...) necessidade, também denominado de 'intervenção mínima', de 'alternativa menos gravosa' ou 'de subsidiariedade'. Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser 'o meio mais idôneo', deve ocasionar 'a menor

¹⁵⁷ A prisão no processo extradicional passivo brasileiro: uma abordagem garantista. *Revista Liberdades*. ed. especial, dez. 2011. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/10/artigo4.pdf>. Acesso em 24 out. 2016, p. 96.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. *Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 24 out. 2016.

¹⁶⁰ BARROS, Luís Fernando Bravo de. *Op. cit.*, p. 108.

restrição possível'. (...) Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa".¹⁶¹

Entre as medidas cautelares introduzidas por ocasião dessa reforma, estão previstos:

(...) o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados com o fato, evitando-se o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; a vedação de se ausentar da Comarca, conforme a conveniência da investigação ou da instrução; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, conforme o caso concreto; a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança, com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica. Expressamente, menciona-se a proibição de deixar o País, com o recolhimento do passaporte e o alerta às autoridades competentes.¹⁶²

LUÍS FERNANDO BRAVO DE BARROS observa que a referida reforma trouxe de volta o instituto da fiança e inovou, nos novos art. 317, 318, 319 e 320, com a criação de uma extensa lista de medidas cautelares alternativas à prisão, sendo que algumas delas já foram aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal em casos de extradição, para manter o extraditando sob vigilância, evitando-se o aprisionamento desnecessário. Entre os exemplos citados pelo autor, estão: a prisão domiciliar (STF; EXT 974 QO/República Argentina; Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; J. 19/12/2008; DJe nº 213, de 13/11/2009) e a proibição de ausentar-se do País, com a entrega de passaporte (STF; Ext 1.054-QO/EUA; Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; J. 29/08/2007; DJE nº 031, de 22/02/2008).¹⁶³

Presentes os mesmos pressupostos jurídicos e lógicos, não se vislumbra a existência de razão para não aplicar os mesmos institutos alternativamente à prisão para fins de expulsão.

Conquanto a melhor técnica recomendasse a previsão expressa dessa possibilidade na lei de regência, cumpre observar que a analogia é mecanismo de integração

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 58-59.

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 11-12.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 109.

da norma jurídica aceito pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).¹⁶⁴

Em França, ocorre problema semelhante quanto à negativa de extensão de direitos prisionais a estrangeiros em processo de expulsão. A Corte de Cassação francesa, por meio de acórdão proferido em 25 de março de 1987, afirmou a impossibilidade de beneficiar, com a liberdade condicional, pessoas condenadas à pena acessória de “proibição” do território nacional: “Si la **libération conditionnelle** est néanmoins possible, en vertu de l'article 729-2 du code de procédure pénale, elle **ne peut toutefois être décidée qu'aux fins d'exécution de la peine d'interdiction du territoire national**”.¹⁶⁵

No entanto, há um projeto de lei que busca promover modificações no Código Penal e no Código de Processo Penal, a fim de possibilitar que os estrangeiros tenham acesso aos direitos prisionais, mesmo em caso de condenação sujeita à expulsão do território francês. Conforme divulgado pela página do Senado francês na internet, “[d]e même que les arrêtés d'expulsion, les peines d'interdiction du territoire français sont vivement critiquées lorsqu'elles sont appliquées à des personnes ayant des liens familiaux, sociaux, voire culturels particulièrement forts avec la France”.¹⁶⁶

Trata-se de uma resposta legislativa às críticas concernentes à impossibilidade de ressocialização, que ocorre quando o condenado não tem acesso a tais benefícios:

Comme l'indique le groupe de travail sur la « double peine », dans son rapport précité, « *cette conséquence de la peine d'interdiction du territoire français - qui est très logique sur le plan juridique - constitue de facto un obstacle sérieux à la réinsertion des personnes condamnées. Ces mesures d'aménagement des peines sont en effet considérées comme des facteurs importants de réussite dans le processus de réinsertion des délinquants. C'est sans doute ce qui explique que, parfois, cette conséquence légale de la peine d'interdiction du territoire français n'est pas respectée.* »¹⁶⁷

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 24 out. 2016.

¹⁶⁵ Tradução livre: “Não obstante a liberdade condicional seja possível, nos termos do artigo 729-2 do Código de Processo Penal, ela, contudo, não pode ser deferida para os fins da execução da pena de interdição do território nacional”. (FRANÇA. *Examen des articles du projet de loi*. Disponível em: <<https://www.senat.fr/rap/103-001/103-00125.html>>. Acesso em 26 jul. 2016).

¹⁶⁶ Tradução livre: “Assim como as ordens de expulsão, as sentenças de interdição do território francês foram duramente criticadas quando aplicadas a pessoas com laços familiares, sociais, culturais ou mesmo particularmente fortes com a França” (Ibidem).

¹⁶⁷ Tradução livre: “Como indicado pelo grupo de trabalho sobre a “dupla punição”, no seu relatório, “esta consequência da pena de proibição do território francês - que é muito lógico no plano jurídico - constitui de facto

Entre as preocupações abordadas no projeto em questão, está a de proporcionar ao condenado a oportunidade de demonstrar que mudou de comportamento na prisão e que possui ligações especiais com a França, mesmo porque, se não existir uma identificação com o país de origem, a ressocialização nessa comunidade também será inócua. Veja-se:

Les étrangers ayant des liens particuliers avec la France devraient désormais, même s'ils ont été condamnés à une peine complémentaire d'interdiction du territoire, bénéficier d'une possibilité de prouver que leur comportement a changé en prison. En effet, ils n'ont quasiment aucune chance de réinsertion dans leur pays d'origine s'ils n'en connaissent ni la langue, ni la culture, ou qu'ils n'y ont plus aucun proche.¹⁶⁸

O projeto de lei pretende possibilitar ao juiz que aplique medidas como liberdade condicional, monitoramento eletrônico, saídas temporárias etc, inclusive na hipótese de ter sido imposta a pena de “proibição do território francês, a fim de cumprir o escopo de ressocialização do condenado (chamada de “proteção relativa”). Além disso, a reforma proposta na França visa proporcionar a denominada “proteção absoluta” a algumas categorias de estrangeiros, contra os quais seja inaplicável a pena de “proibição do território nacional”, em razão de seu especial vínculo com o país, a ser verificado em inquérito próprio.¹⁶⁹ Confira-se o excerto tirado da exposição de motivos:

Le premier reprend et modifie les actuels alinéas quatre à dix de l'article 131-30 du code pénal, posant les catégories d'étrangers bénéficiant d'une protection relative contre les peines d'interdiction du territoire français. Le second prévoit la création d'une protection absolue contre ces mêmes mesures, pour certains étrangers ayant des liens particulièrement forts avec la France.¹⁷⁰

um sério obstáculo à ressocialização de pessoas condenadas. Estas medidas de gestão das penas são de fato consideradas fatores de sucesso importantes no processo de ressocialização dos delinquentes. Isto é provavelmente o que explica que, por vezes, esta consequência jurídica da dor da exclusão do território francês é violada (FRANÇA. *Examen des articles... Op. cit.*).

¹⁶⁸ Tradução livre: “Os estrangeiros com ligações especiais com a França deve agora, mesmo se tiverem sido condenado a uma pena acessória de ordem de exclusão, ter a chance de provar que o seu comportamento mudou na prisão. Na verdade, eles têm praticamente nenhuma chance de reintegração no seu país de origem, se eles não conhecem nem a língua nem a cultura, ou eles não são mais estreita” (Ibidem).

¹⁶⁹ A Lei n° 91-1383, de 31 de dezembro de 1991, por exemplo, já confere proteção aos estrangeiros com residência fixa na França, por mais de quinze anos; aos que estejam no exercício do poder familiar em relação a filho francês; ou aos que tenham se casado com um nacional francês há pelo menos seis meses, antes do fato que ensejou a condenação, a ser decidido fundamentadamente, nos termos da Lei n° 93-1027 de 24 de agosto 1993. (Ibidem).

¹⁷⁰ Tradução livre: “O primeiro incorpora e modifica os atuais parágrafos quarto a dez do artigo 131-30 do Código Penal, que estabelece as categorias de estrangeiros que se beneficiam de proteção relativa contra a proibição de penas território francês. A segunda prevê uma proteção absoluta contra estas medidas por alguns estrangeiros têm ligações particularmente fortes com a França” (Ibidem).

No entanto, em situações excepcionais, a França se reserva o poder de expulsar o estrangeiro tutelado por tais proteções, em casos considerado de extrema gravidade: “Ainsi, la protection prévue au nouvel article 131-30-2 du code pénal ne s'appliquerait pas pour la grande majorité des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, les actes de terrorisme, les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous et les infractions à la législation sur la fausse monnaie”.¹⁷¹

Na prática, as alterações projetadas acabam por criar uma figura nova, intitulada pelos franceses de “exclusão condicional do território francês”:

(...) modifier les articles 132-40 et 132-48 du code pénal afin de permettre d'infliger à un étranger à la fois une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve et une peine d'interdiction du territoire français.

(...)

En effet, elle permettra de créer une forme d' « interdiction du territoire français conditionnée », permettant à la fois de conserver le caractère dissuasif de l'interdiction du territoire et de laisser une chance à l'étranger, pouvant avoir certains liens avec la France, de s'amender et de voir sa peine ne pas s'appliquer à l'issue du sursis, en l'absence de nouvelle infraction au cours du délai d'épreuve.¹⁷²

Por sua vez, o regime da liberdade condicional aplicável à pena de proibição do território francês, passaria a ser da seguinte forma:

Le sursis avec mise à l'épreuve est régi par les articles 132-40 à 132-53 du code pénal et par les articles 739 à 747 du code de procédure pénale. Il s'agit d'une « mesure de suspension, totale ou partielle, de l'exécution d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus, combinée avec certaines obligations consistant pour le condamné à respecter diverses contraintes (contrôles, obligations particulières) tout en pouvant obtenir certaines aides destinées à favoriser son reclassement social. Le bénéfice de ce sursis est susceptible de révocation, tant en cas de nouvelles condamnations à certaines peines pendant le délai d'épreuve, qu'en cas de non respect des obligations imposées. »

¹⁷¹ Tradução livre: “Assim, a proteção fornecida no novo artigo 131-30-2 do Código Penal não se aplicaria a grande maioria das violações dos interesses fundamentais da nação, atos de terrorismo, grupos de combate as infracções e movimentos dissolvido e ofensas sobre moeda falsa” (FRANÇA. *Examen des articles... Op. cit.*).

¹⁷² Tradução livre: “(...) mudar os artigos 132-40 e 132-48 do Código Penal a fim de permitir que possam ser aplicados a um estrangeiro tanto uma pena de prisão suspensa com liberdade condicional, quanto uma pena de exclusão do território francês. (...) Na verdade, ele irá criar uma forma de "exclusão condicional do território francês," permitindo tanto para preservar o efeito dissuasivo da ordem de exclusão e deixa uma chance no exterior, pode ter algumas ligações com o França, alterar e sua pena não será aplicada ao final da estadia, na ausência de nova infracção durante o período de estágio” (Ibidem).

(...)

Une partie de ces obligations a **pour objectif de favoriser la réinsertion du condamné**, en lui imposant de trouver un lieu de résidence, un travail ou encore de suivre un enseignement ou une formation professionnelle.¹⁷³

Assim, durante o cumprimento do período de prova da liberdade condicional, o condenado estaria sujeito a cumprir determinadas obrigações, muitas das quais contribuem diretamente para o sucesso de sua ressocialização. No caso de cumprimento integral do período de prova sem o cometimento de qualquer falta, a pena de proibição do território estaria extinta. No entanto, caso sobrevenha alguma nova condenação ou a violação das condições estabelecidas, teria prosseguimento a execução da pena de proibição do território:

Concernant les effets de la libération conditionnelle, le présent article prévoit que :

- en l'absence de toute révocation de cette dernière, l'étranger serait relevé de plein droit de la peine d'interdiction du territoire français ;
- si la décision de libération conditionnelle est révoquée, la peine d'interdiction du territoire français redevient exécutoire.¹⁷⁴

Um importante avanço que se verifica no modelo projetado pela França consiste na oportunidade de o estrangeiro vir a ser reintegrado à própria sociedade francesa:

Comme l'indique le groupe de travail sur la double peine dans son rapport précité, « *cette mesure permettrait de disposer de tous les avantages offerts par la technique du sursis avec mise à l'épreuve : interdire au condamné de revenir sur les lieux où les infractions ont été commises ou d'entrer en contact avec les victimes ; lui imposer des obligations de soins ou de travail ; assurer un suivi réel du condamné étranger par le juge de l'application des peines.* »¹⁷⁵

¹⁷³ Tradução livre: “O período de prova da pena suspensa é regulada pelos artigos 132-40 a 132-53 do Código Penal e pelos artigos 739-747 do Código de Processo Penal. Esta é uma 'medida de suspensão da totalidade ou de parte da execução de uma pena de prisão por até cinco anos, combinado com certas obrigações a serem respeitadas pelos os condenados (controles, obrigações especiais), enquanto for capaz de obter alguma ajuda para promover a sua reabilitação social O benefício desta suspensão está sujeita a revogação, tanto em caso de nova condenação durante o período experimental, como em caso de não cumprimento das obrigações impostas. (...) Parte destas obrigações tem como objetivo promover a reabilitação do condenado, ao obrigá-la a encontrar um lugar de residência, trabalho ou a receber educação ou formação. (...)” (FRANÇA. *Examen des articles... Op. cit.*).

¹⁷⁴ Tradução livre: “Sobre os efeitos de liberdade condicional, este artigo prevê que: - Na ausência de qualquer revogação deste último, seriam captados no exterior por direito de pena de exclusão do território francês; - Se a decisão em liberdade condicional seja revogada, a pena de exclusão do território francês se tornou executória” (Ibidem).

¹⁷⁵ Tradução livre: “Como o grupo de trabalho sobre a punição dupla no referido relatório, 'esta medida teria todas as vantagens da técnica de pena suspensa com regime de prova: proibir a condenado para voltar aos lugares onde a crimes ocorreu ou entrar em contacto com vítimas; impor obrigações de cuidados ou de trabalho; assegurar um acompanhamento eficaz dos condenados para o exterior pelo Tribunal de Vigilância” (Ibidem).

O grupo de trabalho que cooperou para a elaboração de referido projeto de lei acrescenta:

Comme l'a rappelé ce groupe de travail, « significativement affermie par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, la politique de libération conditionnelle constitue un outil efficace de réinsertion des personnes condamnées et de prévention de la récidive. Le taux de récidive des anciens détenus est nettement inférieur lorsque le condamné a bénéficié d'une mesure de libération conditionnelle. On peut objecter que les mesures de libération conditionnelle ne sont accordées qu'à ceux qui font des efforts de réinsertion en détention. Mais on peut tout aussi bien soutenir que c'est la perspective de la libération conditionnelle qui conduit certains détenus à amender rapidement leur comportement. »¹⁷⁶

O texto vem sofrendo alterações nos debates do Senado e da Assembleia em Nacional, sendo que a última (até o momento da presente pesquisa) ocorreu em 18/02/2016.¹⁷⁷

Diante de um problema que o Brasil também enfrenta, a França aventou uma possibilidade interessante, embora não se saiba se o Projeto de Lei será aprovado nesses termos.

¹⁷⁶ Tradução livre: “Como recorda este grupo de trabalho, 'significativamente reforçada pela Lei n° 2000-516 de 15 de junho de 2000 o reforço da proteção da presunção de inocência e os direitos das vítimas, a política de liberdade condicional é uma ferramenta eficaz reabilitação de pessoas condenadas e prevenção da reincidência. A taxa de reincidência de ex-prisioneiros é significativamente menor quando os condenados receberam liberdade condicional. Pode-se objetar que as medidas de liberdade condicional só são concedidos para aqueles que fazem esforços detenção de reintegração. Mas pode igualmente ser argumentado que é a perspectiva de liberdade condicional levando alguns prisioneiros para alterar rapidamente o seu comportamento” (FRANÇA. *Examen des articles... Op. cit.*).

¹⁷⁷ FRANÇA. *Loi n° 2016-274 de 7 mars 2016 relative au droit des étrangers em France*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14>>. Acesso em 27 jul. 2016.

CAPÍTULO 2

Crítica do sistema prisional aplicado ao estrangeiro em processo de expulsão

Sumário: 1. Marco teórico. 2. Perfil médio dos estrangeiros presos segundo dados estatísticos. 3. Análise jurisprudencial dos reflexos da expulsão sobre os direitos prisionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 4. (In)eficácia das ações institucionais relativas aos direitos prisionais de estrangeiros.

1. Marco teórico

Na obra “Vigiar e Punir”, MICHEL FOUCAULT analisa a mudança de paradigma do sistema punitivo, que evoluiu dos suplícios físicos para a prisão, a pretexto de ser a privação de liberdade uma forma mais suave de corrigir o comportamento considerado criminoso.¹⁷⁸

Nas palavras do autor:

Esquemmatizando muito, poderíamos dizer que, no direito monárquico, a punição é um ritual de soberania; ela utiliza as marcas rituais da vingança que aplica sobre o corpo do condenado; e estende sob os olhos dos espectadores um efeito de terror ainda mais intenso por ser descontínuo, irregular e sempre acima de suas próprias leis, a presença física do soberano e de seu poder. No projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; utiliza, não marcas, mas sinais, conjuntos codificados de representações, cuja circulação deve ser realizada o mais rapidamente possível pela cena do castigo, e a aceitação deve ser a mais universal possível. Enfim, no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena.¹⁷⁹

O aspecto político da pena é ressaltado por MICHEL FOUCAULT à medida que o suplício buscava restaurar a soberania do rei, violada pelo condenado, enquanto a prisão, proposta pelos reformadores, atendia ao anseio da burguesia em desenvolvimento, que passou a exigir uma repressão da ilegalidade contra a propriedade comercial e industrial, a fim de

¹⁷⁸ Tradução de Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 21.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 126.

restabelecer a docilidade e utilidade do preso como operário. Daí a expressão foucaultiana “economia política do corpo”, uma vez que os sistemas punitivos sempre tiveram como objeto o corpo do condenado, pois, ainda que não se trate de “castigos violentos ou sangrentos, o fato de manter a pessoa trancada ou submetê-la a ser doce e útil, é sempre o corpo que está sendo coagido”.¹⁸⁰

Pelo aspecto econômico, notadamente quanto à influência do capitalismo sobre a “economia das ilegalidades”, MICHEL FOUCAULT afirma que houve uma distinção entre a ilegalidade dos bens, aplicável às classes populares em razão da “transferência violenta das propriedades”, e a ilegalidade dos direitos, reservada à burguesia, consistente

[N]a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc.¹⁸¹

Para MICHEL FOUCAULT, o processo histórico pelo qual a burguesia se tornou a classe politicamente dominante no século XVIII, “abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, e através da organização de um regime de tipo parlamentar e representativo. Mas o desenvolvimento e a generalização dos dispositivos disciplinares constituíram a outra vertente, obscura, desse processo”.¹⁸²

O papel da polícia do século XVIII era reprimir os criminosos que se opunham politicamente aos interesses capitalistas, em complôs, movimentos de oposição ou revoltas¹⁸³, a fim de que recebessem uma disciplina carcerária capaz de requalificá-los como “operários dóceis”, impondo ao presos o valor “moral” do salário, como “condição de sua existência”.¹⁸⁴

CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO vê na realidade atual dos sistemas prisionais de todos os países latino-americanos uma forma cruel de promover essa “docilidade” dos

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 84.

¹⁸² *Ibidem*, p. 209.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 229.

operários. Segundo o autor, é possível verificar, do Uruguai ao México, que os Direitos Humanos dos presos são desrespeitados “(...) pela carência de alimentação, pela promiscuidade, pelo despreparo profissional dos agentes prisionais no trato com a pessoa do recluso, pela superpopulação, pela convivência entre presos jovens com idosos, primários com reincidentes de alta periculosidade, e até pela divisão de espaço celular no mesmo pavilhão, entre homens e mulheres”.¹⁸⁵ Assim, o interesse na manutenção de um modelo prisional atentatório contra a dignidade humana só poderia ser para que as pessoas preferissem receber o salário oferecido pelo Estado ou pela iniciativa privada, em vez de praticarem atividades ilícitas e serem recolhidas à “prisão=inferno”.¹⁸⁶

Apesar de a justificativa para a adoção da prisão como principal instrumento da persecução penal ser a humanização e a ressocialização, MICHEL FOUCAULT afirma que tal desiderato nunca foi alcançado e, pelo contrário, os sistemas carcerários têm funcionado como verdadeiras “fábricas de delinquentes”.¹⁸⁷ A pretensão corretiva da prisão esbarra

(...) no ponto que os castigos formais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil do criminoso; no ponto em que o direito se inverte e passa para fora de si mesmo, e em que o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas. O que generaliza então o poder de punir não é a consciência universal da lei em cada um dos sujeitos de direito é a extensão regular, é a trama infinitamente cerrada dos processos panópticos.¹⁸⁸

Assim, o sistema penitenciário transforma o condenado da justiça em outro personagem: o “delinquente”.¹⁸⁹ O controle que se estabelece sobre os egressos tem o condão de marcá-los com a pecha da “delinquência”¹⁹⁰, que pode prejudicar a obtenção de trabalho e, indiretamente, conduzir o egresso e sua família à miséria.¹⁹¹

Sobre o alto índice de reincidência, MICHEL FOUCAULT afirma que não haveria como ser diferente dentro do modelo de prisão existente. Com efeito, as condições precárias dentro das celas e as violentas limitações impostas aos detentos geram uma natureza perigosa.

¹⁸⁵ *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 237.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 229.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 252-255.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 211.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 238.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 253.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 254.

Diante disso, o autor questiona como se pode pretender ensinar o respeito pelas leis, “(...) se todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder”.¹⁹² A prisão poderia favorecer, ainda, a formação de uma organização entre os detentos, para a prática de futuros delitos.¹⁹³

No caso do Brasil, CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE assevera que, apesar dos princípios ressocializadores proclamados, a Lei de Execução Penal não logrou humanizar a prisão, devido aos obstáculos que são criados para os mecanismos de reabilitação, bem como em razão dos problemas estruturais que as prisões brasileiras apresentam, “tais como o arcabouço autoritário dos organismos policiais e penitenciários, a superlotação, as condições precárias de habitação, as deficiências de programas sociais e as práticas ordinárias de tortura e morte”.¹⁹⁴ Além disso, os mecanismos arbitrários de controle social periférico, a herança ditatorial e as consequências desestruturantes das políticas neoliberais contribuíram para o fortalecimento do modelo punitivo.¹⁹⁵

Diante do aparente fracasso da prisão, MICHEL FOUCAULT denuncia a existência de uma motivação oculta para a manutenção desse modelo, haja vista que ele permite exercer a vigilância sobre todos os setores da sociedade, utilizando os próprios delinquentes como instrumentos de observação, por meio dos quais podem ser colhidas diversas informações de interesse político (panoptismo).¹⁹⁶

Assim, MICHEL FOUCAULT questiona se os efeitos negativos decorrentes do fracasso da prisão (“manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquente”) não seriam ínsitos à própria instituição prisional, a fim de proporcionar vantagens às classes dominantes. Relativamente à gestão das ilegalidades, é possível o uso estratégico de mecanismos de “sujeição” dos infratores, tais como: “(...) riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a

¹⁹² FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 252.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 253.

¹⁹⁴ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 167.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 119.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 266-267.

penalidade não 'reprimiria' pura e simplesmente as ilegalidades; ela as 'diferenciaria', faria sua 'economia' geral".¹⁹⁷

Partindo da constatação de que a assimetria social é reforçada pelo aparelho legal de justiça, MICHEL FOUCAULT conclui que o aparente fracasso da prisão, na verdade, atinge muito bem o seu objetivo, o de criar uma delinquência menos ameaçadora à classe dominante:

Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irreduzível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer e se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva da ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é antes um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção) que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. Em resumo, se a oposição jurídica ocorre entre a legalidade e a prática ilegal, a oposição estratégica ocorre entre as ilegalidades e a delinquência.¹⁹⁸

Ao se ocupar de infrações cujas ilegalidades representem um menor risco, o número de prisões tende a aumentar, causando a impressão de que as prisões fracassaram em reduzir a criminalidade. No entanto, o fato de não terem sido realizadas reformas significativas no modelo de privação de liberdade leva MICHEL FOUCAULT à conclusão de que se trata de um fenômeno almejado, porém de forma dissimulada:

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. (...) Ora, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e das isola a delinquência. A prisão é o elo desses dois mecanismos; permite-lhes se reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivar a delinquência por trás da infração, consolidar a delinquência no movimento das ilegalidades. O sucesso é tal que, depois de um século e meio

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 258.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 262.

de “fracasso”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.¹⁹⁹

Assim, a justificativa para a manutenção da prisão como instrumento de “punição-reprodução”, no entender de MICHEL FOUCAULT, seria a constituição de uma ilegalidade fechada, com certas vantagens, como a possibilidade de controlá-la, inclusive tornando precárias as condições de existência, de modo que não possa oferecer perigo político ou econômico.²⁰⁰

MICHEL FOUCAULT chegou a cogitar da possibilidade de haver interesse na exploração de lucro com a ilegalidade do tráfico de drogas:

Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da “delinquência útil”; a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades.²⁰¹

Estudo realizado por MICHEL MISSE tendo como pano de fundo a realidade brasileira, em especial o Rio de Janeiro, identificou que o indivíduo condenado pela prática de determinados crimes, como o de tráfico, é considerado digno de punição mais severa, em razão da forte repulsa moral provocada pelo delito. Ao ser interpelado pela polícia e pelas leis penais, esse sujeito é taxado de “bandido”, um ser que “(...) 'carrega' o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável”. Para o autor, a explicação para este fenômeno reside na reação social, uma vez que “(...) o crime é definido primeiramente no plano das moralidades que se tornaram hegemônicas e cuja vitória será inscrita posteriormente nos códigos jurídicos”.²⁰²

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 262-263.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 264.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 265.

²⁰² MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 79, p. 15-38, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n79/a03n79.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016, p. 17 e 21-22.

Não obstante a reprovação aos delitos dessa natureza, há um diferencial em relação ao tráfico internacional de drogas. Os Juízes Federais JORGE ALBERTO ARAÚJO e GUILHERME ROMAN BORGE, juntamente com a Defensora Pública ÉRICA HARTMANN, desenvolveram um levantamento quantitativo e qualitativo das pessoas que eram presas no Aeroporto Internacional de Guarulhos e constataram que “[era] diferente daquele do Rio de Janeiro, de organização criminosa, com fuzil. Ele é uma pessoa que foi seduzida por uma oferta financeira e que nunca havia se envolvido com crime anteriormente”, conforme pesquisa científica intitulada “Tráfico Internacional de Entorpecentes – o fluxo no maior aeroporto internacional do Brasil”, divulgada em evento ocorrido em 1º de agosto de 2016.²⁰³

Dados coletados na Subseção Judiciária de Guarulhos, entre 1999 e 2013, relevaram que, dos 947 processos penais analisados, “(...) 63% eram homens e 73,8% dos presos eram estrangeiros, sendo que 8,76% composto por pessoas nascidas na Nigéria; 7,65% sul-africanos; 3,52% espanhóis e 2,41% portugueses”. Os pesquisadores puderam constatar “(...) que as penas aplicadas a brasileiros foram significativamente menores às aplicadas a estrangeiros nas mesmas condições”.²⁰⁴

Apesar das diferenças em relação aos traficantes nacionais, a repressão mais rigorosa dos “mulas” estrangeiros foi influenciada pela política adotada pelos Estados Unidos a partir dos anos 70, que transformou o problema doméstico de consumo de drogas (especialmente daquelas consideradas “socialmente intoleráveis, ou seja, relacionadas a grupos não dominantes, dentre eles os negros, os imigrantes e os representantes da contracultura, como os *hippies*”) em um modelo bélico de controle das fronteiras.²⁰⁵

De modo geral, há uma tendência global de os Estados agirem como se estivessem em uma constante “guerra civil”, com desconfianças recíprocas, de modo que o “estado de exceção”, no sentido proposto por GIORGIO AGAMBEN, tornou-se a regra como técnica de governo, relativizando os direitos e garantias fundamentais.²⁰⁶

²⁰³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *Levantamento traça perfil de traficante internacional do aeroporto de Guarulhos*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/343637>>. Acesso em 04 nov. 2016.

²⁰⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Perfil do traficante internacional no aeroporto de Guarulhos é mapeado*. Disponível em <http://www.dpu.def.br/?option=com_content&view=category&id=148>. Acesso em 04 nov. 2016.

²⁰⁵ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 181-182.

²⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

Nesse cenário, não é difícil enxergar porque os estrangeiros utilizados como “mulas” para o tráfico de drogas, pessoas que geralmente se encontram em condição de pobreza e que não integram a cúpula da organização criminosa, sejam tratadas com intenso rigor penal. ANA LUISA ZAGO DE MORAES descreve a condição das estrangeiras que, na grande maioria, são presas por esse crime:

Dentre essas presas, muitas delas valeram-se da passagem e do valor pago pelo transporte de drogas justamente para fugir do seu país, como é o caso de muitas africanas, sendo que várias delas poderiam ter solicitado refúgio. Muitas delas, aliás, são vítimas de tráfico de pessoas. O estigma *traficante de drogas*, porém, não permite a visão desses indivíduos como *vítimas*, uma vez que, no caso específico da lei antidrogas, submetem-se a um rito processual que os pré-condena, à medida que fulmina a presunção da inocência, dificulta a ampla defesa e o contraditório e estimula a fúria social contra esses indivíduos. No processo penal, ademais, há pouco espaço para análise do motivo que os fizeram transportar a droga, para comprovar a condição de refugiado ou de vítima de tráfico de pessoas, tampouco existe essa discricionariedade no processo de expulsão.²⁰⁷

O crime organizado segue a lógica do mercado globalizado e a prisão de um “mula”, por exemplo, é vista pela cúpula da organização criminosa como uma mera questão de “custos”.²⁰⁸

ANA CLÁUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO destacam:

Posta essa breve descrição do contexto da globalização no qual os poderes atuam, três aspectos importantes para os cidadãos, resultantes da globalização, merecem ser sinteticamente destacados: 1) a implementação de mercados livres globalizados trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas, o que se reflete na forma como opera o crime organizado de tráfico internacional de drogas; 2) o impacto da globalização é mais significativo para os que menos dela se beneficiam; no caso das mulas, é sintomático que sejam em sua grande maioria, oriundas de países sem desenvolvimento econômico e sem oportunidades de exercício da cidadania de forma digna; 3) o impacto político e cultural da globalização é crescentemente importante, se comparado à escala real dos problemas sociais já existentes.²⁰⁹

CANDIDO FURTADO MAIA NETO compartilha desse entendimento, ao concluir que a prisão e o sistema de administração de justiça são formas de “controle social do Estado e

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 280-281.

²⁰⁸ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 110-111.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 111-112.

principalmente de manipulação da classe dominante. A seletividade da repressão estatal é muito bem colocada por Leauté, quando afirma: '*a polícia quando lança suas redes não são os peixes pequenos que escapam, mas os maiores*' (...).²¹⁰

Com relação ao papel do Poder Judiciário, MICHEL FOUCAULT afirma que a atividade dos juízes concorre para o funcionamento desses mecanismos de sujeição da delinquência, consistentes na “diferenciação das ilegalidades” e “utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante”.²¹¹ Para CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO, isso ocorre na medida em que as instituições de repressão criminal dão cumprimento às leis que foram feitas para a proteção da classe dominante, além de “trocas de favores e influências políticas”.²¹²

CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE vê uma ligação entre a precarização das condições socioeconômicas do trabalho e as respostas punitivas dadas pelo Estado,²¹³ sendo característico da seletividade nos processos de encarceramento:

O efeito simbólico, na percepção do público, produzido pelas políticas de “tolerância zero”, encontra seu triunfo exatamente no fato de centrar sua ação nos alvos mais perceptíveis e, portanto, mais vulneráveis da sociedade. Sendo assim, nada mais conveniente ou convincente do que voltar suas baterias contra figuras sociais como drogados e imigrantes (os estranhos contemporâneos).²¹⁴

ANA LUISA ZAGO DE MORAES afirma, na história brasileira, o Poder Judiciário sempre colaborou para dar “aparência de legalidade” à política criminal, sem se opor, nem ao menos, à ideologia vigente durante a ditadura militar, quanto às políticas de “segurança nacional” e “repressão da subversão”, que contribuía para a criminalização, encarceramento e expulsão de estrangeiros, e, mais recentemente, a “guerra às drogas”.²¹⁵

Conquanto a inclusão da prisão nos novos códigos possa ser considerada recente – a forma prisão era utilizada fora do sistema judiciário muito antes²¹⁶ –, MICHEL FOUCAULT lembra que o movimento de reforma, que pretende controlar o funcionamento das prisões,

²¹⁰ *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 229.

²¹¹ *Op. cit.*, p. 267-268.

²¹² *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 229.

²¹³ *Op. cit.*, p. 57.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 67.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 160.

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 217.

surgiu praticamente junto com a própria prisão e parece fazer parte de sua estrutura.²¹⁷ Embora desacreditada desde o início, a prisão permanece sólida porque serve às estratégias de poder (“rede geral das disciplinas e das vigilâncias”).²¹⁸

Apesar disso, MICHEL FOUCAULT concorda com a privação de liberdade para alguns casos, mas de forma adequada, especialmente em casos de crimes cometidos mediante violência.²¹⁹ Entre as balizas sugeridas por MICHEL FOUCAULT para a prisão, estão a duração da quantidade mínima, que seja suficiente para evitar o crime²²⁰, e a certeza da punição, que é mais eficaz que a severidade.²²¹

Como alternativas mais eficazes para lidar com as ocorrências de crimes, ele sugere a adoção de outras medidas não privativas de liberdade, que sejam mais ajustadas a cada tipo de conduta.²²² Inclusive, as Nações Unidas propõe a adoção de medidas alternativas à prisão desde 1990, embora já houvesse debates a esse respeito muito antes.²²³ Nesse sentido é a lição de CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO:

Os problemas da prisão não se resolvem com ela. Seus resultados negativos somente desaparecerão com sua abolição. É ilógico ou impossível querer que alguém possua responsabilidade em um mundo que cerceia a liberdade de todas as formas. Diz Lola Aniyar: “*o melhor sistema penitenciário é o que não existe*”, o cárcere não serve para ressocializar (ROXIN - “ninguém pode aprender a viver em liberdade sem liberdade”); é o mesmo que tentar ensinar a jogar futebol dentro de um elevador, um verdadeiro absurdo (ELBERT). Sem olvidarmos Foucault: “*a prisão não serve para aquilo que se diz servir*”. Não foi inventada para a ressocialização. Este objetivo, apresentado hoje, foi desvirtuado com o intuito de justificá-la de alguma maneira”.²²⁴

2. Perfil médio dos estrangeiros presos segundo o conceito de delinquência

De acordo com estatísticas atualizadas até março de 2015, divulgadas pela Polícia Federal, o Brasil abrigava 1.847.274 imigrantes regulares, sendo “1.189.947 'permanentes'”;

²¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 220.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 289.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 110.

²²⁰ *Ibidem*, p. 90.

²²¹ *Ibidem*, p. 92.

²²² *Ibidem*, p. 290.

²²³ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 238.

²²⁴ *Ibidem*, p. 230.

595.800 'temporários'; 45.404 'provisórios'; 11.230 'fronteiriços'; 4.842 'refugiados'; e 51 'asilados'".²²⁵ Assim, em que pese a ocorrência de delitos praticados por algumas pessoas de origem estrangeira, o país convive de forma “harmoniosa” (ao menos no que tange à desnecessidade de aplicação da lei penal) com um número considerável de imigrantes.

A criação de um banco de dados unificado sobre os presos estrangeiros foi proposto no primeiro Seminário promovido pelo CNJ, em 2012.²²⁶ Até então, não havia um sistema que permitisse consultar as condições desse grupo de presos perante a estrutura carcerária montada pelo Estado.

Em junho de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça elaborou um relatório estatístico sobre a população carcerária brasileira e encontrou grande dificuldade em obter as informações necessárias sobre os presos estrangeiros, pois somente 9% das unidades prisionais existentes no país mantinham registros sobre a nacionalidade de todos os presos e, em torno de 30%, registravam essa informação apenas de uma parcela dos presos, enquanto a grande maioria, cerca de 60%, não dispunha de qualquer registro sobre a nacionalidade dos presos. Nos Estados de Sergipe, Ceará e Pernambuco, 80% das unidades prisionais ainda não tinha condições de fornecer as informações para a elaboração do relatório. Por sua vez, as unidades prisionais do Estado de São Paulo, onde se encontra mais da metade dos presos estrangeiros, não preencheram os formulários respectivos, tendo sido necessário apresentar requerimento à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) paulista, com base na Lei de Acesso à Informação, para que informasse o número de estrangeiros presos em suas unidades, por nacionalidade. Apesar das dificuldades, a conclusão do relatório foi que, “[s]omados os dados de São Paulo, há no Brasil um total de 2.784 pessoas privadas de liberdade provenientes de outros países”.²²⁷

Antes de o Poder Público preocupar-se em realizar um levantamento dessa natureza, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA fez o primeiro estudo estatístico dos presos estrangeiros em âmbito nacional, em tese de doutorado defendida em 2006. Para obter as informações necessárias, que, até aquele momento, eram inéditas, o pesquisador relata ter

²²⁵ ARANTES, José Tadeu. *O panorama da imigração no Brasil*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/o-panorama-da-imigracao-no-brasil>>. Acesso em 03 jun. 2016.

²²⁶ Vide item 2 do Capítulo 1º.

²²⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016, p. 60.

enviado correspondências às Secretarias de Justiça e de Administração Penitenciária de todas as Unidades Federativas do país, sendo que algumas cartas precisaram ser reiteradas e, em alguns casos, houve a necessidade de contato telefônico para esclarecimento da importância das informações. O pesquisador destaca a situação especial de São Paulo que, com a maior população carcerária, tanto de presos em geral como de presos estrangeiros, precisou tabular durante dias “(...) os dados de presos estrangeiros a partir das informações coletadas junto ao Poder Judiciário, uma vez que não havia, na oportunidade, a centralização de tais dados na SAP”.²²⁸

Naquela época, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA havia constatado que tráfico de drogas ou associação para fins de tráfico correspondia a 72,3% das prisões de pessoas estrangeiras. Em segundo lugar, estavam os crimes contra o patrimônio, com 12,3% dos casos.²²⁹

São Paulo era o Estado que concentrava o maior número de presos estrangeiros (51,5%), seguido pelo Rio de Janeiro (10,4%), o que, na opinião do pesquisador, podia ser explicado por serem Estados populosos, por atraírem muitos turistas e por serem polos importantes para a economia do país.²³⁰

O terceiro colocado era o Mato Grosso do Sul (9,6%), considerado

(...) estratégico por fazer fronteira com o Paraguai e com a Bolívia, fato que proporciona significativa circulação de estrangeiros em seu território, circunstância reflexiva nas estatísticas criminais. Por fim, não se pode olvidar do fenômeno do narcotráfico internacional, que faz daquele Estado um importante corredor de passagem de cocaína, maconha e outras drogas ilícitas, todas provenientes dos países vizinhos.²³¹

De acordo com o levantamento realizado pelo Infopen, em 2014, São Paulo continua sendo o Estado com o maior número de estrangeiros presos do Brasil, com 1.796 (mil, setecentos e noventa e seis) presos estrangeiros em suas unidades prisionais, do total nacional de 2.775 (dois mil, setecentos e setenta e cinco). Já o Rio de Janeiro reduziu o contingente de presos estrangeiros a apenas a 9 (nove). Assim, o segundo Estado com maior

²²⁸ *Op. cit.*, p. 52-53.

²²⁹ *Ibidem*, p. 66.

²³⁰ *Ibidem*, p. 60-61.

²³¹ *Ibidem*, p. 60-61.

número de estrangeiros presos passou a ser Paraná, com 213 (duzentos e treze), tendo o Mato Grosso do Sul permanecido em terceiro lugar, com 183 (com cento e oitenta e três). Veja-se a tabela organizada com base nos dados do Infopen/2015, por ordem decrescente:²³²

Unidade da Federação	Presos estrangeiros
São Paulo	1.796
Paraná	213
Mato Grosso do Sul	183
Amazonas	112
Rio Grande do Sul	76
Ceará	55
Santa Catarina	46
Distrito Federal	32
Pernambuco	30
Bahia	27
Minas Gerais	27
Acre	25
Mato Grosso	25
Roraima	21
Rio Grande do Norte	20
Rondônia	15
Pará	14
Espírito Santo	13
Paraíba	12
Rio de Janeiro	9
Goiás	7
Amapá	6
Alagoas	3
Piauí	3
Maranhão	2
Sergipe	2
Tocantins	1
Total	2.775

Fonte: Infopen, junho/2014

²³² Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-reitoria-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016, p. 62.

Os números revelados no relatório do Infopen permitem associar o elevado número de estrangeiros presos no Estado de São Paulo à localização estratégica dos aeroportos de Guarulhos e de Congonhas para a distribuição de drogas. Por sua vez, “(...) os estados de fronteira são aqueles que apresentam maior proporção de estrangeiros provenientes de países da América (...), [enquanto n]os estados do Nordeste, região com grande volume de turismo internacional, há mais europeus do que sul-americanos presos”.²³³

Com relação à origem, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA havia constatado que mais da metade dos estrangeiros presos eram provenientes de países sul-americanos (54,8%), enquanto europeus e africanos correspondiam a 18,4% e 17,1%, respectivamente.²³⁴

O número de presos oriundos de países americanos ainda é bastante significativo, conquanto se possa perceber um importante aumento do número de presos africanos, conforme demonstra a tabela abaixo:²³⁵

Continente de origem	Número de presos
América	1.477
África	787
Europa	397
Ásia	112
Oceania	2

Fonte: Infopen, junho/2014

O relatório do Infopen revela que “[o]s países com maior número de presos no Brasil são o Paraguai (com 350 presos), seguido da Nigéria (337) e da Bolívia (323)”²³⁶. Assim, as principais nacionalidades permanecem compatíveis com os dados observados por ARTUR DE BRITO GUEIROS DE SOUZA, que acreditava na seguinte justificativa:

As razões para essa sobre-representação podem ser variadas: proximidade geográfica, históricos laços culturais e políticos entre o Brasil e os países fronteiriços, posição econômica ocupada por nosso país no âmbito latino-americano etc. Parece preponderar, contudo, a questão do mercado negro e

²³³ *Op. cit.*, p. 63.

²³⁴ *Op. cit.*, p. 61-62.

²³⁵ *Op. cit.*, p. 61.

²³⁶ *Ibidem*, p. 61.

transnacional de entorpecentes, promotora de uma espécie de “integração paralela” dos Estados da América do Sul.

Partindo-se do fenômeno do narcotráfico como fator desencadeador da presença acentuada de sul-americanos nos cárceres brasileiros, entram em linha de consideração as teorias criminológicas expostas no capítulo precedente, em especial aquelas relacionadas a fatores socioeconômicos – diante de uma região empobrecida por décadas de conflitos armados, recessão econômica, desemprego, inflação alta, miséria generalizada, dentre outros fatores – e com a discriminação institucional – tendo em conta que a língua, os traços fisionômicos e outros caracteres comuns de pessoas vindas dos países vizinhos, especialmente da América Andina, tornam-se alvo de um processo de seleção de nossas agências formais de controle.²³⁷

Na interpretação do pesquisador, o fato de os estrangeiros serem presos com idade superior à média nacional – 30% dos estrangeiros presos contavam com idade entre 24 e 34 anos, e pouco mais de 25% entre 35 e 44 anos, contrastando com a realidade nacional, em que 72% de presos brasileiros ingressam no sistema prisional até os 29 anos –, aliado ao fato de que a maior parte dos presos estrangeiros têm o ensino médio completo (32,8%), ao passo que a maioria dos brasileiros têm ensino fundamental incompleto (60%), é compatível com o alto índice de prisões de estrangeiros relacionadas ao crime de tráfico, indicando que estas pessoas podem ter ingressado nas práticas delituosas após as tentativas de obter êxito em atividades lícitas nos seus países de origem terem sido frustradas.²³⁸

O percentual de presos estrangeiros do sexo masculino era de 81,2%, sendo que as mulheres correspondiam a 18,6%. O índice de presidiárias estrangeiras, em relação às presas nacionais, é elevado, sendo que 90% delas estava presa por envolvimento em tráfico ilícito de drogas.²³⁹

Sobre a maior proporção feminina entre as estrangeiras presas, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA sustentava que a predominância do crime tráfico de drogas resultava do assédio promovido pelo crime organizado, por considerá-las menos visadas pela fiscalização do que os homens, os quais, por sua vez, eram escolhidos pelas organizações criminosas para realizar atividades mais arriscadas, como o transporte de grandes quantidades de entorpecentes.²⁴⁰

²³⁷ *Op. cit.*, p. 62-63.

²³⁸ *Ibidem*, p. 65 e 83-84.

²³⁹ *Ibidem*, p. 69-71.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 78.

Em 2006, THERESA RACHEL COUTO CORREIA realizou um estudo de caso no presídio estadual feminino Auri Moura Costa e teve a oportunidade de constatar o seguinte:

Os dados coletados em 2006 davam conta de que a maioria das presas estrangeiras cumpriam pena por tráfico internacional de drogas, como “mulas”, em posições subalternas dentro da organização criminal. Em geral, elas tinham baixo nível de escolaridade, eram pobres e negras e “alegam que se envolvem no tráfico para prover o próprio sustento (...). Coincidência ou não, esse esteriótipo caracteriza o alvo mais frágil dessa rede de crimes que é o mais rentável do mundo.”²⁴¹

Indagado sobre o perfil predominante dos presos estrangeiros, em entrevista publicada em meio jornalístico no ano de 2014, o Defensor Público da União JOÃO CHAVES confirmou essa tendência:

A grande maioria vem de países com dificuldades sociais, em busca de oportunidades. Em São Paulo, a maior parte vêm da Nigéria e da Bolívia. Alguns vivem do crime, mas o maior contingente é vítima do tráfico de pessoas: vem ao Brasil, para trabalhar com a venda de produtos contrabandeados, e acaba vítima de aliciadores. Na Nigéria, por exemplo, a população gigante, combinada às dificuldades sociais e ao fluxo comercial intenso acaba gerando esse contingente populacional que busca oportunidades em outros locais. Mas em Itaipava, também há presos com doutorado e até pouco tempo atrás, havia um campeão olímpico, preso como "mula do tráfico" (o búlgaro Galabin Boevski, campeão olímpico de levantamento de peso).²⁴²

Apesar de ser recomendável a reunião dos presos em uma mesma unidade prisional, por proximidade linguística, a fim de atenuar o sofrimento causado pelo isolamento e pela dificuldade de comunicação, o relatório do Infopen de 2014 revela que, em 1.289 (91%) das unidades prisionais existentes no país, não havia espaço destinado especificamente grupos de presos de estrangeiros; apenas 1 (uma) unidade contava com ala específica (percentual inexpressivo) e 11 (onze) com cela específica (1%); porém 119 (cento e dezenove) unidades (8%) não prestaram essa informação.²⁴³

Em outubro de 2006, a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo decidiu transformar a Penitenciária Estadual Cabo PM Marcelo Pires da

²⁴¹ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 253.

²⁴² MARINATTO, Luã; SERRA, Paolla; SOARES; Rafael. *Maioria dos 3.099 presos estrangeiros no Brasil veio da África e da América do Sul*. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/maioria-dos-3099-presos-estrangeiros-no-brasil-veio-da-afrika-da-america-do-sul-14631892.html>>. Acesso em 25 fev. 2016.

²⁴³ *Op. cit.*, p. 35.

Silva, localizada no Município de Itaí, em uma prisão destinada exclusivamente para estrangeiros. Em visitas realizadas nos dias 30 e 31 de março de 2011, a Defensoria Pública da União constatou que

(...) a capacidade da Penitenciária era para 792 detentos, sendo que, nesse período, havia aproximadamente 1.400, ou seja, quase o dobro da capacidade. Além dessas vagas, havia mais 108 que eram destinadas à ala de progressão penitenciária (regime semiaberto), sendo que a progressão, mesmo que decretada, somente era efetivada após o surgimento da vaga.²⁴⁴

3. Análise jurisprudencial dos reflexos da expulsão sobre os direitos prisionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

O posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores brasileiras acerca dos direitos prisionais pleiteados por estrangeiros em processo de expulsão fornece um relevante indicativo do rigor a que eles estão submetidos durante os períodos de privação de liberdade previstos em lei.

Embora o enfoque do presente trabalho não seja a execução penal em si, foi escolhida a progressão de regime de cumprimento da pena para o semiaberto para exemplificar a dificuldade de obtenção dos benefícios prisionais. Dentre os benefícios prisionais que importam na concessão de algum grau de liberdade (livramento condicional, saída temporária etc), o regime semiaberto é o que conserva maiores cautelas contra possível tentativa de fuga e, possivelmente, encontraria menor resistência por parte dos magistrados.

Em consulta à jurisprudência unificada da Justiça Federal, realizada em 26 de fevereiro de 2016, com as expressões “estrangeiro”, “expulsão”, “progressão” e “regime”, foram obtidos 5 (cinco) resultados no STF e 60 (sessenta) no STJ. Embora se saiba que os repertórios jurisprudenciais disponíveis para consulta pela internet nem sempre são alimentados com todos os julgados de cada um dos tribunais, a amostragem colhida é

²⁴⁴ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, p. 270-271.

suficiente para demonstrar que ainda não está pacificada a questão do acesso isonômico dos estrangeiros aos direitos prisionais.

A opção por analisar as decisões desses dois tribunais se deu em razão de ambos possuírem jurisdição nacional e, assim, retratarem as mais diversas realidades captadas nas diferentes regiões do país. Além disso, um único precedente desses dois tribunais pode assumir enorme relevância no cenário jurídico, por se tratarem de tribunais que têm a atribuição de nortear a aplicação das normas constitucionais e federais aos demais tribunais do país.

Dos resultados obtidos no âmbito do STF, apenas 4 (quatro) casos estavam relacionados à expulsão e o outro dizia respeito à extradição. Em uma análise cronológica, é possível observar a alteração de entendimento na Corte Suprema.

Com efeito, por ocasião do julgamento do HC 68135, em 20 de agosto de 1991, foi decidido que “[a] progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade.”²⁴⁵

Ao ser julgado o HC 97147, relatado pela então Ministra ELLEN GRACIE, que teve o voto vencido, o STF sinalizou a adoção de nova orientação, para declarar que “[o] o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento de pena”.²⁴⁶ Esse precedente é citado em várias decisões analisadas na presente amostragem, assim como o HC 94016, apreciado pela 2ª Turma, que havia apontado a impossibilidade de discriminação do não nacional pelo simples fato de não possuir domicílio em nosso país.²⁴⁷ Todavia, o HC 97147 deu um passo a frente em relação ao HC 94016, pois considerou, além da circunstância de ser o preso estrangeiro, o fato de haver contra ele processo de expulsão.

No julgamento do HC 947, de Relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI reafirmou-se que “[a] exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de

²⁴⁵ Rel. Min. PAULO BROSSARD, 2ª Turma.

²⁴⁶ O acórdão foi redigido pelo Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 12/02/2010.

²⁴⁷ Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 26/02/2009.

pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade”.²⁴⁸

A orientação de que o decreto de expulsão não tem o condão de, por si só, obstar a progressão de regime de cumprimento de pena, foi reiterada no julgamento do HC 119717, em 22 de abril de 2014. Na oportunidade, constou da fundamentação que “[a] disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspondente direito-dever do condenado no seio da execução penal”.²⁴⁹

Embora o resultado obtido na Questão de Ordem 947 diga respeito à extradição, vale anotar que a decisão do Plenário também se pautou pela isonomia e pela prevalência dos direitos humanos, para o fim de esclarecer que “[c]abe ao Juízo da execução das penas a análise dos riscos de fuga peculiares à situação concreta, bem como a manutenção de frequentes contatos com o Ministério de Estado da Justiça acerca do momento mais adequado para que a extradição se efetive, evitando-se, assim, eventual colocação em regime aberto sem as cautelas aplicáveis à espécie, tais como, a título de exemplo, a utilização de tornozeleiras eletrônicas, instrumento de monitoramento que têm se mostrado bastante eficazes”.²⁵⁰ Veja-se que as cautelas ora referidas, em cotejo com as circunstâncias concretas, são perfeitamente extensíveis ao instituto da expulsão.

Por sua vez, é possível extrair dos resultados obtidos junto ao STJ uma nítida diferença de posicionamentos entre a 5ª e a 6ª Turmas, a depender se há ou não decreto de expulsão publicado ou processo de expulsão em curso contra o apenado estrangeiro. Assim, os julgados foram agrupados de acordo com as principais linhas de pensamento de cada Turma e dispostos em ordem cronológica decrescente, a fim de verificar eventual mudança de entendimento ao longo dos anos, bem como o comportamento da Corte Superior em relação à mudança havida no Supremo.

Apenas a reclamação 12071, julgada em 11 de setembro de 2013, foi desconsiderada, porque a 3ª Seção do STJ limitou-se a declarar que não houve desrespeito à decisão da própria Corte que versava sobre a possibilidade de progressão de regime em

²⁴⁸ 2ª Turma, J. 19/11/2013.

²⁴⁹ 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux.

²⁵⁰ Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 28/05/2014.

crimes hediondos, haja vista que o indeferimento pelo juízo *a quo* foi motivado pelo decreto de expulsão que havia contra o paciente estrangeiro. Desse modo, a decisão que inadmitiu a reclamação não chegou a adentrar o mérito sobre a relevância do decreto de expulsão para fins de concessão da progressão de regime.²⁵¹

A pequena amostragem analisada é suficiente para indicar a divisão de entendimento que existe dentro da 5ª Turma do STJ:

De um lado, há julgados que afirmam que o simples fato de a pessoa condenada ser oriunda de país estrangeiro não impede o deferimento de progressão para regime de cumprimento de pena mais brando, salvo se houver indícios concretos que desaconselhem a medida. Este entendimento foi mencionado em 12 (doze) casos, sendo que, em dois deles, a expulsão não era possível em razão de o paciente ter prole brasileira.²⁵²

Por outro lado, a medida expulsória é considerada incompatível com a progressão de regimes, conforme assinalado no julgamento de 17 (dezesete) casos.²⁵³

Em 3 (três) casos foi ressalvada pela 5ª Turma a excepcional possibilidade de conceder a progressão ao estrangeiro ameaçado de expulsão, desde que observadas cautelas que assegurassem o cumprimento da medida expulsória.²⁵⁴

²⁵¹ Rel. Min. Laurita Vaz.

²⁵² HC 284335, Rel. Min. Felix Fisher, j. 23/10/2014; HC 247481, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17/10/2013; HC 272176, Rel. Des. Conv. Campos Marques, j. 20/08/2013; HC 248292, Rel. Des. Conv. Campos Marques, j. 18/06/2013; HC 252745, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/03/2013; HC 204689, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/10/2011; HC 180995, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/09/2011; HC 121677, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/06/2009; HC 123329, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/03/2009; HC 114901, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/02/2009; HC 264957, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16/05/2013 e HC 219017, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/03/2012.

²⁵³ AGRHC 285969, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/06/2014; HC 233688, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 04/02/2014; HC 271380, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/12/2013; HC 277912, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 07/11/2013; HC 272807, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/09/2013; HC 249883, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05/09/2013; HC 224581, Rel. Des. Conv. Marilza Maynard, j. 20/06/2013; HC 235222, Rel. Des. Conv. Marilza Maynard, j. 02/05/2013; HC 266037, Rel. Des. Conv. Marilza Maynard, j. 18/04/2013; HC 228730, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/03/2013; HC 159070, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/10/2010; HC 107924, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/09/2010; HC 143413, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/12/2009; HC 90662, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima j. 16/09/2008; HC 92736, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19/06/2008 e HC 3596, Rel. Min. Assis Toledo, j. 04/10/1995 (neste caso, o Rel. Min. ASSIS TOLEDO consignou a sua discordância com referido posicionamento, por reputá-lo discriminatório, bem como por entender que o regime semiaberto oferecia proteção contra possível fuga, mas curvou-se ao pensamento então prevalente na 5ª Turma); RHC 1276, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 28/08/1991 e RHC 423, Rel. Min. José Dantas, j. 07/05/1990.

²⁵⁴ HC 213729, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 04/02/2014; HC 257167, Rel. Des. Conv. Campos Marques, j. 25/06/2013 e HC 262291, Rel. Des. Conv. Marilza Maynard, j. 23/04/2013.

Por sua vez, a 6ª Turma do STJ sustentou em 5 (cinco) casos nos quais não havia o decreto de expulsão que a condição irregular do estrangeiro não era suficiente para impedir a concessão das benesses próprias da execução penal.²⁵⁵

Mas, diferentemente da 5ª Turma, 6ª Turma não vislumbra na expulsão qualquer impedimento para que também sejam os estrangeiros alcançados pela progressão de regime para o semiaberto, conforme decisão proferida em 12 (doze) casos recentes.²⁵⁶

Anteriormente, a 6ª Turma chegou a declarar que não cabia a progressão de regime na hipótese de haver decreto de expulsão publicado em desfavor do estrangeiro condenado.²⁵⁷ No caso do RHC 12612, j. 17/10/2002, é possível verificar que 6ª Turma ainda afirmava prevalecer o entendimento restritivo em relação à aplicação de regime diverso do fechado ao estrangeiro contra quem houvesse decreto de expulsão, tendo sido mantido o regime semiaberto, sob o fundamento de que a condição pessoal do apenado não era suficiente para ensejar a modificação do regime estabelecido, apenas em homenagem à coisa julgada.²⁵⁸

Da 1ª Seção, foram observados 2 (dois) julgados que oferecem informações relevantes sobre a importância da família brasileira, para fins de efetivação ou de impossibilidade de aplicação da expulsão ao estrangeiro:

A 1ª Seção do STJ denegou a ordem no HC 285608, de Relatoria do Min. HERMAN BENJAMIN, sob o fundamento de que os filhos nascidos de mãe brasileira, porém residentes em outro país, não justificava a aplicação do 75 da Lei n. 6.815/1980 e tampouco a proteção do art. 226 da CR/1988. Na ocasião, afirmou-se que, ainda que o direito à progressão

²⁵⁵ HC 265720, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/06/2014; HC 262597, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 22/10/2013; HC 248441, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 06/08/2013; HC 186906, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/02/2012; HC 129993, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/06/2009 e HC 103373, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/08/2008.

²⁵⁶ HC 309825, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 05/03/2015; HC 305276, Rel. Des. Conv. Ericson Maranhão, j. 09/12/2014; HC 294393, Rel. Des. Conv. Ericson Maranhão, j. 04/12/2014; HC 291086, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/06/2014; AGRHC 287152, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06/05/2014; HC 283748, Rel. Min. Marilza Maynard, j. 20/03/2014; HC 274249, Rel. Min. Marilza Maynard, j. 04/02/2014; HC 275241, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 26/11/2013; HC 277139, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/10/2013; HC 163871, Rel. Des. Conv. Alderita Ramos de Oliveira, j. 16/05/2013; AGRHC 260768, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19/03/2013; AGRHC 229244, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 06/11/2012.

²⁵⁷ HC 18747, Rel. Min. Vicente Leal, j. 07/02/2002; RHC 7732, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 22/09/1998; RHC 6121, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10/03/1997 e HC 1875, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, j. 26/10/1993.

²⁵⁸ Rel. Min. Fenando Gonçalves.

de regime não seja prejudicado pela existência de processo de expulsão em andamento, as circunstâncias subjetivas do caso concreto desaconselhavam a medida.²⁵⁹

A 1ª Seção do STJ também teve a oportunidade de conceder parcialmente a ordem, no HC 32756, Relatado pelo então Ministro LUIZ FUX, para reconhecer que o filho havido após a prática do crime que ensejou a condenação impedia a efetivação da expulsão, uma vez que dificultaria eventual cobrança de pensão alimentícia por parte do filho, mas deixou de se pronunciar sobre a progressão de regime no caso em questão, por entender que fugia à competência do órgão fracionário.²⁶⁰

No julgamento do HC 311034, cujo Relator foi o Ministro Sérgio Kukina, a 1ª Seção do STJ asseverou que a demora na conclusão do procedimento de expulsão não configurava ameaça ao direito de locomoção do paciente, uma vez que tal circunstância não impedia a concessão de benefícios da execução penal.²⁶¹

Da fundamentação explicitada em alguns desses julgados, podemos perceber que há grande preocupação por parte dos Tribunais Superiores com aspectos ligados ao trabalho e à família do estrangeiro.

Embora já se tenha entendido que a condição do estrangeiro ameaçado de expulsão é compatível com “o regime semiaberto, no qual a regra é o trabalho interno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, que independe de visto de permanência ou qualquer outro requisito de regularidade administrativa”,²⁶² há poucos estabelecimentos prisionais que oferecem tais condições, mesmo aos brasileiros presos.

No tocante à dificuldade de o estrangeiro obter trabalho formal no país, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS lembra que “[a] irregularidade da situação do trabalhador estrangeiro o torna presa fácil daqueles que querem aproveitar, ao máximo, de sua mão de obra. Os trabalhadores são, então, submetidos a condições de trabalho subumanas, com excesso de jornada e remuneração paupérrima”.²⁶³

²⁵⁹ J. 12/03/2014.

²⁶⁰ J. 23/04/2004.

²⁶¹ J. 25/02/2015.

²⁶² STJ, HC 275241, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, J. 26/11/2013.

²⁶³ *Teoria geral... Op. cit.*, p. 742.

Em sua tese de doutorado, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA pôde constatar que havia uma discriminação dos presos estrangeiros por parte do sistema judiciário brasileiro, uma vez que os benefícios próprios da execução penal, assegurados a todos os presos que atendam os respectivos requisitos, eram indeferidos em razão de receios destituídos de comprovação, como o risco de fuga.²⁶⁴

Em que pese ter sido superada a vedação estabelecida pelo Decreto-lei nº 4.865/1942, que proibia expressamente a concessão de suspensão condicional da pena aos estrangeiros presos em território nacional (art. 1º), podemos perceber que a resistência em estender os benefícios destinados à ressocialização de presos aos estrangeiros que cumprem pena no país permanece atual, especialmente em julgados proferidos pela 5ª Turma do STJ.

Não obstante isso, há decisões que reconhecem a possibilidade de deferir direitos prisionais aos estrangeiros, mas que podem se tornar destituídas de vantagens práticas, seja porque a transferência para regime mais brando não tenha como se efetivar, seja porque o preso colocado em liberdade, sem uma estrutura apropriada, acaba exposto a graves riscos.²⁶⁵

Embora o pedido de progressão para regime prisional mais brando possa ter sido deferido ou indeferido com base em outras circunstâncias verificadas nos casos concretos, é possível agrupar os julgados analisados, segundo a afirmação abstrata quanto à possibilidade ou não de estrangeiros serem alcançados pelos benefícios da execução penal, de acordo com o quadro a seguir:

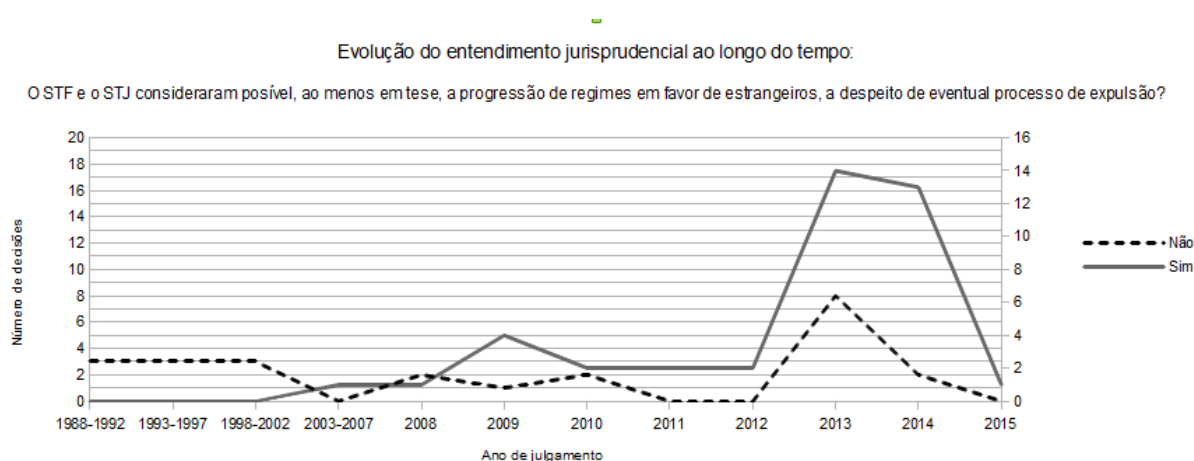
Período	Decisões que afirmaram a incompatibilidade entre a progressão de regime e o processo de expulsão:	Decisões que consideraram que o processo de expulsão não era motivo válido para, por si só, fundamentar o indeferimento da progressão de regime:
2015	–	1
2014	2	13
2013	8	14
2012	–	2
2011	–	2

²⁶⁴ *Op. cit.*, p. 228.

²⁶⁵ Vide item 4 do Capítulo 2.

2010	2	2
2009	1	4
2008	2	1
2003 - 2007	–	1
1998 - 2002	3	–
1993 - 1997	3	–
1988 - 1992	3	–
Total	24	40

Dispostos esses dados em um gráfico de linhas, fica bastante perceptível a evolução do pensamento jurisprudencial, que ainda segue dividido:



4. (In)eficácia das ações institucionais relativas aos direitos prisionais de estrangeiros

A fruição dos direitos prisionais, ainda quando deferida pelo Poder Judiciário, depende da existência de uma estrutura que acolha os estrangeiros, enquanto aguardam a efetivação da expulsão, para que eles próprios não sejam colocados em situação de risco e tampouco venham a oferecer riscos à sociedade, inclusive em razão da condição de abandono social. Assim, os desafios que se apresentam dizem respeito, principalmente, às possibilidades de obtenção de trabalho formal e de abrigo, além, é claro, da redução do tempo de espera até a retirada compulsória.

O Projeto de Lei nº 7.137/2010 chegou a propor a antecipação do processo de expulsão quando o estrangeiro obtivesse a progressão de regime para o semiaberto ou quando fosse deferida a liberdade condicional, mas foi arquivado.²⁶⁶

A Corregedoria da Justiça Federal (Protocolo 36.716) recomenda que, na hipótese de o Poder Executivo considerar conveniente e oportuna a expulsão, esta seja executada com brevidade, a fim de que a pena seja cumprida próximo da família e com melhores condições de promover reinserção social, em homenagem ao princípio da humanização da pena.²⁶⁷

O Conselho Nacional de Justiça tem promovido seminários para debater a situação dos estrangeiros presos, sendo que a primeira edição ocorreu em março de 2012, na cidade de São Paulo, com o objetivo de encontrar soluções para agilizar o procedimento de expulsão, bem como para discutir a possibilidade de cumprimento das penas nos países de origem. Até aquele momento, não havia um sistema organizado com as informações relativas aos presos estrangeiros, tendo sido apresentada a proposta de criação de um banco de dados unificado, alimentado pelas polícias federal e estaduais, Judiciário, Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça, a fim de viabilizar o monitoramento da situação do estrangeiro desde a sua prisão até a efetivação da expulsão.²⁶⁸

Por sua vez, o Ministério da Justiça tem promovido Conferências Nacionais sobre Migrações e Refúgio (COMIGRAR) desde meados de 2014, para discutir a política migratória. A discussão envolve o Departamento de Estrangeiros (DEEST) da Secretaria Nacional de Justiça, o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério das Relações Exteriores, além da Organização Internacional para as Migrações (OIM) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).²⁶⁹

Ainda em 2014, o Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça (Depen/MJ) decidiu criar um grupo de trabalho multidisciplinar, para discutir propostas em

²⁶⁶ Estabelece que o processo de expulsão de estrangeiro que estiver cumprindo pena no Brasil será antecipado quando o condenado passa a usufruir benefícios prisionais. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473495>>. Acesso em 15 nov. 2016.

²⁶⁷ PARDI, Luis Vanderlei. *Op cit.*, p. 137.

²⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Seminário sobre Presos Estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/seminario-sobre-presos-estrangeiros>>. Acesso em 25 fev. 2016.

²⁶⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/conferencia-nacional-sobre-migracoes-e-refugio>>. Acesso em 20 nov. 2016.

relação aos estrangeiros presos no Brasil. Integrarão o grupo: um ouvidor do Sistema Penitenciário, um representante do Projeto Mulher (do Depen) e um representante da Escola Penitenciária (também do Depen); bem como serão convidados para participar das discussões representantes dos seguintes órgãos: Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério da Saúde (MS), Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF) e Conselho Nacional de Justiça.²⁷⁰

Sobre as ações para aperfeiçoamento das políticas migratórias, com reflexos na expulsão, foi publicada no Diário Oficial da União em 22 de abril de 2014 a Resolução Normativa nº 110 do CNIg²⁷¹, que autoriza a permanência provisória, a título especial, para que os presos estrangeiros possam exercer trabalho formal. Referida norma foi regulamentada pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (SNJ/MJ) por meio da Portaria nº 6, de 30 de janeiro de 2015,²⁷² que garante a documentação necessária para que os estrangeiros beneficiados com a progressão de regime ou com liberdade provisória possam obter residência provisória.²⁷³

A carteira de identidade de estrangeiro (CIE), documento que permite a permanência provisória, é expedida pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça. O pedido pode ser formulado à Polícia Federal. Até que seja confeccionada a carteira, o estrangeiro receberá um protocolo e uma cópia da tela do Sistema Nacional de Cadastramento e Registro de Estrangeiros (SINCRE), contendo seus dados e o número do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE).²⁷⁴

²⁷⁰ PORTAL BRASIL. *Ministério da Justiça dará assistência a estrangeiros presos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/08/ministerio-da-justica-dara-assistencia-a-estrangeiros-presos-no-brasil>> Acesso em 25 fev. 2016.

²⁷¹ *Autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional*. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>>. Acesso em 09 out. 2016.

²⁷² *Regulamenta a aplicação da Resolução Normativa nº 110/2014, do Conselho Nacional de Imigração, que autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no Território Nacional*. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280716>>. Acesso em 09 out. 2016.

²⁷³ PORTAL BRASIL. *Ministério da Justiça regulamenta legislação sobre presos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/02/ministerio-da-justica-regulamenta-resolucao-sobre-presos-estrangeiros>> Acesso em 25 fev. 2016.

²⁷⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Orientações básicas aos presos e egressos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/estrangeiros-presos-egressos/cartilhas/CartilhaDireitosCidadaosEstrangeirosPresosEgressos2015.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016.

No tocante à tutela judicial dos direitos dos estrangeiros presos, cabe mencionar a existência da ação civil pública n.º 0015805-16.2014.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), para pleitear que a prisão administrativa, no caso de haver decreto de expulsão publicado contra estrangeiro, seja evitada ou reduzida ao menor tempo possível, em respeito aos direitos fundamentais do estrangeiro condenado pela prática de crime no país e para melhor gestão dos recursos públicos. Conforme apurado em inquérito civil 1.34.001.002803/2013-88, a prisão administrativa têm sido prática comum nos casos de estrangeiros que já cumpriram a pena, no Estado de São Paulo.²⁷⁵

Além da atuação do Ministério Público Federal na tutela coletiva dos direitos dos estrangeiros, cabe registrar a atuação individual da Defensoria Pública na defesa processual de parcela dos processos criminais em que cidadãos estrangeiros figuram como réus.

No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública da União (DPU), ao verificar que a defesa criminal era insuficiente frente às necessidades apresentadas por esse grupo de pessoas, criou, em 2011, o Grupo de Trabalho de Presos Estrangeiros, com o objetivo de proporcionar um atendimento multidisciplinar aos estrangeiros presos no Brasil, para lidar, por exemplo, com a dificuldade de comunicação com os consulados, fator que atrapalha a efetivação da transferência.²⁷⁶

Conforme descrição divulgada pela DPU, em sua página oficial na internet, referido Grupo de Trabalho:

(...) tem como finalidade otimizar o atendimento individual e a tutela coletiva em benefício dos presos estrangeiros no estado. Entre os principais trabalhos do GT estão o atendimento periódico à Penitenciária Feminina da Capital (PFC) e à Penitenciária de Itaipava, além de coletar, avaliar e encaminhar denúncias de violação de direitos humanos em estabelecimentos prisionais. Também foi trabalho do GT a produção das cartilhas Direitos Religiosos, Deveres e Costumes de Presos Muçulmanos em Penitenciárias e Direitos e deveres da/os presa/os estrangeira/os, juntamente com a Defensoria do Estado de São Paulo e o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). O

²⁷⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF entra com ação contra a União por ineficiência na expulsão de estrangeiros presos em São Paulo*. Disponível em <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/11-09-14-2013-mpf-entra-com-acao-contra-a-uniao-por-ineficiencia-na-expulsao-de-estrangeiros-presos-em-sao-paulo>. Acesso em 26 ago. 2015.

²⁷⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Defensoria Pública atende presos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=13045>>. Acesso em 25 fev. 2016.

Grupo de Trabalho também possui convênio com o ITTC, para realização de visitas semanais à PFC desde 2014.²⁷⁷

Como exemplos dessa atuação, a Defensoria defendeu, perante o TRF da 3ª Região e o STJ, a liberdade de uma assistida boliviana, a fim de que pudesse cuidar do filho de seis meses em prisão domiciliar, uma vez que a penitenciária não tinha “os recursos necessários para cuidados adequados à saúde da criança, e a criança desse modo corria risco também de ser encaminhada à assistência social por não haver nenhum parente em território nacional”; outra assistida, também boliviana, que havia sido condenada a pouco mais de dois anos em regime fechado, pelo crime de tráfico internacional de drogas, alcançou o direito de responder ao seu processo em liberdade, pois preenchia os requisitos para o regime aberto. Segundo divulgado pela DPU, “[e]la é mais uma das vítimas conhecidas como 'mulas', pessoas de extrema vulnerabilidade social em seus países de origem que são aliciadas para o pequeno transporte de rogas pela tráfico internacional”.²⁷⁸

Ambas as assistidas foram presas em cidades do interior do Estado de São Paulo, em localidades onde não havia unidade da DPU, de modo que o atendimento resultou de visita realizada pelo GT nas penitenciárias exclusivas a estrangeiros no Estado.²⁷⁹

Em Recife, a DPU promoveu uma audiência pública no dia 29 de novembro de 2013, com o objetivo de reunir representantes da polícia federal, juízes, promotores, autoridades consulares e discutir “(...) os problemas enfrentados pelos presos estrangeiros e pelas instituições responsáveis por sua custódia, bem como daqueles que atingem as instituições responsáveis pela assistência desses apenados”. O defensor público idealizador do evento, ANDRÉ CARNEIRO LEÃO, destacou a existência de uma lacuna legislativa relativa ao cumprimento da pena por cidadãos estrangeiros em território brasileiro, haja vista, por exemplo, que, embora a Lei de Execução Penal determine a permanência no país até o cumprimento integral da pena, “com trabalho como método de ressocialização”, o Estatuto do Estrangeiro “considera esse cidadão como estrangeiro em situação irregular, o que veda o acesso a documentos de identificação e autorização para trabalho (...), sendo-lhe negado o

²⁷⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *GT-Presos Estrangeiros garante liberdade de assistidas em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-sao-paulo/155-noticias-sp-slideshow/28259-gt-presos-estrangeiros-garante-liberdade-de-assistidas-em-sao-paulo>> Acesso em 25 fev. 2016.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Idem.

exercício dos direitos fundamentais como trabalhar licitamente para manter sua sobrevivência, alugar um espaço para morar, e acessar os serviços de saúde e assistência social”.²⁸⁰

Por sua vez, a Comissão Especial dos Direitos dos Estrangeiros Presos e Egressos da OAB/SP elaborou, sob a presidência de PAULO PORTO FERNANDES, em 2015, uma cartilha destinada a orientar os cidadãos estrangeiros presos sobre os seus direitos e deveres básicos, com indicação da legislação pertinente, bem como informações sobre as “ (...) políticas de reinserção social disponíveis no Estado de São Paulo, albergues públicos para acolhida aos cidadãos egressos e endereços dos consulados localizados no Estado de São Paulo para apoio aos seus cidadãos”.²⁸¹

O Prorrest – Programa de Ressocialização de Réus Estrangeiros foi lançado no dia 1º de agosto de 2016. Trata-se de um trabalho conjunto do Núcleo de Cidadania da Central de Conciliação de Guarulhos com o GRU Airport, que tem por objetivo “(...) proporcionar condições mínimas de sobrevivência a réus estrangeiros que estão em liberdade, viabilizando o cadastramento no CPF/MF para obtenção de carteira de trabalho e oferecendo um albergue transitório para abrigar temporariamente aqueles que não têm onde ficar fora da prisão”.²⁸²

O Regimento Interno padrão das unidades prisionais do Estado de São Paulo prevê que o diretor da unidade prisional deve informar ao consulado sobre a inclusão de preso estrangeiro, até o primeiro dia útil subsequente, “(...) comunicando sobre o local e data de recolhimento; condições físicas e de saúde em que se encontra; existência de advogado para sua defesa e outras informações que se fizerem necessária” (art. 12). Além disso, o art. 26 prevê que os presos estrangeiros têm as seguintes garantias fundamentais:

Artigo 26 - Aos presos de cidadania estrangeira, considerando-se as dificuldades inerentes à sua condição, devem ser observadas, além das explicitadas neste Regimento, as seguintes garantias fundamentais:
I- aprendizado da língua portuguesa e dos costumes deste país, por meio do convívio com os brasileiros e das aulas lecionadas na unidade prisional;

²⁸⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Recife realiza debate sobre presos estrangeiros no Brasil*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-pernambuco/18743-recife-realiza-debate-sobre-presos-estrangeiros-no-brasil>> Acesso em 25 fev. /2016.

²⁸¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Orientações básicas aos presos e egressos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/estrangeiros-presos-egressos/cartilhas/CartilhaDireitosCidadaosEstrangeirosPresosEgressos2015.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016.

²⁸² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *Levantamento traça perfil de traficante internacional do aeroporto de Guarulhos*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/343637>>. Acesso em 04 nov. 2016.

II- identificação, dentre os servidores, a fim de solucionar problemas de imperiosa comunicação, daqueles que possam prestar auxílio na interpretação e na tradução do idioma;

III- facilitação do acesso aos advogados públicos e aos respectivos consulados, com vistas, dentre outros, aos benefícios previstos no curso da execução penal;

IV- recebimento, por intermédio das pessoas constantes em seu rol de visitas, de gêneros alimentícios da tradição de cada nacionalidade, religiosa ou não, na quantidade regulamentar e conforme a permissão da direção da unidade prisional, adotadas as cautelas em favor da ordem e da segurança.

§1º - a unidade prisional deve adotar procedimentos que facilitem o contato do preso, de nacionalidade estrangeira, com os respectivos consulados e outras circunstâncias favoráveis à sua condição, inclusive permitindo o convívio dos estrangeiros entre si.

§2º - Deve ser providenciado o acesso desses presos às atividades laborativas, lhes sendo sugeridas as que forem compatíveis com suas habilidades e capacidades, dentro das possibilidades da unidade prisional.²⁸³

Como se pode perceber, as primeiras medidas adotadas no sentido de promover o respeito aos direitos básicos dos presos estrangeiros começaram a ganhar força nos últimos cinco anos. As ações são recentes e ainda estão em fase de implantação.

²⁸³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Orientações básicas aos presos e egressos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/estrangeiros-presos-egressos/cartilhas/CartilhaDireitosCidadaosEstrangeirosPresosEgressos2015.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016.

CAPÍTULO 3

Procedimento da expulsão no direito brasileiro

Sumário: 1. Regulamentação legal do procedimento da expulsão no direito brasileiro. 2. Principais problemas detectados no procedimento de expulsão. 3. Tendência à reprodução dos problemas referentes à prisão para fins de expulsão.

1. Regulamentação legal do procedimento da expulsão no direito brasileiro

As principais fontes normativas a disciplinarem o processo de expulsão são o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980)²⁸⁴ e seu Decreto regulamentar nº 86.715/1981.²⁸⁵

O Estatuto do Estrangeiro estabelece ser “passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (art. 65), bem como o estrangeiro que:

a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro (parágrafo único).²⁸⁶

Nos termos do art. 70 da Lei nº 6.815/1980, compete ao Ministro da Justiça, de ofício ou mediante provocação, determinar a instauração do processo de expulsão, sendo incumbência do Ministério Público remeter cópia da sentença penal condenatória e informações sobre os antecedentes criminais do estrangeiro condenado pela prática de crime, ao qual seja aplicada pena privativa de liberdade de, no mínimo, dois anos (art. 68 e parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro). O prazo estabelecido pelo decreto regulamentar para que o

²⁸⁴ Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

²⁸⁵ Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

²⁸⁶ *Op. cit.*

Ministério Público adote referida providência é de até trinta dias, a contar do trânsito em julgado (art. 101).²⁸⁷

Assim, como regra, o início do procedimento se dá com a informação do diretor do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça²⁸⁸, a quem incumbe determinar a instauração do Inquérito Policial de Expulsão (IPE) e informar à Divisão Policial de Retiradas Compulsórias (DPREC) do Departamento de Polícia Federal (DPF), para que proceda à instrução com subsídios necessários para a expulsão. Ao final, os autos são devolvidos ao Departamento, que analisará o inquérito instruído e encaminhará para o Ministro da Justiça.²⁸⁹

O Decreto regulamentar especifica que o inquérito para expulsão do estrangeiro terá início com a Portaria da Polícia Federal (art . 103), observados os seguintes procedimentos instrutórios: o expulsando deverá ser notificado, com a antecedência mínima de 2 (dois) dias úteis, para o interrogatório (§ 1º). Se não for encontrado, a notificação será realizada por edital (§ 2º), e, se estiver preso, o comparecimento será requisitado à autoridade competente (§ 3º). Na oportunidade, serão efetuados a qualificação, oitiva, identificação e fotografia do expulsando, que poderá indicar defensor e especificar as provas que pretende produzir (§ 4º). Se o expulsando não comparecer, proceder-se-á sua qualificação indireta (§ 5º). Em caso de não comparecimento, ser-lhe-á nomeado, ainda, um defensor dativo, da mesma forma que se procederá caso não seja indicado um defensor ou este não assuma a defesa (§ 6º). O prazo para a apresentação de defesa é de 6 (seis) dias (§ 7º). Encerrada a instrução, será lavrado relatório conclusivo e o inquérito deverá ser devolvido ao Departamento de Estrangeiros, no prazo de 12 (doze) dias (§ 8º), para que seja anexado ao processo de expulsão. Então, o Departamento emitirá parecer e encaminhará ao Ministro da Justiça, que, por sua vez, submeterá à decisão do Presidente da República (art . 105).²⁹⁰

O juízo de oportunidade e conveniência do decreto de expulsão e da respectiva revogação é de competência exclusiva do Presidente da República, consoante disposição do artigo 66 da Lei nº 6.815/1980. Conquanto tal decisão seja irrecorrível, está prevista a

²⁸⁷ *Op. cit.*

²⁸⁸ O nome do órgão constante no Decreto regulamentar é “Departamento Federal de Justiça”.

²⁸⁹ PORTAL BRASIL. *Divulgado balanço sobre expulsão de estrangeiros do País em 2014*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/divulgado-balanco-sobre-expulsao-de-estrangeiros-do-pais-em-2014>> Acesso em 25 fev. 2016.

²⁹⁰ *Op. cit.*

possibilidade de o estrangeiro apresentar pedido de reconsideração no prazo de 10 (dez) dias, na forma dos artigos 72 da Lei nº 6.815/1980 e 107 do Decreto nº 86.715/1981.²⁹¹

Caso seja decretada a expulsão do estrangeiro, a respectiva Portaria é publicada no Diário Oficial da União e são expedidas comunicações ao Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (art. 106 do Decreto) e ao Juízo da Execução, sendo que o processo de expulsão fica sobrestado até o cumprimento integral da pena ou a liberação antecipada pelo Poder Judiciário, para que a DPREC solicite ao Diretor do Departamento de Estrangeiros a autorização para efetivar a medida de expulsão e o processo seja concluído.²⁹²

Ao efetivar o ato expulsório, o Departamento de Polícia Federal lavrará o termo respectivo, encaminhando cópia ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça (art. 108 do Decreto).²⁹³

Em regra, diante do caráter sumário do inquérito que visa apurar as condições para eventual expulsão, a sua duração não deverá exceder a 15 (quinze) dias (art. 71 da Lei e 104 do Decreto). É possível a prisão do expulsando por 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, até que o processo de expulsão seja finalizado (art. 69 do Estatuto do Estrangeiro). Nesse caso, se o processo não for concluído no prazo legal, o estrangeiro pode ser colocado em liberdade vigiada e, se as condições de conduta impostas forem descumpridas, pode ser decretada a prisão novamente (art. 73 da Lei).²⁹⁴

Portanto, consideradas as possíveis prorrogações legais, a prisão para fins de expulsão poderá alcançar o limite máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

Escoado o prazo da prisão, sem que tenham sido concluídos os procedimentos necessários à expulsão, o estrangeiro poderá ser posto em liberdade vigiada (art. 73). Porém, se as regras de comportamento forem descumpridas, poderá ser novamente determinada prisão administrativa, por prazo não superior a outros 90 (noventa) dias.

²⁹¹ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Direitos humanos e mulas do tráfico internacional de drogas: proposta de cooperação jurídica internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 158.

²⁹² PORTAL BRASIL. *Divulgação balanço sobre expulsão de estrangeiros do País em 2014*. Disponível em: <<http://www.http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/divulgado-balanco-sobre-expulsao-de-estrangeiros-do-pais-em-2014>> Acesso em 25 fev. 2016.

²⁹³ *Op. cit.*

²⁹⁴ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *op. cit.*, 2014, 157.

De forma diversa, o Decreto 98.961/1990 dispõe que o decreto de expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de drogas será executado no dia seguinte ao último da condenação (art. 1º, § 1º).²⁹⁵

O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro estabelece que, para não ocorrer a expulsão, é necessário que o casamento com cônjuge brasileiro tenha mais de 5 (cinco) anos, ou que o filho brasileiro esteja sob sua guarda e dependência econômica. No entanto, a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro após a prática do delito não impedem a expulsão (§ 1º), da mesma forma que, em caso de abandono do filho ou divórcio, poderá ser efetivada a expulsão (§ 2º).²⁹⁶

Nesse sentido, foi editada a súmula nº 1 do Supremo Tribunal Federal, que veda, justamente, a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.²⁹⁷

O reingresso de estrangeiro expulso em território brasileiro é tipificado pelo Código Penal tipifica como infração sujeita à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos,, sem prejuízo de nova expulsão.²⁹⁸

O Projeto de Lei nº 2.516/2015 (Nova Lei de Migrações), que visa substituir o Estatuto do Estrangeiro, foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados no dia 6 de dezembro de 2016, com algumas modificações de texto, devendo retornar ao Senado para aprovação, que foi a casa iniciadora do processo legislativo.²⁹⁹

No tocante ao procedimento de expulsão, o Projeto da Nova Lei de Migrações procura deixar expressos alguns pontos que causam debates na legislação em vigor, como a

²⁹⁵ BRASIL. Decreto n. 98.961, de 15 de janeiro de 1990. *Dispõe sobre a expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecente e drogas afins*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98961.htm>. Acesso em 21 nov. 2016.

²⁹⁶ *Op. cit.*

²⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico-jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em 21 nov. 2016.

²⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2016.

²⁹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Câmara aprova proposta de nova lei sobre migração*. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/520860-CAMARA-APROVA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-SOBRE-MIGRACAO.html>. Acesso em 08 dez. 2016.

possibilidade de os estrangeiros presos serem beneficiados com os direitos próprios da execução penal, em igualdade de condições com os brasileiros (art. 42, § 2º); a regulamentação de condições especiais de residência para viabilizar medidas de ressocialização a estrangeiros durante o cumprimento de sanções penais (art. 45); e a necessidade de se observar o contraditório e a ampla defesa (art. 48). A efetivação de expulsão fundada em crime comum fica condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 42, § 4º).³⁰⁰

O Projeto da Nova Lei de Migrações preocupa-se, ainda, com o aprimoramento da comunicação entre os operadores envolvidos na área criminal, antecipando a informação do Ministério Público à Autoridade Nacional Migratória, a fim de que seja remetida cópia da aceitação da denúncia, no prazo de 60 (sessenta) dias (art. 42, § 3º); além de aproximar o juízo da execução e a Autoridade Nacional Migratória, mediante o encaminhamento de cópia da sentença condenatória e demais decisões relativas à concessão dos benefícios prisionais, em até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado (art. 42, § 5º). Outra inovação diz respeito à fixação do prazo de 5 (cinco) anos para o impedimento de reingresso (art. 42), sendo que, nos crimes comuns passíveis de penas restritivas de liberdade, será prevista a consideração de circunstâncias como “a gravidade e as possibilidades de ressocialização no território nacional” (inc. III).³⁰¹

O Projeto de Lei nº 2.516/2015 (Nova Lei de Migrações) propõe algumas alterações nas hipóteses impeditivas da expulsão, a saber:

Art. 43. Não se procederá à expulsão: I – se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; II – quando o imigrante tiver: a) filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou brasileiro sob sua tutela, sendo necessário em ambos os casos a fixação de residência em território brasileiro; b) cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem distinção de gênero ou orientação sexual, reconhecido judicial ou legalmente; ou c) ingressado no Brasil nos dez primeiros anos de vida, residindo desde então no País.³⁰²

Embora reconheça avanços no Projeto de Lei nº 2.516/2015, ANA LUISA ZAGO DE MORAES não acredita que haverá grandes alterações no volume de prisões e expulsões, a não

³⁰⁰ BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.516, de 2015* (Câmara dos Deputados). Institui a Lei de Migração. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em 20 abr. 2016.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Ibidem.

ser que “(...) as legislações diferenciasssem, com critérios realistas e justos, a figura da “mula”, e incluíssem causas excludentes, como o abuso da condição de vulnerabilidade em casos em exploração de pessoas para o cometimento de atividade delitiva”.³⁰³

2. Principais problemas detectados no procedimento de expulsão

É considerável o número de processos de expulsão existente, o que revela a importância de boas práticas que assegurem a celeridade do procedimento. Apenas no ano de 2014, segundo balanço divulgado pelo Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, foram instaurados quarenta novos inquéritos e publicadas duzentos e vinte e três portarias de expulsão.³⁰⁴

Não obstante o volume de casos, são exigidos complexos trâmites administrativos para a expulsão dos estrangeiros que, de alguma forma, venham a ser considerados nocivos aos interesses nacionais (art. 65 da Lei 6.815/1980), como se viu no tópico anterior.

Entre a publicação da Portaria e o cumprimento da decisão, é necessária a intervenção de diversos órgãos e autoridades, cabendo à Divisão de Medidas Compulsória do Ministério da Justiça comunicar: a) ao Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores os dados do expulsando, acompanhados da fundamentação legal e dos dados relativos à efetivação do ato expulsório, nos termos do art. 106 do Decreto n. 86.715/1981; b) ao Juízo da Execução Criminal competente, a fim de solicitar que o término da pena do estrangeiro seja notificado, para que os procedimentos preparatórios de efetivação da expulsão do estrangeiro tenham início; e c) à Divisão de Retiradas Compulsórias do Departamento de Polícia Federal (DPREC), para que informe à Autoridade Policial que presidiu o inquérito precursor da expulsão, a quem incumbirá a execução do ato expulsório.³⁰⁵

³⁰³ *Op.cit.*, p. 316.

³⁰⁴ PORTAL BRASIL. *Divulgado balanço sobre expulsão de estrangeiros do País em 2014*. Disponível em: <<http://www.http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/divulgado-balanco-sobre-expulsao-de-estrangeiros-do-pais-em-2014>> Acesso em 25 fev. 2016.

³⁰⁵ PARDI, Luis Vanderlei. *O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 106-107.

LUIS VANDERLEI PARDI, em dissertação dedicada ao tema, teve a oportunidade de constatar que o Poder Judiciário não efetua as notificações de forma eficaz, sendo que, “na maioria das vezes o preso é posto em liberdade do sistema prisional sem o conhecimento do Departamento da Polícia Federal”.³⁰⁶

Verificou-se, ainda, que a demora no trâmite do inquérito de expulsão, até que seja proferida a decisão do Ministro de Justiça, tem sido, via de regra, superior ao tempo de cumprimento integral da pena aplicada ao estrangeiro, especialmente em razão de “falhas” na comunicação de condenação de estrangeiro ao Ministério da Justiça, apesar da determinação contida no art. 68 da Lei n. 6.815/1980. Assim, na visão do autor, a morosidade na realização dos atos instrutórios e demais diligências do procedimento expulsório, como a qualificação e o interrogatório, era ocasionada por fatores como a distância das unidades prisionais e pelas dificuldades estruturais (por exemplo, a carência de servidores, a falta de verba federal etc).³⁰⁷

SÉRGIO ADORNO e WÂNIA PASINATO, por outro lado, chamam a atenção para outros significados que podem ter a morosidade. Os pesquisadores puderam constatar, a partir do exemplo dos casos de linchamento, que a morosidade é seletiva. Com efeito, o tempo de julgamento dos casos de linchamento é excessivamente mais demorado do que o de outros crimes, inclusive os de homicídio comum.³⁰⁸ No contexto dos linchamentos, por exemplo, os autores concluíram que parecia ser sintomático que os operadores do direito não considerassem tais casos passíveis de punição, uma vez que o Estado havia se omitido em aplicar as leis penais à própria vítima do linchamento.³⁰⁹

Assim, diante da elevada reprovabilidade que a “guerra às drogas” impõe aos sujeitos estrangeiros condenados por tráfico internacional, não seria a morosidade também sintomática do maior rigor punitivo, que se traduz em um lapso temporal de restrição de liberdade mais longo, conforme visto anteriormente?³¹⁰

Embora o art. 67 da Lei n. 6.815/1980 faculte ao Ministro da Justiça que determine, se for conveniente ao interesse nacional, a efetivação antecipada da expulsão,

³⁰⁶ *Op. cit.*, p. 106.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 94-95.

³⁰⁸ A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social* (USP. Impresso), v. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a05v19n2>>. Acesso em 05 nov. 2016, p. 149.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 151.

³¹⁰ Vide item 3 do Capítulo 1º.

ainda que haja processo judicial pendente ou mesmo condenação, LUIS VANDERLEI PARDI observa que o Poder Executivo, “em respeito ao princípio democrático de direito e à obediência às decisões emanadas pelo Poder Judiciário”, determina que se aguarde o término da execução da pena ou a liberação judicial do preso.³¹¹

No Brasil, prevalece a orientação de que o estrangeiro não pode ser dispensado do cumprimento da pena mediante expulsão antecipada do país, por ausência de previsão legal e por entender-se que haveria tratamento desigual em relação ao nacional. O Deputado Federal CARLOS BEZERRA chegou a apresentar o Projeto de Lei n. 7.137/2010, que se propunha a antecipar o cumprimento da expulsão caso o estrangeiro viesse a ser beneficiado com a progressão de regime ou livramento condicional³¹², mas foi arquivado.

Em estudo de caso realizado por THERESA RACHEL COUTO CORREIA no presídio estadual feminino Auri Moura Costa em 2006, foi constatado que a efetivação da medida expulsória demorava em média um ano, após o cumprimento da pena imposta ou da liberação judicial para a expulsão da condenada, pois “(...) frequentemente não há verba da União para efetivar a expulsão”. A pesquisadora observou que as estrangeiras passavam por sérias dificuldades, pois elas não podiam “(...) suportar as despesas do próprio sustento nem contarem com qualquer apoio estatal (como casas-abrigo) enquanto esperam os trâmites legais”.³¹³

O Ministério Público Federal em São Paulo propôs uma ação civil pública em face da União, alegando que a falta de planejamento e eficiência do Departamento de Polícia Federal “transformou em rotina o pedido de prisão administrativa dos estrangeiros, fazendo com que eles permaneçam encarcerados por mais de três meses após o cumprimento da pena a qual foram condenados”. Tal circunstância, segundo apurado, teria acarretado um prejuízo em torno de de R\$ 827.000,00 (oitocentos e vinte e sete mil reais) aos cofres públicos entre os anos de 2012 e 2013, tendo em vista que 197 (cento e noventa e sete) detentos estrangeiros foram mantidos em prisão cautelar, ao custo mensal, por preso, de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais). Assim, a estimativa era de que, se as prisões cautelares continuassem a ser a regra, os gastos com o sistema prisional poderiam ultrapassar R\$ 8.760.000,00 (oito

³¹¹ *Op. cit.*, p. 105-106.

³¹² *Ibidem*, p. 98.

³¹³ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 255.

milhões, setecentos e sessenta mil reais), já que existiam 2.087 (dois mil e oitenta e sete) estrangeiros apenas no sistema penitenciário paulista.³¹⁴

A demora do procedimento de expulsão têm resultado em restrição de liberdade de estrangeiros por tempo além do necessário, de modo que a manutenção dos expulsandos sob custódia do Estado acarreta graves prejuízos para o Estado e aos próprios estrangeiros. Assim, o argumento de que faltam recursos para corrigir os problemas existentes parece contraditório, diante dos custos extras acarretados.

Os seminários promovidos Conselho Nacional de Justiça³¹⁵ propuseram ao Ministério da Justiça discussões sobre formas de agilizar o procedimento de expulsão, tendo sido amplamente anunciada a necessidade de criação de um banco de dados unificado, para que autoridades policiais e judiciais, bem como membros do Ministério Público, tanto em âmbito federal quanto estadual, cooperassem entre si, alimentando as informações sobre o processo de expulsão e sobre a situação dos presos, a ser disponibilizado em página na Internet para todos os operadores do sistema de justiça criminal, além de facilitar o acompanhamento por parte de consulados e embaixadas sobre a prisão de estrangeiro em qualquer lugar do país.³¹⁶

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) participou do seminário promovido pelo CNJ em 2012 e teve a oportunidade de apontar que a demora e o descompasso entre os processos judiciais e administrativos podem gerar situações complicadas, pois, se o decreto de expulsão for publicado antes do cumprimento da pena, o Judiciário pode indeferir os benefícios da execução penal; por outro lado, se a pena for cumprida integralmente antes de o inquérito de expulsão vir a ser concluído, o estrangeiro corre o risco de ficar em liberdade, porém sem nenhuma assistência. Outro problema detectado foi a inexistência de um meio legal de os presos enviarem o salário eventualmente recebido às suas família.³¹⁷

³¹⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF entra com ação contra a União por ineficiência na expulsão de estrangeiros presos em São Paulo*. Disponível em <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/11-09-14-2013-mpf-entra-com-acao-contra-a-uniao-por-ineficiencia-na-expulsao-de-estrangeiros-presos-em-sao-paulo>. Acesso em 26 ago. 2015.

³¹⁵ Vide item 2 deste Capítulo 1^a.

³¹⁶ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 160.

³¹⁷ BENVENUTI, Patrícia. *Buscar soluções e dar agilidade ao processo de expulsão...* Disponível em: <<http://brasildefato.com.br/node/8989>>. Acesso em 25 fev. 2016.

Sem desmerecer a importância da “agilização das informações necessárias para o trâmite regular do processo, bem como a possibilidade de acompanhamento, [que] auxiliam a diminuir o excesso de prazo imposto pela penalidade administrativa”, ANA CLAUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO sustentam que a medida é insuficiente. Segundo os autores, não há motivo para manter a pessoa em território nacional, após o cumprimento integral da pena, aguardando a efetivação da expulsão por longo período.³¹⁸

Nesse sentido, salientam os autores que o inquérito para fins de expulsão possui natureza administrativa e são asseguradas as garantias processuais de defesa, de modo que, embora os prazos possam parecer curtos, a observância dos ditames do devido processo legal pode resultar em um processo demorado, sendo que muitos desses estrangeiros aguardam que o retorno ao país de origem ocorra no prazo mais breve possível e aceitariam a expulsão sem manifestar qualquer oposição. ANA CLAUDIA LAGO COSTA e ROBERTO FREITAS FILHO destacam que o grande problema é que o inquérito de expulsão, ao invés de tramitar durante o período de cumprimento da sanção penal, acaba por gerar um período de privação de liberdade adicional.³¹⁹ Nas palavras dos autores:

Em tese, o procedimento todo se apresenta coerente, não só do ponto de vista forma, como com relação à extensão dos prazos previstos. Entretanto, como é de conhecimento comum e segundo nossa experiência, corroborada pelas informações obtidas por meio de entrevistas com a diretora de uma das maiores organizações não governamentais nacionais que lida com essa questão, a maioria absoluta dos presos aqui referidos não possui intenção de permanecer no país, desejando o quanto antes regressar a seu país de origem ou de residência, aceitando a imposição do decreto de expulsão sem resistência.³²⁰

Prosseguem os autores apontando para o paradoxo que há em manter o estrangeiro considerado nocivo em território nacional, enquanto ele deseja retornar a seu país de origem. Assim, não se permite o regresso voluntário, para que seja a expulsão seja executada de forma forçada, sendo o estrangeiro mantido “eventualmente preso além do tempo de sua condenação ou, se estiver solto, em situação de irregularidade, sem domicílio certo ou possibilidade de trabalho formal”.³²¹

³¹⁸ COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. *Op. cit.*, p. 160.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 157-158.

³²⁰ *Ibidem*, p. 158-159.

³²¹ *Ibidem*, p. 159.

A sugestão dos autores é que, quando o estrangeiro preso manifestar a aceitação quanto ao retorno para o país de origem, essa transferência seja realizada de pronto e o processo de expulsão prossiga apenas para o efeito de impossibilitar o reingresso no Brasil, sendo que a defesa poderia ser apresentada por meio de cooperação jurídica, através de instrumentos como a videoconferência.³²²

Não obstante as vantagens de agilizar o procedimento, o temor com o risco de desvirtuamento da expulsão encontra eco em exemplos colhidos de outros ordenamentos. Em análise à previsão contida no Código Penal espanhol de que a pena aplicada à estrangeiros possa ser substituída pela expulsão, PATRICIA A. MARTÍN ESCRIBANO revela preocupação com a criação de um “modelo sancionador diferenciado dentro del ordenamiento penal basado em la nacionalidad y em la situación administrativa de los extranjeros, lo que produce que la respuesta penal no vaya em función de la conducta realizada sino em función de las características de su autor”. Assim, ela questiona se tal medida estaria de acordo com os princípios da igualdade, *non bis in idem*, proporcionalidade e a finalidade da pena, bem como com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo.³²³ Dentre as conclusões desse trabalho, a pesquisadora verificou o uso da expulsão como medida de controle migratório, uma vez que os estrangeiros são vistos pelo Estado como “enemigos sociales”, e pôde perceber que os tribunais têm aplicado a expulsão de forma automática, apesar da orientação de que se deva respeitar os direitos fundamentais.³²⁴

3. Tendência à reprodução dos problemas referentes à prisão para fins de expulsão

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS faz duras críticas à permanência do Estatuto do Estrangeiro no ordenamento jurídico, tal como fora elaborada durante a ditadura militar, sem grandes alterações:

³²² COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto. Op.cit., p. 160-161.

³²³ ESCRIBANO, Patricia A. Martín. *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: análisis jurídico penal y criminológico*. Universitat de Girona (tese de doutorado), 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/361400>>. Acesso em 03 jun. 2016. p. 181.

³²⁴ *Ibidem*, p. 239-241.

Quanto à legislação específica em vigor, observa-se que, depois de vinte e oito anos, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980) encontra-se do mesmo modo do dia de sua publicação: envolto em polêmica e em pleitos por sua revogação. Com efeito, pode parecer bizarro, mas a Lei 6.815 foi aprovada por decurso de prazo, sem alterações e com a promessa do governo da época de alterá-la nos meses posteriores. Assim, nasceu o Estatuto do Estrangeiro sob o signo da transitoriedade e alvo das mais variadas críticas.³²⁵

A política migratória daquele período era marcada pela doutrina de segurança nacional, que via os imigrantes como ameaça aos trabalhadores nacionais, além de considerar indesejados os estrangeiros provenientes de Estados socialistas. O direito internacional era utilizado para reforçar o discurso sobre soberania, a fim de justificar as decisões sobre a admissão ou o impedimento à entrada de estrangeiros.³²⁶

A partir dos anos 70, a tendência à militarização da política criminal foi recrudescida, tendo a chamada “guerra às drogas” se refletido no aumento da dificuldade para a regularização migratória, bem como no encarceramento e na expulsão de estrangeiros. Esse legado autoritário, entretanto, não desapareceu com o término do período ditatorial.³²⁷

Nesse sentido, SÉRGIO ADORNO e WÂNIA PASINATO afirmam que a expectativa de redemocratização propalada pela Constituição de 1988 restou frustrada:

Paradoxalmente, à medida que a sociedade se mobilizava para a reconstrução das instituições democráticas que viriam a ser inscritas na Constituição (1988), os conflitos sociais tornaram-se mais acentuados. Nesse contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência, nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações interpessoais e intersubjetivas. Em especial, a emergência do narcotráfico promovendo a desorganização das formas tradicionais de vida entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público de aplicar lei e ordem tem grande parte de sua responsabilidade na construção desse cenário de insegurança coletiva. Em outras palavras, a sociedade mudou, os crimes cresceram e tornaram-se mais violentos, mas as instituições encarregadas da proteção dos cidadãos, bem como de aplicar lei

³²⁵ Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 733.

³²⁶ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op.cit.*, p. 149-150.

³²⁷ *Ibidem*, p. 176.

e ordem, permaneceram operando segundo o mesmo modelo utilizado há três ou quatro décadas.³²⁸

Levantamento das denúncias formuladas contra o Brasil perante o sistema interamericano, realizado por FLÁVIA PIOVESAN, releva que, durante a ditadura militar, 9 dos 10 casos se referiam a detenção arbitrária e tortura, e um 1 caso envolvia a violação de direitos dos povos indígenas. A partir de 1985, foram apreciados 38 casos envolvendo violência policial, correspondente a mais de 40% das denúncias, sendo que os demais casos versavam sobre violência rural, contra a mulher e contra defensores de direitos humanos, além de violação de direitos das crianças e adolescentes e das populações indígenas, bem como por discriminação racial. De acordo com a conclusão da Autora, “[e]sses dados demonstram que o processo de democratização no Brasil foi incapaz de romper em absoluto com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal. A transição democrática revela, assim, marcas de um continuísmo autoritário”.³²⁹

A pesquisadora pôde observar, ainda, a maioria das vítimas (90%) no primeiro período (de 1964 a 1985) era de lideranças da Igreja Católica e de movimentos de trabalhadores, ou de intelectuais, como estudantes, professores universitários, advogados, economistas e outros profissionais, integrantes da classe média; já a maioria das vítimas no segundo período (87%) é composta de pessoas simples e em situação de vulnerabilidade social, com exceção dos casos de violência contra defensores de direitos humanos e lideranças rurais.³³⁰

O fundamento de todo o sistema judiciário penal e prisional está calcado no monopólio Estatal da violência, uma vez que foi retirado dos particulares o exercício da justiça com as próprias mãos. No entanto, SÉRGIO ADORNO e WÂNIA PASINATO indicam a ocorrência de uma “quebra de confiança” em relação a essas instituições.³³¹

A tese benjaminiana de que a “violência mítico-jurídica”, embora seja destinada a um fim – da mesma forma que a “violência pura”, cujo fim pode ser justo ou não –, deve ser

³²⁸ *Op. cit.*, p. 136-137.

³²⁹ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 438.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Op.cit.*, p. 134-145.

avaliada não em razão dos fins perseguidos, mas no âmbito da legitimidade ou ilegitimidade dos meios³³², contribui para a compreensão desse paradoxo. Com efeito, independentemente de serem distintas as finalidades dos abusos policiais cometidos antes e após a redemocratização do Brasil, os meios empregados se assemelham.

GIORGIO AGAMBEN revela que esse constante “estado de exceção”³³³, em que direitos constitucionais são violados em nome da “defesa democrática”, é um fenômeno constante em praticamente todos os governos. Um exemplo citado pelo autor foi a deportação de 70 mil cidadãos norte-americanos de origem japonesa e de 40 mil cidadãos japoneses, que residiam na costa ocidental, ocorrida no dia 19 de fevereiro de 1942, por motivação racial³³⁴.

Outro exemplo mais recente foi a adoção pelos Estados Unidos de políticas como a “military order”, de 13 de novembro de 2001, que autorizou a “indefinite detention” de não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, e o “USA Patriot Act”, de 26 de outubro de 2001, que permitiu a prisão de estrangeiros suspeitos de atividades que ameaçassem a segurança nacional, a fim de que fossem expulsos ou acusados de alguma violação de lei no prazo de sete dias. Todo estatuto jurídico do indivíduo era anulado, uma vez que os detentos nem eram considerados prisioneiros de guerra e tampouco a acusação observava as leis norte-americanas. Tratava-se de “pura dominação de fato”, com detenção por tempo indeterminado e fora da lei e do controle judiciário, cuja expressão máxima foi a prisão de Guantánamo.³³⁵

Nas palavras de GIORGIO AGAMBEN:

Isso não significa que a máquina, com seu centro vazio, não seja eficaz; ao contrário, o que procuramos mostrar é, justamente, que ela continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias. O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.³³⁶

³³² Apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 95.

³³³ *Ibidem*, p. 13.

³³⁴ *Ibidem*, p. 38.

³³⁵ *Ibidem*, p. 14-15.

³³⁶ *Ibidem*, p. 131.

Assim, o autor define o estado de exceção como “(...) um 'estado da lei' em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem 'força') e em que, de outro lado, atos que não tem valor de lei adquirem sua 'força’”.³³⁷

De volta ao contexto brasileiro, ANA LUISA ZAGO DE MORAES afirma que o advento da Lei dos Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado militarizou o combate ao traficante internacional (“o novo inimigo”)³³⁸, à medida que foram aumentadas as penas, negada a progressão de regime e a concessão de liberdade provisória no curso do processo penal, além de obrigar o cumprimento integral da pena no País, ainda que o estrangeiro não tenha qualquer vínculo social.³³⁹ Na política criminal de drogas,

[n]ão existe alteridade possível ao criminoso, que será combatido “militarmente”, em um estado de beligerância permanente, em que a eficácia da política criminal passa a ser medida através de verdadeiros boletins de guerra: quantos inimigos foram neutralizados (encarceramento); quantos soldados foram colocados em campo e quanto custaram (custos da justiça penal e das forças de polícia); quais e quantos territórios sociais e urbanos foram libertados ou foram ocupados pelo inimigo (taxas de delituosidade).³⁴⁰

Somada a isso, a articulação da rede de tráfico internacional para obter cada vez mais “mulas”, ou seja, pessoas que transportam a droga para obter pequenas quantias em dinheiro, ou mesmo passagens aéreas que lhes possibilitem sair de zonas de extrema pobreza, ou até de guerra civil, têm aumentado cada vez mais o número de estrangeiros encarcerados no Brasil (...).³⁴¹

Fenômeno semelhante ocorre nas prisões portuguesas. Ao classificar os crimes praticados por estrangeiros conforme a relação com a mobilidade internacional, CÂNDIDO DA AGRA e JOSEFINA CASTRO constaram que os delitos praticados por estrangeiros residentes ou em trânsito por Portugal, porém dissociados da mobilidade internacional (poderiam ter ocorrido em qualquer lugar), bem como a criminalidade decorrente da própria condição de imigrante, por dificuldades de integração social, eram em percentual bem inferior aos crimes intrinsecamente ligados à mobilidade internacional, como o tráfico de drogas ou o crime organizado, que correspondia a 63% dos casos, enquanto crimes contra a propriedade

³³⁷ *Op. cit.*, p. 61.

³³⁸ MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, p. 178-179.

³³⁹ *Ibidem*, p. 188.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 179.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 188.

representavam apenas cerca de 7,7%.³⁴² Fatores econômicos foram a motivação do crime apontada em 68,2% dos casos.³⁴³ Os chamados "correios de droga" (transporte de substâncias psicoativas), que podiam configurar atos isolados ou uma vida caracterizada pela especialização nesse tipo de crime³⁴⁴, eram apenados com maior rigor (7,7 anos) do que outras formas de tráfico (6,7 anos).³⁴⁵

Em estudo desenvolvido na década de 90, ROBERT CARIO já observava que, na França, os estrangeiros eram condenados à privação de liberdade em maior proporção do que os nacionais, em torno de três vezes mais. Além disso, havia uma dupla punição para os estrangeiros, pois, ao final da pena, estavam sujeitos a expulsão do território francês, de forma permanente ou por mais de dez anos.³⁴⁶ Essa postura era impassível diante dos motivos que levaram os estrangeiros a fugirem do país de origem e das condições em que eles se encontravam. Apesar de nem sempre haver indícios de que os estrangeiros representassem uma ameaça social concreta, eles eram submetidos à prisão em massa e à sanções mais severas:

On peut légitimement douter qu'il en aille ainsi dans notre pays. Ne pas avoir ses "papiers em règle", voler, escroquer pour éviter la "clochardisation" refuser le retour au pays d'origine que l'on a précisément fui (ou le fuir à nouveau) ne constituent pas toujours des comportements de nature à porter gravement atteinte à la sécurité des citoyens français ou de leur biens. Pourtant, tous ces manquements conduisent assez massivement en prison, peine hiérarchiquement la plus élevée dans l'échelle des sanctions.³⁴⁷

NATÁLIA DEL GRANDE e MARCELO F. AEBI constataram que, no período de 1989 a 2006, houve um aumento do número de estrangeiros na população carcerária de praticamente todos os países europeus. Na Europa Ocidental, os estrangeiros correspondiam a quase 37%, embora houvessem diferenças significativas entre os países por diversos fatores, como o controle social, a política de combate ao tráfico de drogas, bem como porque as alternativas à prisão raramente eram aplicadas a estrangeiros. Por exemplo, países pequenos e países de entrada e de trânsito tendem a exercer maior controle social sobre estrangeiros

³⁴² AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. Los extranjeros son un grupo de riesgo: investigación en las prisiones portuguesas. In: AGRA, Cândido da et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 286.

³⁴³ Ibidem, p.298

³⁴⁴ Ibidem, p. 293

³⁴⁵ Ibidem, p. 288.

³⁴⁶ La réaction sociale aux infractions commises en France par les étrangers. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastian, 7 ext, p.107-117, dez. 1994, p. 113-114.

³⁴⁷ Ibidem, p. 115.

ilegais e que estejam envolvidos em tráfico ilegal, principalmente o de drogas. Por sua vez, a posição geográfica parece ser um fator importante, pois os membros fundadores da União Europeia apresentam percentagens mais elevadas de reclusos estrangeiros do que os novos membros. Veja-se:

Dans les pays occidentaux, les pourcentages les plus élevés de détenus étrangers se trouvent dans les petits pays, le contrôle social est probablement plus important. Ces pourcentages sont également élevés dans les pays d'entrée et de transit, ce qui suggèrerait que ces pays reçoivent d'avantage d'étrangers - notamment d'étrangers illégaux – et/ou que dans ces pays il y a davantage d'étrangers impliqués dans différents types de trafic illégal, principalement celui de drogues. D'autre part, les pourcentages sont aussi élevés dans les pays où la population carcérale générale est relativement réduite, ce qui suggère que les solutions alternatives à l'emprisonnement sont rarement appliquées aux étrangers. Cette hypothèse a été corroborée par la présence des pourcentages relativement élevés de prévenus parmi les détenus étrangers.

Si nous concentrons notre attention sur les États membres d'UE, nous retrouvons une corrélation positive entre le pourcentage d'étrangers dans la population carcérale et le moment où ces pays ont adhéré à l'UE. Ceci signifie que, généralement, les pourcentages les plus élevés se trouvent chez les membres fondateurs de l'Union et les plus bas parmi les nouveaux membres. Cependant, il n'y a aucune corrélation linéaire entre le développement économique et le pourcentage de détenus étrangers, ce qui confirme que la position géographique constitue un facteur explicatif plus important.³⁴⁸

LUCIA RE alerta para o fato de que as políticas migratórias e criminais de repressão seletiva, que impõe maior rigor para os estrangeiros do que para os cidadãos nativos, acabam por contribuir para a utilização de imigrantes ilegais em atividades criminosas, à medida a criminalização da imigração e a redução das oportunidades de regularização oferecidas aos migrantes torna-os mais facilmente cooptáveis por organizações criminosas no sistema carcerário, pois a discriminação social e institucional não deixa espaço algum aos imigrantes, excluindo-os da sociedade de acolhimento.

La repressione selettiva, che tende a colpire gli stranieri devianti più degli autoctoni, alimenta l'impiego dei clandestini nelle attività criminali. Le politiche migratorie restrittive e le politiche penali ispirate alla "tolleranza zero" reprimono duramente la manovalanza immigrata impiegata nei mercati illegali, ma lasciano spesso prosperare questi mercati. Come per i lavori legali svolti dagli immigrati, così anche per i lavori illegali, il *turn over* è elevato: la criminalizzazione dell'immigrazione e la riduzione delle occasioni di regolarizzazione offerte ai migranti assicurano la flessibilità necessaria al settore delle attività illegali e, paradossalmente, finiscono per agevolare le organizzazioni criminali che impiegano i migranti, favorendo, tramite la

³⁴⁸ Les détenus étrangers en Europe: quelques considérations critiques sur les données disponibles de 1989 à 2006. *Déviance et Société*. Louvain-la-Neuve, v. 33, n. 4, out./dez. 2009, p. 494-495.

carcerario- ne, la sostituzione continua di una manodopera che sarebbe pericoloso tenere troppo a lungo impegnata in attività criminali. La criminalizzazione dei migranti favorisce così l'emergere di una duplice "barriera di violenza" (S Palidda, 1999, 47) fra cittadini e stranieri: una prima "frontiera violenta" (*ivi*, 48) viene eretta fra i paesi di emigrazione e quelli di immigrazione dalle pratiche di controllo e di repressione dell'immigrazione. La discriminazione sociale e istituzionale che colpisce i migranti che vivono in Europa contribuisce, poi, alla formazione di una "frontiera interna" fra cittadini e immigrati. Questa "frontiera" relega i migranti negli spazi e di esclusione propri della società di arrivo³⁴⁹

ANTONIO SCARANCA FERNANDES também observa o quão difícil é que os países estabeleçam políticas de enfrentamento à criminalidade organizada, sem que os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais sejam violados.³⁵⁰

³⁴⁹ *Studi sulla questione criminale*. Roma, v. 2, n. 1, p.109-117, 2007, p. 116-117).

³⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scaranca. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

CONCLUSÕES

Há um complexo normativo interno e internacional que declara proteção aos estrangeiros contra possíveis arbitrariedades, tanto no que diz respeito ao aprisionamento quanto ao processo de expulsão, exigindo a observância da legalidade e da não discriminação pelos Estados, sob pena de serem violados direitos inatos à própria condição humana.

Destacam-se, no sistema global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que consideram obrigatório o respeito à vida, integridade física, liberdade e igualdade, sendo que a expulsão se sujeita às regras legalmente estabelecidas. Há direitos prisionais previstos em vários documentos internacionais, de forma esparsa. Em âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul também reconhecem direitos fundamentais aos presos estrangeiros e em processo de expulsão.

Apesar da universalização dos direitos humanos verificada a partir do fim da segunda guerra mundial, o simples reconhecimento de direitos pelo Estado, ainda que meramente retórico, pode reduzir a pressão internacional.

Conquanto haja a previsão de mecanismos para o controle de eventuais descumprimentos dos tratados internacionais, as violações nem sempre acarretam consequências negativas para os Estados. Mesmo entre os Estados membros de organizações internacionais de direitos humanos, há uma tendência global de, internamente, serem negados certos direitos e garantias fundamentais, a pretexto de estar zelando pela segurança nacional. Esta circunstância observada por GIORGIO AGAMBEM foi por ele descrita como um permanente “estado de exceção”.

Além disso, a partir da década de 70, é possível notar um movimento que busca reforçar as fronteiras mediante a utilização do direito penal, que ficou conhecido como “crimigração”. Houve uma convergência das políticas migratórias e criminais, com a

finalidade de travar uma verdadeira guerra contra situações que antes eram reguladas pelo direito administrativo.

A prática, comum em outros países, é perceptível no combate ao tráfico internacional de drogas no Brasil, que ignora as condições precárias sofridas pela maioria dos estrangeiros usados como “mulas”, os quais enfrentam sérios problemas sociais e econômicos em seus países de origem. O fato de se tratarem de pessoas socialmente excluídas acena para um possível conflito de classes, em que prevalece a proteção aos interesses dominantes.

Semelhante fenômeno ocorre em relação aos direitos fundamentais enunciados na Constituição, que muitas vezes carecem de efetividade. Embora o texto constitucional de 1988 esteja impregnado de direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio estatal, notadamente no que diz respeito à excepcionalidade da prisão e à não discriminação, isso não se reflete nas estatísticas oficiais.

As normas constitucionais parecem ter efeito apenas “simbólico”, na terminologia de MARCELO NEVES, pois o Judiciário nega com frequência o acesso dos estrangeiros aos direitos prisionais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem ratificado as políticas implícitas de exclusão dos estrangeiros do sistema de proteção dos direitos humanos, à medida que é aplicado regime mais gravoso de privação de liberdade a eles do que o legalmente previsto para os nacionais. Os aspectos políticos das decisões judiciais têm merecido acalorados debates acadêmicos.

Apesar de haver decisões que ainda se recusam a estender os direitos prisionais aos estrangeiros em processo de expulsão, é certo que a corrente que prestigia a igualdade perante a lei penal, independentemente da procedência nacional dos indivíduos, vem ganhando força nos últimos anos.

Entretanto, a situação dos estrangeiros que têm a possibilidade de esperar pelo cumprimento da expulsão fora do cárcere ainda é grave, uma vez que eles não encontram a mínima proteção no país, e tampouco podem deixar o território nacional espontaneamente.

A prisão dos estrangeiros em processo de expulsão não tem a finalidade de resgatar o indivíduo ao convívio social, haja vista que, ao final da pena aplicada, o estrangeiro será remetido a outro país. Já a cooperação jurídica internacional pode favorecer a ressocialização, uma vez que a transferência de presos os aproxima do meio social de que efetivamente farão parte.

Além disso, a simplificação do processo de expulsão, em caso de aceitação por parte do preso estrangeiro, poderia reduzir o tempo de permanência no Brasil e, conseqüentemente, o tempo de exposição às condições desfavoráveis analisadas no presente trabalho.

Há que se ter cuidado, todavia, para que a tentativa de agilização dos procedimentos de expulsão ou de transferência de presos, não venha a ferir direitos fundamentais dos estrangeiros e tampouco violar os princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal.

A prisão para fins de expulsão e a prisão penal são independentes. Porém, verifica-se da realidade brasileira que as duas esferas possuem uma forte interseção, uma vez que a principal (senão a única) motivação para a expulsão tem sido a condenação criminal.

Considerando que a finalidade da prisão para fins de expulsão é acautelar a efetivação da retirada compulsória do estrangeiro, contra o risco de eventual fuga, é possível concluir que as medidas cautelares do Código de Processo Penal podem ser aproveitadas para esse fim. Com efeito, a privação de liberdade do indivíduo é medida extrema que só se justifica como última alternativa. A escolha das medidas cautelares deve ser adequada às necessidades de cada caso.

Da comparação entre o levantamento empírico realizado por ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA para o ano de 2004, com o relatório estatístico divulgado pelo Ministério da Justiça referente aos dados penitenciários de 2014, vê-se que, no intervalo de uma década, as políticas adotadas em relação aos presos estrangeiros parecem ter se mantido estáveis.

Referida política criminal tem resultado no encarceramento de pessoas que se encontram, muitas vezes, em condição de vulnerabilidade social, conforme se extrai das

estatísticas. Assim, os estrangeiros que são recolhidos à prisão são aqueles que foram utilizados como “mulas” para o tráfico de drogas, enquanto os grandes traficantes internacionais não são alcançados pelas autoridades e instituições penais.

O controle mais rigoroso em relação aos estrangeiros que são presos em território brasileiro parece adequar-se, portanto, perfeitamente ao conceito de “delinquente” proposto por MICHEL FOUCAULT.

Com efeito, a nacionalidade comum dos presos estrangeiros indica uma possível vigilância sobre pessoas originárias de países considerados suspeitos de serem produtores de drogas, bem como os locais das prisões revelam a preocupação das autoridades brasileiras com as rotas conhecidas do tráfico internacional.

Apesar de as pessoas utilizadas para o transporte de drogas não terem, em regra, uma hierarquia elevada dentro da organização criminosa do tráfico, acabam sendo submetidas a uma forte restrição de liberdade, ou seja, elas são punidas com maior rigor pelo Poder Judiciário.

A disciplina legal vigente no Brasil, composta, basicamente, pela Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e pelo Decreto nº 86.715/1981, foi elaborada durante a ditadura militar, sob um forte paradigma de “segurança nacional”, que excluía todos os que se opusessem à ordem estabelecida.

Em que pese a edição de normas com o objetivo de regularizar a permanência dos estrangeiros que cumprem a pena em liberdade, a precariedade das ações institucionais destinadas ao acolhimento dos estrangeiros egressos do sistema prisional os deixa sob risco social enquanto aguardam o cumprimento da medida expulsória, que pode demorar a ocorrer.

Parece haver um claro descompasso entre o que prevê a lei e o que efetivamente ocorre, no que diz respeito aos estrangeiros apenados. Ora os estrangeiros encontram a resistência do Poder Judiciário ou, quando isso não acontece, ora podem sofrer a privação de necessidades básicas, em razão do abandono pelo Estado até a conclusão do processo de expulsão.

Conquanto seja comum a afirmação de que há incompatibilidade entre os direitos prisionais e a expulsão, o gozo dos direitos prisionais pelos presos estrangeiros é prejudicado pela disponibilização insuficiente de serviços necessários pelo Estado (abrigo, expedição de documentos, etc.).

Essa constatação corrobora o discurso de GIORGIO AGAMBEN, segundo o qual os direitos humanos são negados, como se os Estados estivessem em um constante estado de exceção. Não se trata de uma realidade exclusiva do Brasil.

Assim, o problema parece não estar na disciplina normativa, mas no seu descumprimento proposital. Da leitura interdisciplinar das normas que regem a matéria é possível perceber que a reforma legislativa não resolverá o problema, pois as raízes são mais profundas, de ordem social.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Tempo Social* (USP. Impresso), v. 19, n. 2, p. 131-155, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a05v19n2>. Acesso em 05 nov. 2016.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. Los extranjeros son un grupo de riesgo: investigación en las prisiones portuguesas. In: AGRA, Cândido da et al. *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003 (Políticas de seguridad), p. 279-301.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. 2. ed. Lisboa: Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- ARANTES, José Tadeu. *O panorama da imigração no Brasil*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/o-panorama-da-imigracao-no-brasil>. Acesso em 03 jun. 2016.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Defensoria Pública atende presos estrangeiros*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=13045>. Acesso em 25 fev. 2016.
- BARROS, Ana Maria Pacheco Monteiro Ludovico Pinto de. O instituto jurídico-penal de expulsão do estrangeiro: análise comparada dos ordenamentos penais espanhol e português. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 3, n.1, 2011, p. 87-110. Disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/indez.php/systemas/article/view/51>. Acesso em 26/04/2015.
- BARROS, Luís Fernando Bravo de. A prisão no processo extradicional passivo brasileiro: uma abordagem garantista. *Revista Liberdades*. ed. especial, dez. 2011, p. 92-117.

Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/10/artigo4.pdf>. Acesso em 24 out. 2016.

BENVENUTI, Patrícia. *Buscar soluções e dar agilidade ao processo de expulsão...* Disponível em: <<http://brasildefato.com.br/node/8989>>. Acesso em 25 fev. 2016.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O poder simbólico* (tradução de Fernando Tomaz). Lisboa: Difusão; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 209-254.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 24 out. 2016.

_____. Decreto-lei nº 4.865/1942. *Proíbe a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no país em caráter temporário*. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4865&tipo_norma=DEL&data=19421023&link=s>. Acesso em 24 out. 2016.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto 1980. *Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. *Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 24 out. 2016.

_____. Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016. *Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça*, remaneja cargos em comissão, aloca funções de confiança e dispõe sobre cargos em comissão e Funções Comissionadas Técnicas mantidos temporariamente na Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm#anexoi>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Decreto nº 8.718, de 25 de abril de 2016. *Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Japão sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, firmado em Tóquio, em 24 de janeiro de 2014.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Decreto/D8718.htm>. Acesso em 12 nov. 2016.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Decreto n. 98.961, de 15 de janeiro de 1990. *Dispõe sobre a expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecente e drogas afins.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D98961.htm>. Acesso em 21 nov. 2016.

_____. Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981. *Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.* Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Portaria/MJ nº 572, de 11 de maio de 2016. *Estabelece procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de Transferência de Pessoas Condenadas*, conforme artigo 10, inciso V, do Anexo I, do Decreto nº 8668, de 11 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-no-572-de-11-de-maio-de-2016>>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Portaria SNJ/MJ nº 6 de 30 de janeiro de 2015. *Regulamenta a aplicação da Resolução Normativa nº 110/2014, do Conselho Nacional de Imigração*, que autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no Território Nacional. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280716>>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Resolução Normativa CNIg nº 110 de 10 de abril de 2014. *Autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional*. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>>. Acesso em 09 out. 2016.

_____. Projeto de Lei n. 2.516, de 2015 (Câmara dos Deputados). Institui a Lei de Migração. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em 20 abr. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 7.137, de 2010. *Estabelece que o processo de expulsão de estrangeiro que estiver cumprindo pena no Brasil será antecipado quando o condenado passa a usufruir benefícios prisionais*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473495>>. Acesso em 15 nov. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 309825*. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 05 mar. 2015. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 311034*. 1ª Seção. Relator Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 25 fev. 2015. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 305276*. 6ª Turma. Relator Desembargador Convocado Ericson Maranhão. Brasília, DF, 09 dez. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 294393*. 6ª Turma. Relator Desembargador Convocado Ericson Maranhão. Brasília, DF, 04 dez. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 284335*. 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fisher. Brasília, DF, 23 out. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em habeas corpus n° 285969*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 18 jun. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 291086*. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 03 jun. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 265720*. 6ª Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 03 jun. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em habeas corpus n° 287152*. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 06 mai. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 283748*. 6ª Turma. Relatora Ministra Marilza Maynard. Brasília, DF, 20 mar. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 285608*. 1ª Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 12 mar. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 274249*. 6ª Turma. Relatora Ministra Marilza Maynard. Brasília, DF, 04 fev. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 233688*. 5ª Turma. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 04 fev. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 213729*. 5ª Turma. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 04 fev. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 271380*, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 275241*. 6ª Turma. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 26 nov. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 277912*. 5ª Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 07 nov. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 262597*. 6ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 22. out. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 247481*. 5ª Turma. Relator. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 17 out. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em habeas corpus n° 277139*. 6ª Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 08 out. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 272807*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 set. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação n° 12071*. 3ª Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 11 set. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 249883*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 05 set. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 272176*. 5ª Turma. Relator Desembargador Convocado Campos Marques. Brasília, DF, 20 ago. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 248441*. 6ª Turma. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 06 ago. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 257167*. 5ª Turma. Relator Desembargador Convocado Campos Marques. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 224581*. 5ª Turma. Relatora. Desembargadora Convocada Marilza Maynard. Brasília, DF, 20 jun. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 248292*. 5ª Turma. Relator Desembargador Convocado Campos Marques. Brasília, DF, 18 jun. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 163871*. 6ª Turma. Relatora Desembargadora Convocada Alderita Ramos de Oliveira. Brasília, DF, 16 mai. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 264957*. 5ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 16. mai. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 235222*. 5ª Turma. Relatora Desembargadora Convocada Marilza Maynard. Brasília, DF, 02 mai. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 262291*. 5ª Turma. Relatora Desembargadora Convocada Marilza Maynard. Brasília, DF, 23 abr. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 266037*. 5ª Turma. Relatora Desembargadora Convocada Marilza Maynard. Brasília, DF, 18 abr. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 228730*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 21 mar. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso de habeas corpus n° 260768*. 6ª Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 19. mar. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 252745*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 05 mar. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em habeas corpus n° 229244*. 6ª Turma. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Brasília, DF, 06 nov. 2012. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 219017*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 15 mar. 2012. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 186906*. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 fev. 2012. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 204689*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 18 out. 2011. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 180995*. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 159070*. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 07 out. 2010. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 107924*. 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 143413*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 03 dez. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 129993*. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 18 jun. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 121677*. 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 16 jun. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 123329*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 03 mar. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 114901*. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 fev. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 90662*. 5ª Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 103373*. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 26 ago. 2008. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 92736*. 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 19 jun. 2008. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 32756*. 1ª Seção. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 23 abr. 2004. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de habeas corpus n° 12612*. 6ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 17 out. 2002. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 18747*. 6ª Turma. Relator Ministro Vicente Leal. Brasília, DF, 07 fev. 2002. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de habeas corpus n° 7732*. 6ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 22 set. 1998. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de habeas corpus n° 6121*. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 10 mar. 1997. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 3596*. 5ª Turma. Relator Ministro Assis Toledo. Brasília, DF, 04 out. 1995. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 1875*. 6ª Turma. Relator Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Brasília, DF, 26 out. 1993. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de habeas corpus n° 1276*. 5ª Turma. Relator Ministro Edson Vidigal. Brasília, DF, 28 ago. 1991. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso de habeas corpus n° 423*. 5ª Turma. Relator Ministro José Dantas. Brasília, DF, 07 mai. 1990. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem em extradição n° 947*. Plenário. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 mai. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 119717*, 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 abr. 2014. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 947*, 2ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 nov. 2013. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n° 97147*. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

_____. SupremoTribunal Federal. *Habeas corpus nº 68135*. 2ª Turma. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 20 ago. 1991. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em 26 fev. 2016.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Câmara aprova proposta de nova lei sobre migração*. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/520860-CAMARA-APROVA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-SOBRE-MIGRACAO.html>. Acesso em 08 dez. 2016.

CARIO, Robert. La réaction sociale aux infractions commises en France par les étrangers. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastian, 7 ext, p.107-117, dez. 1994.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Seminário sobre Presos Estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/seminario-sobre-presos-estrangeiros>>. Acesso em 25 fev. 2016.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Ana Cláudia Lago. FREITAS FILHO, Roberto Freitas. *Direitos humanos e mulas do tráfico internacional de drogas: proposta de cooperação jurídica internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *DPU debaterá situação de presos estrangeiros no próximo dia 9*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/legislacao/leis?id=7604:dpu-debatera-situacao-de-presos-estrangeiros-no-proximo-dia-9&catid=79:noticias>> Acesso em 25 fev. 2016.

_____. *GT-Presos Estrangeiros garante liberdade de assistidas em São Paulo*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-sao-paulo/155-noticias-sp-slideshow/28259-gt->

presos-estrangeiros-garante-liberdade-de-assistidas-em-sao-paulo> Acesso em 25 fev. 2016.

_____. *Recife realiza debate sobre presos estrangeiros no Brasil*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/noticias-pernambuco/18743-recife-realiza-debate-sobre-presos-estrangeiros-no-brasil>> Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Perfil do traficante internacional no aeroporto de Guarulhos é mapeado. Disponível em <http://www.dpu.def.br/?option=com_content&view=category&id=148>. Acesso em 04 nov. 2016.

DELGRANDE, Natalia; AEBI, Marcelo F. Les détenus étrangers en Europe: quelques considérations critiques sur les données disponibles de 1989 à 2006. *Déviance et Société*, Louvain-la-Neuve, v. 33, n. 4, p.475-499, out./dez. 2009.

ESCRIBANO, Patricia A. Martín. *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: análisis jurídico penal y criminológico*. Universitat de Girona (tese de doutorado), 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/361400>>. Acesso em 03 jun. 2016.

FARIA, José Eduardo. Ideologia e função do modelo liberal de direito e estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 14, p. 82-92, Jun. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 nov. 2016.

FRANÇA. *Examen des articles du project de loi*. Disponível em: <<https://www.senat.fr/rap/103-001/103-00125.html>>. Acesso em 26 jul. 2016.

_____. *Loi n° 2016-274 de 7 mars 2016 relative au droit des étrangers em France*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14>>. Acesso em 27 jul. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. (Tradução de Raquel Ramallete). 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Direito constitucional penal do Mercosul: direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINATTO, Luã; SERRA, Paolla; SOARES, Rafael. *Maioria dos 3.099 presos estrangeiros no Brasil veio da África e da América do Sul*. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/maioria-dos-3099-presos-estrangeiros-no-brasil-veio-da-africa-da-america-do-sul-14631892.html>>. Acesso em 25 fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. *Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016.

_____. *Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/conferencia-nacional-sobre-migracoes-e-refugio>>. Acesso em 20 nov. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Tratados de transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/normas-e-legislacao/tratados/tratados-de-transferencia-de-pessoas-condenadas?set_language=pt-br>. Acesso em 19 abr. 2016.

_____. *MPF entra com ação contra a União por ineficiência na expulsão de estrangeiros presos em São Paulo*. Disponível em <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/11-09-14-2013-mpf-entra-com-acao-contra-a-uniao-por-ineficiencia-na-expulsao-de-estrangeiros-presos-em-sao-paulo>. Acesso em 26 ago. 2015.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 79, p. 15-38, 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n79/a03n79.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2016.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*, 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014 [Minha Biblioteca]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5635-6/>>. Acesso em 16 dez. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Orientações básicas aos presos e egressos estrangeiros*. Disponível em:

<<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/estrangeiros-presos-egressos/cartilhas/CartilhaDireitosCidadaosEstrangeirosPresosEgressos2015.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016.

ORDEM DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Assembleia Geral). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 09 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em 20 out. 2016.

PARDI, Luis Vanderlei. *O Regime Jurídico da Expulsão de estrangeiro no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos*. São Paulo: Almedina, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTAL BRASIL. *Ministério da Justiça dará assistência a estrangeiros presos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/08/ministerio-da-justica-dara-assistencia-a-estrangeiros-presos-no-brasil>> Acesso em 25 fev. 2016.

_____. *Ministério da Justiça regulamenta legislação sobre presos estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/02/ministerio-da-justica-regulamenta-resolucao-sobre-presos-estrangeiros>> Acesso em 25/02/2016.

_____. *Divulgado balanço sobre expulsão de estrangeiros do País em 2014*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/divulgado-balanco-sobre-expulsao-de-estrangeiros-do-pais-em-2014>> Acesso em 25 fev. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721-746.

RE, Lucia. Gli stranieri e la criminalità; riflessioni in margine a una ricerca di Luigi Maria Solivetti. *Studi sulla questione criminale*, Roma, v. 2, n. 1, p.109-117, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Hércio. Direito subjetivo, direitos fundamentais e a nova ordem internacional: o problema da efetivação dos Direitos Humanos na América Latina. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*. São Paulo, v. 7, p. 44-52, 2005.

SCALÌA, Valeria. L' espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali. *L'indice penale*. Padova, v. 13, n. 2, p.749-887, jul./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico-jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em 21 nov. 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

TIBURCIO, Carmen. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição Brasileira de 1988.

In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 747-770

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Levantamento traça perfil de traficante internacional do aeroporto de Guarulhos. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/343637>>. Acesso em 04 nov. 2016.