

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional

Aderruan Rodrigues Tavares

**NATUREZA JURÍDICA HUMANITÁRIA DOS ACORDOS DE
TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS**

Brasília – DF, dezembro de 2012

ADERRUAN RODRIGUES TAVARES

**NATUREZA JURÍDICA HUMANITÁRIA DOS ACORDOS DE
TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Doutor Marcio Pereira Pinto Garcia

Brasília – DF, dezembro de 2012

ADERRUAN RODRIGUES TAVARES

**NATUREZA JURÍDICA HUMANITÁRIA DOS ACORDOS DE
TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marcio Pereira Pinto Garcia

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília – DF, dezembro de 2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, dona Girlene, que sempre esteve ao meu lado, e de mim nunca sairá.

Aos meus irmãos, em especial, ao Alerrandro, portador de Síndrome de Down, que tem a vida mais feliz de todos nós.

Aos meus parentes e amigos, que de tantos, se eu fosse nomear, iria, certamente, cometer o erro tão somente do esquecimento momentâneo, mas um erro imperdoável.

Aos colegas da Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, pelos momentos únicos de reflexão e diversão. Ao meu orientador Márcio Garcia Pinto Pereira, que topou fazer esse trabalho.

Por fim, aos colegas de trabalho da Comissão Permanente de Licitação/CNJ, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF/CNJ e do Gabinete do Conselheiro Jefferson Kravchychyn/CNJ, com os quais dividi momentos que me fizeram crescer profissional e pessoalmente.

Sê

Se não puderes ser um pinheiro, no topo de uma colina,

Sê um arbusto no vale mas sê

O melhor arbusto à margem do regato.

Sê um ramo, se não puderes ser uma árvore.

Se não puderes ser um ramo, sê um pouco de relva

E dá alegria a algum caminho.

Se não puderes ser uma estrada,

Sê apenas uma senda,

Se não puderes ser o Sol, sê uma estrela.

Não é pelo tamanho que terás êxito ou fracasso...

Mas sê o melhor no que quer que sejas.

Pablo Neruda

O correr da vida embrulha tudo.

A vida é assim: esquentada e esfria,

aperta e daí afrouxa,

sossega e depois desinquieta.

O que ela quer da gente é coragem.

Grande Sertão: Veredas

João Guimarães Rosa

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a pesquisa sobre a natureza jurídica dos acordos de transferência de presos estrangeiros e a situação desses presos no sistema carcerário brasileiro. Os direitos humanos são tema da pauta hodierna e deve guiar as ações dos Estados no trato com os seus presos, independentemente da nacionalidade, garantindo o mínimo existencial a essa parcela da população. Nesse sentido, a possibilidade de ressocialização dos apenados decorre da expansão protetiva e da afirmação dos direitos humanos. A ressocialização dos presos estrangeiros pode ser dificultosa, considerando diversos fatores como diferença linguística, cultural e moral, etc. Assim, a transferência de presos estrangeiros é uma possibilidade para que o apenado tanto cumpra a pena, em decorrência do ilícito cometido, como tenha a possibilidade de se ressocializar perante o seu Estado de origem. Ademais, neste trabalho, verificar-se-á a legislação aplicável a essa parcela dos presídios, bem como a análise da jurisprudência sobre a concessão de benefícios a esses presos durante a execução penal. Por fim, com o intuito de adensamento jurídico do instituto em análise, faz-se necessário o cotejo entre outros institutos que possam alavancá-lo ou refreá-lo, como é o caso da homologação de sentença estrangeira e a expulsão.

Palavras-chaves: Tratados, transferência de presos estrangeiros, direitos humanos, constituição, sistema carcerário, cooperação jurídica internacional, homologação de sentença estrangeira, expulsão.

RIASSUNTO

Lo scopo di questa studio è la ricerca della natura giuridica degli accordi di trasferimento dei detenuti stranieri e la situazione di loro nel sistema carcerario brasiliano. La questione dei diritti umani è all'ordine del giorno oggi e dovrebbero guidare le azioni degli Stati nei rapporti con i loro prigionieri, senza distinzione di nazionalità, assicurando il minimo esistenziale a questa parte della popolazione. In questo senso, la possibilità di reinserimento sociale dei detenuti nasce della espansione di protezione e di affermazione dei diritti umani. Il reinserimento sociale dei detenuti stranieri può essere difficile, quando se prendi molti fattori come lingua e culturale diverse, per esempio. Quindi, il trasferimento dei detenuti stranieri permette la esecuzione della pena, e la possibilità di reinserimento sociale prima del suo Stato di origine. Inoltre, in questa ricerca, sarà verificata la legge applicabile a tale parte delle carceri, così come l'analisi della giurisprudenza in materia di concessione di benefici per le arrestati stranieri nel corso della applicazione della legge penale. Infine, con la intenzione di densificare l'istituto giuridico in esame, è necessario il confronto tra altri istituti che possono notevolmente in rafforzalo o tenerlo contenedo, come nel caso di ratificazione di sentenza straniera e dell'espulsione.

Parole-chiave: Trattadi, trasferimento dei detenuti stranieri, diritti umani, costituzione, sistema carcerario, cooperazione giurica internazionale, omologazione delle sentenze straniere, espulsione.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – SISTEMA HUMANITÁRIO DE PROTEÇÃO A PRESOS ESTRANGEIROS	16
1.1 - Breves considerações sobre os Direitos Humanos na atualidade.	16
1.1.1 - Conceito de direitos humanos.....	16
1.1.2 - Reconstrução histórica dos direitos humanos	17
1.1.3 - Direito constitucional internacional: a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais	22
1.2 – Sistema de proteção normativo (nacional e internacional) aplicável aos presos estrangeiros	30
1.2.1 – Normas internacionais aplicáveis aos presos	32
1.2.2 – Normas constitucionais aplicáveis aos presos	34
1.2.3 – Normas infraconstitucionais aplicáveis aos presos.....	36
1.3. – Condições do cárcere brasileiro e a situação fática dos presos estrangeiros.	37
1.3.1. Superlotação dos presídios.....	38
1.3.2. Questão dos presos provisórios	42
1.3.3. Condições gerais dos estabelecimentos penais.....	44
1.3.4 – Análise das condições dos cárceres brasileiros para os presos estrangeiros. .	46
1.3.5 - Concessão de benefícios da execução penal	56
1.4 – Ressocializar presos estrangeiros?	59
1.4.1 – Ressocialização: uma questão humana	59
1.4.2. Ressocialização de presos estrangeiros.	64
CAPÍTULO 2 – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO AOS PRESOS ESTRANGEIROS.....	67

2.1 – Introdução	67
2.2 – Cooperação jurídica internacional e Direitos Humanos.....	68
2.3. Cooperação jurídica internacional: conceito e características.....	71
2.4. Espécies de cooperação jurídica internacional	73
2.4.1 – Carta rogatória	74
2.4.2 – Homologação de sentença estrangeira	77
2.4.3. Pedido de auxílio direto	79
2.5 – Cooperação jurídica internacional em matéria penal.....	81
CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS	85
3.1 – Conceito	85
3.2. Natureza jurídica	85
3.3 - Transferência de pessoas condenadas no direito comparado.....	89
3.4 - Acordos de transferência de presos estrangeiros	90
3.5 - Classificação da transferência de presos estrangeiros	93
3.6. Objeto da transferência de presos estrangeiros.	96
3.7. Condições para a transferência.....	97
3.8 - Direitos dos presos transferidos.....	102
3.9 - Processo administrativo de transferência.....	103
3.10 - Transferência e expulsão	103
3.11 - Transferência e o cumprimento da sentença penal estrangeira.....	108
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto o estudo acerca da natureza jurídica dos acordos de transferência internacional de presos estrangeiros e a medida que eles contribuem para a ressocialização deles. Sabe-se que a natureza jurídica de um instituto é importante para se aferir as suas possibilidades e possíveis vicissitudes. Com isso, permite-se um estudo abalizado, centrado, sem ilações desnecessárias, que não fazem parte do instituto. Destarte, irá se defender a natureza jurídica humanitária desses acordos, o que implicaria numa incidência normativa diversa de outros tratados.

A escolha desse objeto se deu, em parte, em virtude de nossa atuação profissional como Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, órgão do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), conforme a Lei nº 12.106/2009. Contudo, o maior mote para a realização do presente estudo se cinge na tentativa de desenvolvimento acadêmico do tema. A doutrina nacional é reticente quando se fala de presos estrangeiros, mais ainda quando se trata de ressocialização e acordos de transferência. Sobre este assunto, o trabalho acadêmico que entendemos mais completo é o do Prof. ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, cujo título é “Presos Estrangeiros no Brasil: Aspectos Jurídicos e Criminológicos”, que temos como referência, máxime por sua qualidade. Assim, o presente trabalho vem reforçar academicamente os estudos lançados pelo autor acima citado, estudando os principais aspectos jurídicos que circunscrevem os presos estrangeiros, mas com o foco nos acordos de transferência. A contribuição para o desenvolvimento dessa tema é a principal função desse trabalho, tendo em vista a peculiar situação dos presos estrangeiros e o desconhecimento dela por parte de diversos profissionais do Direito.

Partindo do tema proposto, o trabalho foi desenvolvido em três partes conectadas entre si pela importância que reputamos existir nos acordos de transferência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, tem-se o tema do “sistema humanitário de proteção a presos estrangeiros”. Busca-se, além de situar o leitor, mostrar a necessidade de proteção especial que tem ser despendida aos presos estrangeiros. A proposta de trabalho é que se parta de um assunto mais amplo para o menos amplo, sem fugir do problema proposto. Assim, a primeira inicial do capítulo, ainda que possa parecer um pouco maçante, é necessária para limitar o tema.

Com isso, para esse primeiro capítulo, reputamos necessário o conhecimento de que, após a Segunda Grande Guerra Mundial, o mundo, tomado de reticências sobre o seu futuro, tratou de tomar medidas que não o levassem a um caminho aparentemente lógico, que seria a Terceira Grande Guerra Mundial. Em meio a um planeta dividido por duas correntes econômicas díspares, surge o que chamamos de direitos humanos.

Em 1948, na Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração dos Direitos dos Homens aparece como marco de uma nova era, na defesa de todos os indivíduos, indistintamente. É partir daí que o movimento de defesa dos direitos humanos ganha força, culminando, num primeiro momento, nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Em seguida, diversos outros instrumentos internacionais foram elaborados no sentido de reafirmar a Declaração e os Pactos. Por exemplo, no continente americano, tivemos a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa, em 1969.

Em decorrência desse período de afirmação dos direitos humanos, surgem questionamentos como: o que são os direitos humanos? Qual o seu fundamento e finalidade? Qual a relação deles com o ordenamento jurídico dos diversos países? Há diversos autores (aqui no Brasil, AUGUSTO ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE e FLÁVIA PIOVESAN, por exemplo) tentam e, sobremaneira, logram êxito na resposta dessas inquietações.

A relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais também contribuirá para o problema posto. A aplicação dos direitos humanos, no plano interno, é tema recorrente em nossas cortes. O Supremo Tribunal Federal tem se debruçado sobre o ele ainda timidamente nos últimos, mas de forma bem mais proativa do que em períodos anteriores. No atual entendimento da nossa Suprema Corte, os tratados de direitos humanos incorporados sem a observância do iter previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, terão status de supralegalidade, isto é, estará abaixo topograficamente da Constituição, mas acima da legislação complementar e ordinária. Caso siga o disposto no referenciado normativo constitucional, os tratados e convenções sobre direitos humanos serão equivalentes a emendas constitucionais, ou melhor, serão normas constitucionais materiais e formais.

Saber como os direitos humanos influenciam o direito interno é de extrema importância, porquanto a resolução de algumas situações se dará pela aplicação direta e integral daqueles; é o caso do sistema carcerário brasileiro.

Os presos, no atual sistema de cumprimento de pena, ainda que disponham de uma legislação internacional, constitucional, supralegal e ordinária considerada avançada, sofrem com o descaso do Estado, por sua via administrativa, refletindo o que a sociedade civil, em sua esmagadora maioria, pensa dessa “minoria”. O esquecimento de presos em celas superlotadas, desprovidas da mínima higiene, tem provocado a fúria de quem se encontra nessa situação. Não nos esqueçamos de que, não obstante tenha cometido crimes e devam responder pelo que fizeram, os encarcerados são pessoas aptas a terem assegurados os direitos fundamentais e humanos de igual modo aos de quem está do lado de fora de uma prisão, sendo possível, todavia, em decorrência da situação, a mitigação de alguns direitos, como a liberdade, que, todavia, será temporária e necessário para o cumprimento da pena previamente fixada.

Entender que os presos são indivíduos que requerem proteção estatal e que, mais cedo ou mais tarde, eles voltam para o convívio social é crucial para que as nossas prisões não continuem sendo fábricas de criminosos. Proceder assim, pois, é absorver uma consciência que o sistema

carcerário deve ser um espaço propício para a (res)socialização dos encarcerados, dando-lhes oportunidades para que possam escolher entre o certo e o errado. Hoje, a grande maioria só não tem escolha, o único caminho é o errado.

Nesse compasso, surgem os problemas relacionados com a situação dos presos estrangeiros. Muitos estão longe de sua pátria e de seus familiares, o que prejudica uma possível ressocialização e, em primeira face, o próprio cumprimento da pena em solo brasileiro. Agrava isso o desinteresse de muitos países em acompanhar o cumprimento de pena de seus nacionais.

Justamente por isso, a possibilidade de transferência internacional de pessoas condenadas tem o intuito de minorar o sofrimento e possibilitar uma reabilitação social. Assim, a transferência comporta um viés humanitário. Inobstante alguns entendam que esta possibilite uma impunidade, o fato é que o cumprimento da pena continuará a ser executada no país recebedor do apenado e prima pela ressocialização desses presos, no seio de sua sociedade.

No segundo capítulo, desenvolvemos temas relacionados à cooperação jurídica internacional para a defesa dos presos estrangeiros. Com isso, busca-se perquirir os meios que o Estado brasileiro poderá atuar na proteção dos direitos desses, por intermédio de relacionamentos com outros Estados soberanos, por meio de institutos próprios dessa seara do Direito. A cooperação jurídica pode ser uma importante aliada para a defesa dos direitos humanos, no caso, direitos humanos dos presos estrangeiros.

No terceiro e último capítulo, tem-se o tema central deste trabalho. Os dois capítulos antecedentes serviram, pois, de base para o desenvolvimento desta última parte. Entendemos que, para um trabalho monográfico, o terceiro capítulo sozinho não iria dar suporte à conclusão a que chegamos.

Desta forma, para que a transferência seja possível sempre será necessária a celebração de tratados bilaterais ou multilaterais, que nessa espécie, são conhecidos, dentre outra nomenclaturas, como Acordos de

Transferências de Pessoas Condenadas. Nesse ínterim, a fluidez, na cooperação jurídica internacional entre os Estados envolvidos, será de fundamental importância para o desenvolvimento do instituto, bem como para os fins a que se propõem esses acordos, que é a possibilidade do retorno do apenado ao seu Estado de origem, para que lá cumpra o restante de sua pena.

O Departamento de Estrangeiros, órgão subordinado à Secretaria Nacional de Justiça/Ministério da Justiça, é o responsável pelos procedimentos de transferência. É lá que tramitam todos os pedidos que serão decididos pelo Secretário Nacional de Justiça. O Brasil incorporou diversos acordos de transferência e outros estão em tramitação legislativa para incorporação. A discussão sobre eventual supralegalidade desses acordos é cabível quando se está presente eventualmente um caráter humanitário no instituto, caso constate uma finalidade ressocializadora.

Por ser um instituto relativamente novo, a transferência deve ser estudada com a parcimônia devida. Após a perquirição sobre a sua natureza jurídica, deve-se visualizar a força dos seus efeitos no ordenamento. Caso confirmado o caráter humanitário, a legislação penal, máxime o Código Penal, o Estatuto dos Estrangeiros e Lei de Execução Penal, não terá prevalência sobre os termos da transferência. Saber quais as condições para a transferência e os direitos dos transferidos encartados nos diversos acordos é importante, quando estamos diante de um instituto carecedor de legislação ordinária específica. Quiçá, essa falta seja necessária para a liberdade na estipulação dos termos dos acordos. Contudo, é inegável que essa insipiência poderá trazer insegurança jurídica, na medida em que a cada governo poderá firmar acordos incoerentes do ponto de vista humanitário com outros anteriores, além de esses acordos afrontarem diversos dispositivos internos.

A medida de transferência deve ser efetivada no interesse primário do apenado estrangeiro ou brasileiro, sendo assim um direito intransigível e de observância obrigatória. Nessa esteira, questiona-se a medida do governo brasileiro que, em regra, quando transfere o apenado, também o expulsa. É cediço que a expulsão é um ato unilateral do Presidente da República que gera efeitos no campo penal, posto que o expulso não

poderá retornar ao Brasil. O confronto dos efeitos desses dois institutos (transferência de presos *versus* expulsão de presos) poderá trazer diversas dificuldades, quando aplicados no caso prático, como se tentará demonstrar.

Por fim, outro assunto que reputamos de extrema importância é saber se há a necessidade de homologação da sentença penal estrangeira contra o brasileiro transferido para o Brasil. A possibilidade de uma sentença condenatória transitada em julgado em outra jurisdição ter efeitos imediatos no nosso país é um tema interessante do ponto de vista tanto da relação da cooperação jurídica internacional em matéria penal quanto dos novos contornos da soberania estatal. Contudo, não se deve esquecer que a transferência tem viés humanitário, o que permite uma releitura mais fluída da necessidade (ou não) da homologação da sentença penal condenatória estrangeira para os brasileiros transferidos.

CAPÍTULO 1 – SISTEMA HUMANITÁRIO DE PROTEÇÃO A PRESOS ESTRANGEIROS

1.1 - Breves considerações sobre os Direitos Humanos na atualidade.

1.1.1 - Conceito de direitos humanos.

A conceituação, no presente caso, tem por proposta não só a definição do termo “direitos humanos”, mas a partir dela, perquirir os limites e as possibilidades desses. Há, na doutrina internacionalista, diversas concepções com o fim de conceituar os direitos humanos.

Para ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2001, p. 27), direitos humanos é “um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”. Já para JACK DONNELLY (2003, p. 7), direitos humanos são os direitos que cada pessoa tem justamente pela sua condição humana. Na visão de CARLOS WEIS (2010, p. 21), os direitos humanos são aqueles cujo conteúdo se encontra nas declarações e tratados internacionais sobre o tema.

Nessa seara, ANTÔNIO PERES LUÑO (*apud* RAMOS: 2005, p. 17) levanta três possibilidades interessantes para a definição de direitos humanos:

- a) Tautologia: por essa via o termo “direitos humanos” não apresenta nova forma da já apresentada acima, sendo a definição pura e simples;
- b) Formal: aqui os direitos humanos indicam o seu regime jurídico especial, ou seja, essa definição permite aferir que todos os direitos humanos pertencem aos seres humanos, sem exceção, não se podendo privá-los deles;
- c) Finalística ou teleológica: nessa definição os direitos humanos são conceituados tendo em vista a sua finalidade, a que se destinam. Exemplificando, temos como finalidade dos direitos

humanos a possibilidade de desenvolvimento digno da pessoa humana.

Há um questionamento semântico na doutrina, se haveria redundância no termo *direitos humanos*. Para CARLOS WEIS (2010, p. 25), o termo *direitos humanos* não se limita a determinar a titularidade desses direitos, mas sim de denotar a importância deles para a uma vida digna, perfazendo em direitos essenciais, sem os quais a condição humana não seria possível. Por seu turno, FÁBIO KONDER COMPARATO (2010, p.70), entende que há redundância no referido termo, uma vez que “trata-se de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos”. Nesse sentido, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2001, p. 27) adverte que o termo *direitos humanos* deve ser utilizado com extrema cautela em textos jurídicos, pois “representa um *bis in idem*, já que, em última análise, somente o homem pode ser titular de direitos”.

1.1.2 - A reconstrução histórica dos direitos humanos

Vivemos numa fase tida por contemporânea dos direitos humanos, cujo marco é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Sobre a Declaração de 1948, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (1991, p. 1) aduz que ela é “fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis global e regional”.

Após, confirmando esse período, tivemos a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993; todas essas normas internacionais são marcadas pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. Esse período, ademais, é fruto da internacionalização dos direitos humanos, surgido após a

segunda grande guerra mundial, legado, em última medida, do regime nazifacista que assolou o planeta (PIOVESAN: 2006, p. 8).

A contemporaneidade dos direitos humanos também pode ser verificada pela positivação internacional dos direitos humanos, gerando a obrigação de observância, cuja consequência é a responsabilização internacional daqueles que os violam (WEIS, 2010, p. 23). Contudo, impende sobrelevar que o processo de formação do que vem a ser direitos humanos percorre um caminho considerável na história humana, muito antes das guerras mundiais, tendo suas raízes em movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas e doutrinas jurídicas distintos (CANÇADO TRINDADE: 2003, p. 33).

Diante do quadro apresentado pela segunda grande guerra mundial, em que a vida humana foi reduzida a um nada jurídico, por meio do próprio ordenamento jurídico que embasava todas as atrocidades vivenciadas na época, a reconstrução dos direitos humanos surge como “paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” (PIOVESAN: 2006, p. 8). Devolver a humanidade aos seres humanos parece ter sido a ordem do dia, com o necessário resgate da “moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua” (PIOVESAN: 2006, p. 9).

Como citado acima, o marco contemporâneo dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Apesar de não ser considerada um tratado, estando, pois, no plano dos costumes internacionais, não se nega a sua força normativa, porquanto, no plano internacional, estes gozam da mesma força normativa que aquela. Assim, para ANTONIO CASSESE (1991, p. 58), este documento vincula moralmente todos os Estados a construir um conjunto de princípios jusnaturalistas.

Com o fito de reafirmar a carga valorativa da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em 1966, foram elaborados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro em 07/07/1992, pelo Decreto Federal nº 592/92. Para ANTONIO CASSESE (2005, fls. 59), essas normas foram responsáveis pela progressiva

aceitação por parte dos Estados da necessidade de proteção dos direitos humanos, com a conseqüente abstenção de sérias e repetitivas transgressões a eles. ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2012, p. 51) entende que estes três documentos são considerados a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Por sua vez, a Convenção de Direitos Humanos de Viena, de 1993, tem o sentido de reafirmar o consenso internacional sobre a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, após um período de incertezas, marcada pela profunda cisão do mundo em duas concepções bem definidas politicamente.

Nesse diapasão, para além da Declaração de 1948 e de 1993 e dos Pactos de 1966, as características marcantes dos direitos humanos são a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência. Universalidade na medida em que os direitos humanos são afetos a simplesmente todas as pessoas, “considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana”. Indivisibilidade e interdependência, pois, a violação de qualquer direito humano, ainda que considerado categoricamente, viola de igual forma os outros direitos humanos. A violação a um direito humano de ordem cível e político acarreta na necessária violação a um direito humano categoricamente tido por social, econômico e cultural (PIOVESAN: 2006, p. 12).

É a partir desse momento histórico (Declaração de 1948 e Pactos de 1966) que, segundo FLÁVIA PIOVESAN (2006, p. 13), começa a se desenvolver o processo de universalização dos direitos humanos, contando com diversos tratados internacionais, em que os Estados compartilham a consciência ética contemporânea com vistas à proteção do “mínimo ético irreduzível”. Daí surgem o sistema global e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (europeu, americano e africano), que são complementares entre si e com o sistema protetivo dos direitos fundamentais tutelados pelos Estados (PIOVESAN: 2006, p. 14).

Outrossim, para ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (2001, pp. 37-38) a internacionalização intensiva da proteção dos direitos humanos que se vivencia nesta época é decorrente de um “*diálogo entre os povos*, diálogo

revestido de legitimidade pelo seu conteúdo ético”, tornando-se “fator-chave para a convivência dos povos na comunidade internacional”. Destaca-se, também, a permeabilidade dos direitos humanos – característica surgida da sua universalidade –, uma vez que podem ser aplicados em diversos países com peculiaridades de tradições culturais e de orientações políticas e religiosas. Tanto isso é verdade que países que ostentam essas diferentes características ratificam ou aderem aos mesmos tratados de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE: 2003, p. 36).

Há a necessidade de preservação do mínimo, do que é essencial ao ser humano, não interferindo nas relações culturais do Estado, desde que essas não sejam atentatórias aos direitos humanos. Para ANTONIO CASSESE (1991, pp. 60-61), conquanto com o dever de observância dos direitos humanos, os Estados conservam a sua prerrogativa de se autogovernar, de eleger a sua religião e sua ordem econômica, por exemplo.

A internacionalização dos direitos humanos carrega uma necessária revisitação dos conceitos estáticos do Direito Internacional clássico, máxime daqueles atinentes à relação do direito interno com o direito internacional. Assim, a discussão entre a tese monista e dualista perde importância diante desse processo, posto que os dois “direitos” deverão utilizar de todo os seus aparatos para a melhor proteção da dignidade da pessoa humana, não se admitindo que um tenha primazia sobre outro. Preza-se, pois, pela dinamicidade na proteção dos direitos humanos, tomando as normas de direito internacional e as de direito constitucional de forma harmônica, e não mais de forma compartimentalizada (CANÇADO TRINDADE: 2003, pp. 40-41)

Diante disso, no direito internacional dos direitos humanos, o indivíduo passa a ser a unidade a ser protegida em face de qualquer que seja o transgressor, trazendo os Estados, ainda que não signatários de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, para o polo passivo dessa relação jurídica (WEIS: 2010, p. 26). Apesar disso, a criação de um sistema normativo de proteção dos direitos humanos não retira o caráter jusnaturalista desses, existentes independentes da vontade dos Estados (WEIS: 2010, p. 28)

Nesse processo, a proteção internacional dos direitos humanos não se limita à atuação exclusiva do Estado; além, alarga-se o manto protetivo desses direitos, legitimando outros atores internacionais. Assim, essa proteção passa a ser de interesse internacional. Contudo, só após o êxito da superação do domínio protetivo reservado aos Estados, refratário às normas internacionais, é que se pode confirmar a evolução, em termos legislativo-positivos, da proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE: 1991, pp. 3-6).

A reconstrução dos direitos humanos, no âmbito internacional, consoante FLÁVIA PIOVESAN (2006, p. 11), não pode vir dissociada de um Direito Constitucional “aberto a princípios e valores, com ênfase no valor da dignidade humana”, na proteção aos direitos fundamentais e na limitação do poder estatal. Fruto desse processo de necessária imbricação dos sistemas protetivos da pessoa humana está a conseqüente desdogmatização do conceito de soberania absoluta do Estado, em que passa a ser relativizada, e a categorização do indivíduo como sujeito de direitos na esfera internacional (PIOVESAN: 2006, p. 12). Para JUAN CARLOS HITTERS e OSCAR L. FAPPIANO (2007, p. 407), o efeito da superação do clássico conceito de soberania tem modificado o conceito da intervenção internacional nos assuntos domésticos, até porque as entidades internacionais não consideram isso uma intromissão, uma vez que o reconhecimento dos direitos humanos é uma obrigação internacional que os Estados devem assumir.

Acontece assim o processo chamado por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (1991, p. 6) de “desnacionalização”, em que o direito internacional passa a proteger diretamente o indivíduo, sem a necessidade da intermediação dos Estados. Isso é de extrema importância, uma vez que os direitos humanos para terem eficácia perante os indivíduos não necessitam de formal incorporação ao âmbito dos Estados. É daí que surge a tese da capacidade processual dos indivíduos, que poderá ser exercida, por exemplo, por meio de interposição de petições diretamente perante os órgãos internacionais.

Por fim, reveste de extrema importância o comentário sobre a obrigação *erga omnes* dos Estados de proteger os indivíduos, conforme os direitos humanos (RAMOS: 2005, p. 73-74). Todos os indivíduos, não importando a sua nacionalidade, terão assegurada a proteção dos seus direitos humanos, ainda que o Estado onde se encontrem não a garanta. A violação dos direitos humanos gera legitimidade de toda a sociedade internacional na resolução imediata e responsabiliza o Estado agressor.

1.1.3 - Direito constitucional internacional: a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais

Tendo em vista que os direitos humanos foram conceituados e delimitados, faz-se necessária conceituação o que vem a ser direitos fundamentais.

Para GIAN PIERO ORSELLO (2005: p.1), os direitos fundamentais são aqueles que protegem a pessoa humana, em uma dimensão ampla, sendo, por vezes, indicados por um documento fundamental do Estado, a partir de uma vontade autônoma deste. Não destoando muito desse conceito, DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS (BONAVIDES, MIRANDA e AGRA: 2009, p.69) entendem que os direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, definidos por dispositivos constitucionais e, por isso, apresentam “caráter normativo supremo (primazia) no ordenamento jurídico estatal”. Para HENSEL (apud PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: 2010, p. 33), é mais que isso, os direitos fundamentais seriam princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.

Adentrando na relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, CARLOS WEIS (2010, p. 24) entende que há diferença entre eles. Enquanto que os direitos humanos estão dispostos em tratados internacionais, os direitos fundamentais são aqueles que o direito interno, de regra, por meio de uma constituição, elege como dignos de proteção especial.

Consigne-se que, na maioria das vezes, esses campos de proteção se repetem, sendo um direito humano também um direito fundamental e vice-versa. INGO WOLFGANG SARLET (2007, p. 39) alerta para a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, considerando que a maior parte das Constituições após a Segunda Guerra Mundial se inspirou na Declaração Universal de 1948 e em outros tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Ademais, “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos – grupos, povos, nações, Estado” (SARLET: 2007, p.35).

Como já aventado acima, na proteção internacional dos direitos humanos, o ordenamento jurídico interno e o direito internacional não podem ser encarados como dois ordenamentos díspares e intocáveis. Muito pelo contrário, nessa proteção haverá espaço para apenas um “ordenamento jurídico de proteção”, primando pela melhor proteção ao indivíduo, não importando de qual ordenamento provenha a norma. Dessa relação, advém “total improcedência da invocação da soberania estatal no tocante à interpretação e aplicação dos tratados de direitos humanos vigentes”, até porque os tratados de direitos humanos têm por finalidade harmonizar a legislação aplicável aos indivíduos e evitar conflito entre o direito interno e o internacional (CANÇADO TRINDADE: 2003, pp. 506-524).

Para ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (2003, p. 515), as constituições tendem a dispensar tratamento especial aos direitos humanos de acordo com a menor ou maior proteção jurídica que o indivíduo detenha naquela sociedade. Isso explica as diversas formas que os direitos humanos são encarados nas inúmeras constituições. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, tem dois dispositivos que deixam bem clara a opção feita pelo legislador constituinte em relação ao tratamento dispensado aos direitos humanos e a sua importância no ordenamento brasileiro. São eles: o art. 4º, inc. II (*a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: prevalência dos direitos humanos*) e o art. 5, §2º (*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem*

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.).

Diante dessas normas, verifica-se a clara opção do constituinte originário na defesa dos direitos humanos no plano interno, apesar da redação do caput do art. 4º, que faz supor que os direitos humanos só teriam prevalência nas relações internacionais, e não no espaço interno. Ademais, foi nesse sentido a proposta de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, quando, ainda Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, discursou na Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, em 29/04/1987 (1987: p. 97).

Apesar dos dispositivos constitucionais citados, parte significativa da jurisprudência e dos constitucionalistas brasileiros ainda parece não entender o real alcance desses dispositivos. Cita-se, por exemplo, o julgamento da ADPF 153, em que o Supremo Tribunal Federal considerou válida a Lei de Anistia (Lei Federal nº 6.683, de 19/12/1979), na contramão de reiteradas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que consideram as leis de anistias incompatíveis com o Pacto de San José da Costa Rica. Por esse motivo que, no Caso *Gomes Lund*, a Corte condenou o Brasil em diversas obrigações, desconsiderando a Lei de Anistia brasileira.

A maior barreira que se encontra no desenvolvimento dos direitos humanos é certamente a aversão (variando de país a país) dos tribunais internos aos preceitos dos tratados, incorporados ou não. A perquirição, pois, fica em saber qual realmente será a efetividade da norma de direitos humanos, independente da aplicação pelos tribunais internos. Há dividir as normas de direitos humanos em normas de auto-aplicação (*self-executing*) e as que não possuem essa característica. As normas auto-aplicáveis permitem que os indivíduos, independente de sua incorporação ao direito interno, invoquem-nas perante os juízos internos, sob duas condições: a) a norma deve prever um direito ao indivíduo claramente definido e exigível perante o juiz; e b) que ela seja suficiente para resolver o caso posto, sem a necessidade de outras providências ou leis. “A norma diretamente aplicável, em suma, consagra um

direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais” (CANÇADO TRINDADE: 2003, p. 538).

Essas normas autoaplicáveis, não raramente, coincidem com as normas definidoras dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 tem em seu rol exemplificativo de direitos fundamentais diversos normativos que se coincidem com alguns dos direitos humanos. A título de exemplo, o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 (*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*) tem a mesma intenção protetiva do art. 5º, §2º, primeira parte, do Pacto de São José da Costa (*ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes*).

Nessa perspectiva, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (2003: p. 542) propõe a primazia da norma mais favorável às vítimas, com manifesto desapego à discussão entre as teorias monistas e dualistas. No campo dos direitos humanos, não há previamente definição de qual norma, se de direito interno ou de direito internacional, irá necessariamente se aplicar ao caso concreto. O princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo é reconhecido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória de jornalistas, de 1985.

No confronto aparente entre uma norma de direitos humanos e uma de direitos fundamentais, por exemplo, será aplicada aquela que melhor resguardar a dignidade do indivíduo, não importando qual seja. Parece que o Supremo Tribunal Federal, mesmo não fazendo referência expressa ao princípio, aplicou-o no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349703 e nº 466343 e do Habeas Corpus nº 87585, quando mudou de entendimento e passou a não mais admitir a prisão civil do depositário infiel, adaptando o Pacto de San Jose da Costa Rica ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e à Declaração Americana de Direitos da Pessoa Humana de 1948, apesar da permissão do constitucional (art. 5º, inc. LXVII: *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*).

A possibilidade de se dar primazia à norma que mais proteja o indivíduo se dá em virtude de os direitos humanos, por serem universais, não desce às minúcias de especificação dos direitos. E justamente pela característica da universalidade, eles estão aptos a serem reconhecidos por todos os ordenamentos do mundo, sendo comuns a todos os indivíduos. Fica a cargo dos Estados a prerrogativa de emprestarem maior eficácia a esses direitos ou até mesmo preverem outros que melhor solucionem os conflitos nos casos concretos no âmbito das respectivas jurisdições.

Ademais, a primazia da norma mais favorável é a que melhor atende ao postulado basilar da proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que será aplicada a norma que tiver maior efetividade na proteção da pessoa do indivíduo.

No ordenamento brasileiro, temos um exemplo muito semelhante com o acima proposto. Trata-se do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, que determina a aplicação da norma mais favorável independente da “sua colocação na escala hierárquica” (SÜSSEKIND: 2004, p. 113). Para MAURICIO GODINHO DELGADO (2011: p. 193), com base nesse princípio, o operador do Direito do Trabalho deve estar atento a três situações ou dimensões possíveis quando for optar pela regra mais favorável ao trabalhador, quais sejam: a) momento de elaboração da regra: aqui se orienta a produção legislativa; b) contexto de confronto entre regras concorrentes: o princípio orienta o processo de hierarquização de normas trabalhistas; e c) contexto de interpretação das regras jurídicas: há orientação no processo de revelação do sentido da regra trabalhista. Entendemos que a norma mais favorável ao indivíduo no campo dos direitos humanos pode seguir as situações citadas, guardadas as peculiaridades próprias desse campo.

Avançando no tema, impende comentar que o não atendimento à norma de direitos humanos poderá resultar na responsabilidade internacional do Estado, ainda que se apegue à norma constitucional, consoante o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal

nº 7.030, de 14/12/2009. As normas internacionais, máxime as normas de direitos humanos, vinculam todos os atores internos dos Estados – Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, etc (CANÇADO TRINDADE: 2003, pp. 545/552).

A hierarquia dos tratados no plano interno sempre suscitou diversas discussões. Num primeiro momento, entendia-se que os tratados incorporados ao nosso ordenamento tinham a mesma força hierárquica que uma lei federal, não importando o tema que veiculavam. O precedente histórico desse entendimento é o RE 80.004/SE, julgado em 1º/06/1977. Tal entendimento não se coadunava com os preceitos da Constituição de 1988 que dão primazia aos direitos humanos, máxime o art. 4º, inc. II, e o art. 5º, §2º.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incorporou o §3º ao art. 5º da Constituição (*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*), trazendo mais confusão para o STF, quando o assunto é tratado de direitos humanos.

Sem prejuízo, em 09/07/2008, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinada em 30 de março de 2007 e ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, passou a ser a primeira norma internacional equivalente a emenda constitucional, uma vez que para a sua incorporação o Congresso Nacional seguiu os trâmites próprios do processo legislativo das emendas constitucionais, com base no §3º do art. 5º. Trata-se de uma formal norma constitucional fora da Constituição Federal de 1988. Por causa disso, o estudo sobre as pessoas com deficiência deve ser efetivado tanto pelos internacionalistas, quanto pelos constitucionalistas, principalmente. Consigne-se que a tramitação de incorporação do referido diploma internacional foi a mesma relativa aos demais. Contudo, sugere-se que à incorporação de tratados de direitos humanos siga-se o trâmite das emendas constitucionais, guardando-se, porém, as devidas proporções. Nesse sentido, esses tratados

não poderiam ir à sanção presidencial, mas sim promulgada pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (TAVARES: 2012, pp. 22/23)

Diante do teor do art. 5º, §3º, da CF/88, o Supremo Tribunal Federal revisitou o seu entendimento sobre o assunto que perdurava desde de 1977. Com efeito, como já citado acima, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349703 e nº 466343 e do Habeas Corpus nº 87585, em que se passou a não mais aceitar a prisão do depositário infiel, ainda que permita pela Constituição, dando integral aplicabilidade ao Pacto San Jose da Costa Rica, nesse ponto. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, adotou a tese do Ministro Gilmar Mendes, em que, antes da EC 45/04, os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio teriam o *status* de norma supralegal (entre a legislação ordinária e a Constituição Federal). Esse mesmo *status* seria/é dispensado àqueles tratados de direitos humanos incorporados depois da EC 45/04 e que não tiverem/tenham tido o mesmo trâmite das emendas constitucionais. Em se tratando dos tratados de direitos humanos que seguiram/sigam os trâmites das emendas constitucionais, temos que esses são/serão materialmente uma norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal ainda adota uma posição reservada frente à institucionalização dos direitos humanos no ordenamento pátrio. Considerar que as formas de proteção aos direitos humanos e aos direitos fundamentais são diversas e determinar que tenham forças normativas também diversas é um apego excessivo ao direito interno, com um receio descabido de desmoralização da Corte e da Constituição, que é, registre-se, umas das mais avançadas do mundo no atinente aos direitos e garantias fundamentais. Procedendo-se assim, confere-se primazia ao Estado em detrimento da pessoa humana.

Entendemos não ser razoável conceber que os tratados de direitos humanos sejam considerados inferiores hierarquicamente à Constituição, como vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Na verdade, fica a cargo da Constituição o procedimento em que essas normas serão por todas observadas, mas, uma vez incorporadas, elas terão aplicação imediata e integral, independentemente de passarem pela tramitação própria das emendas

constitucionais. Na concepção de um Estado Democrático de Direito, não é possível prever que o direito constitucional refute a aplicação de uma norma de direitos humanos mais benéfica ao indivíduo que se encontre em seu território. A alegação de desmoralização do ordenamento interno não é passível de afastar a proteção ao direito internacionalmente reconhecido, o que o Estado não prevê em sua constituição.

Entendemos que a solução mais acertada Lé a de que todas as normas de direitos humanos sejam equiparadas materialmente à Constituição Federal de 1988, independentemente do processo e do momento de incorporação. Não há espaço atualmente de se conferir aos indivíduos relações jurídicas diversas em relação a direitos fundamentais e direitos humanos. Como visto acima, os direitos fundamentais advêm de um processo de afirmação dos direitos humanos, e esses não são outra coisa que os direitos “fundamentais”, básicos, dos homens inscritos na ordem internacional. Retirando o lado formal, em termos de conteúdo, não há diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Ademais, os direitos humanos não podem ser limitados em razão de uma concepção ilimitada de soberania do Estado. “Por el contrario la regulación actual de los derechos humanos no se basa el posición soberana de los Estados sino en la persona, en tanto titular por su condición de tal de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originário ni derivado” (RISSO FERRAND: 2011, p.44).

Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (apud PIOVESAN: 2010, p.28), as Constituições, embora porto seguro de legitimação, legitimidade e consenso, “devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais)”. Ademais, completa que “o Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado”, na medida em que “a abertura

ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno”.

Para FLAVIA PIOVESAN (2010: pp. 28/29), a reconstrução histórica dos direitos humanos só é possível a partir do desenvolvimento internacional dos direitos humanos e de uma nova feição do Direito Constitucional, ambos em respostas às atrocidades ocorridas na Segunda Grande Guerra Mundial, rebuscando o pensamento kantiano (ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incorporou bem esse processo, tanto que previu a dignidade da pessoa como um de seus fundamentos.

O reconhecimento da igualdade material entre direitos fundamentais e direitos humanos é o ápice do amadurecimento jurídico de Estado que se intitula democrático e protetor das liberdades e garantias fundamentais, com o fim de aplicar na proteção do indivíduo a norma que melhor lhe proteja.

Todas essas abordagens entre os direitos humanos e os direitos fundamentais têm a finalidade de situar o leitor no tema que paira sobre o sistema carcerário e os direitos dos presos e, em última análise, dos direitos dos presos estrangeiros.

1.2 – Sistema de proteção normativo (nacional e internacional) aplicável aos presos estrangeiros

O sistema de proteção dos presos, pode-se dizer, é bastante garantista. Dando uma rápida olhada nos tratados, na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, verifica-se que os direitos ali expressos, imputáveis aos presos, são muito avançados. Contudo, a execução estatal dessa proteção é o que não tem sido tão eficaz.

Direitos humanos e direitos fundamentais compõem o que se chama de núcleo de ação da proteção dos direitos dos presos. As breves palavras sobre direitos humanos e direitos fundamentais no tópico antecedente são requisitos indispensáveis para o entendimento dos direitos dos presos, que, enquanto nessa situação, é uma parcela da sociedade que requer a verdadeira institucionalização desses direitos.

O sistema penitenciário mundial está falido. Com o Brasil não é diferente. Falar de sistema penitenciário brasileiro é lembrar tortura, esquecimento, vingança e superlotação. Esses são os componentes do atual sistema carcerário brasileiro, que o torna excessivamente prejudicial para a sociedade brasileira.

O cumpridor de uma pena recebe tão apenas a contraprestação física punitiva pelo seu ato ilícito. Não recebe uma atenção maior por parte do Estado para que não torne a cometê-lo. O processo de ressocialização, uma das funções da pena no Direito Penal moderno, ainda não foi implementado significativamente pelo Estado brasileiro, resumindo-se a pequenos nichos de operacionalização desse processo. Contudo, há bons exemplos a se seguir na busca de um verdadeiro processo de ressocialização, como o Projeto Começar De Novo, do Conselho Nacional de Justiça, as APAC's, entre outros exemplos.

Atualmente, segundo dados do InfoPen, do Ministério da Justiça, mais de 500 mil pessoas estão presas, entre presos definitivos e provisórios, nos estabelecimentos penitenciários brasileiros. Ou seja, é uma parcela significativa da sociedade que não pode ser renegada; não só pela quantia, diga-se, mas também pela condição humana que esses seres sustentam. A pena que é privativa de liberdade encerra em seu próprio nome o seu significado: privação da liberdade. Os outros direitos não podem ser mitigados aos presos, como alimentação, vestuário, cultura, lazer, etc.

Os presos representam 0,26% da população brasileira. Mas é justamente esse número ínfimo, quando comparado com a quantidade bruta da população, que amedronta e muitas vezes causa terror e espalha o medo na sociedade.

Entender que essa parte da população, mais cedo ou tarde, volta para o seio da sociedade já seria suficiente para fundamentar moralmente a busca pela ressocialização. Contudo, a condição humana dos presos é maior que esse sentimento de medo, devendo prevalecer o processo de ressocialização com base nos direitos fundamentais e humanos imputáveis àqueles que estão no sistema carcerário brasileiro.

1.2.1 – Normas internacionais aplicáveis aos presos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 pode ser considerada a principal norma fundamentadora de todo o arcabouço protetivo dos direitos dos presos, embora não utilize expressamente qualquer termo específico destinado à situação do preso. Com efeito, destaca-se o art. 6º (*toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei*), que conserva a condição humana do preso, ainda que privado de sua liberdade, em determinado local.

No Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966, destaca-se o art. 7º (*ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*) e o art. 9º (1. *Toda pessoa tem à liberdade e a segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade*

de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação.)

Contudo, a principal norma internacional na proteção dos direitos dos presos é a Resolução 663-C da ONU que traz as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos, que data de 1955. Não se trata de um manual a ser seguido fiel e cabalmente pelos Estados-membros da ONU, mas sim, de um conjunto de princípios para a execução penal, algo como uma sugestão, apesar da nomenclatura utilizada (regras). A sua violação não causa, por si só, responsabilidade internacional, tendo em vista as peculiaridades que alguns países podem apresentar. Em virtude da época em que foi editada, esta Resolução merece uma nova releitura frente aos atuais problemas enfrentados na execução penal.

Especificamente aos presos estrangeiros, destacam-se os art. 38 e art. 51 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Presos. Consoante ao primeiro artigo, os Estados devem assegurar aos presos estrangeiros o direito de comunicação com os representantes do seu Estado de origem. Em relação ao segundo artigo citado, os estabelecimentos penais que abrigam presos devem ter funcionários que falam a língua compreendida pela maior parte dos detentos, devendo recorrer ao auxílio de tradutores sempre que necessário.

Outro importante documento internacional na proteção dos direitos dos presos é a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 15 de fevereiro de 1991, pelo Decreto Federal nº 40 daquele ano. Ou seja, trata-se de uma norma própria de direitos humanos, uma vez que propala conteúdo inerente à dignidade da pessoa humana, tendo atualmente *status*, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, de norma supralegal.

Impende comentar que o art. 3º, §1º, dessa Convenção, impede a expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa a outro Estado em que há suficientes indícios que ali ele será torturado. Entendemos que essa norma também abarca as situações jurídicas das transferências de presos

estrangeiros, mote desse trabalho, uma vez que, como se veda a expulsão, que é um ato unilateral do chefe do Poder Executivo, independente de acordo internacional, com maior razão se veda a transferência, que contém um viés humanitário. Contudo, esse assunto será melhor analisado em tópico posterior.

Há também a Convenção de Havana que, embora não trate especificamente de presos estrangeiros, versa sobre a condição dos estrangeiros nos países americanos, assinada pelo Brasil em 1928 e introduzida no direito interno brasileiro através do Decreto nº 18.956, de 22/10/1929.

Esses normativos internacionais citados podem ser encarados como um poderoso sistema de proteção aos direitos dos presos, na medida em que, com exceção de alguns dispositivos das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos, todos eles encerram direitos humanos, uma vez que decorrem da necessária proteção à dignidade da pessoa humana, sendo, para o Brasil, de necessária observância.

1.2.2 – Normas constitucionais aplicáveis aos presos

São inúmeras as normas constitucionais que limitam e condicionam a atuação estatal para a proteção da dignidade da pessoa humana do preso.

A principal delas é a encartada no art. 1º, inc. III, que trata a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O inc. II do art. 4º determina a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais desenvolvidas pelo Brasil.

No art. 5º, encontram-se diversos dispositivos que podemos imputar para a direta e integral proteção aos presos. Apesar de todo o rol de direitos e garantias fundamentais ser passível de aplicação à situação jurídica dos presos, algumas normas desse rol têm uma maior proximidade com a situação dos reclusos:

- a) inc. III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;
- b) inc. VII: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”;
- c) inc. XLVIII: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”;
- d) inc. XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”;
- e) L: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”;
- f) LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;
- g) LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;
- h) LXI – “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”;
- i) LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”;
- j) LXIV – “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”;
- k) LXV – “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; e

- l) LXVI – “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”;

Em relação ao que é específico aos presos estrangeiros, a Constituição Federal de 1988 não especifica nenhuma regra à condição dos presos estrangeiros. Contudo, impende comentar sobre o teor do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que equipara os estrangeiros, em direitos e deveres, aos brasileiros.

Não obstante esta norma fale em estrangeiro residente no país, há que se dar maior efetividade a tal preceito considerando-se incluídos os estrangeiros não residentes, de passagem pelo Brasil. Nessa medida, os brasileiros e os estrangeiros são iguais no tocante a direitos e deveres. Essa igualdade jurídica no plano dos direitos civis é quase que absoluta, com exceção dos direitos políticos, em que não há falar em aquisição desses por parte dos estrangeiros (SILVA: 2007, pp. 335-339).

1.2.3 – Normas infraconstitucionais aplicáveis aos presos

No plano da legislação infraconstitucional, a proteção aos presos está disseminada em diversos normativos, o que revela uma preocupação legislativa interessante (o que a faz uma legislação avançada nessa área), mas ainda desprovida de uma execução condizente aos rumos legislativos traçados.

A principal norma de proteção é a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, doravante LEP, que, logo no art. 1º, fixa o seu objetivo: “a *execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”. Esta lei prevê diversos direitos e deveres para os presos, além de diversas assistências (material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa). Trata-se de uma lei extremamente avançada para o seu tempo e que

continua com muitos dos seus preceitos ainda em voga. Caso a LEP fosse devidamente aplicada, a situação carcerária brasileira realmente seria outra.

O Brasil, a exemplo da ONU, tem a suas Regras Mínimas para o encarceramento dos presos. Trata-se das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, fixadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em 11 de novembro de 1994, por meio da Resolução CNPCCP nº 14/2004. Trata-se de uma norma de observância obrigatória por parte dos diretores de estabelecimentos prisionais. É uma norma que melhora o sistema protetivo interno instaurado pela LEP e confirmado pela Constituição Federal de 1988. Contudo, em relação à categoria dos presos estrangeiros, as Regras Mínimas brasileiras não fazem qualquer remissão a esse grupo de pessoas.

Outra lei de importância para os estrangeiros residentes no país, nos quais se incluem os presos estrangeiros é o Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 6.815/1980. Esta lei não fala especificamente de presos estrangeiros, mas elenca um rol de direitos e deveres que influi na condição jurídica desses reclusos. Como exemplo de uma regra desse estatuto que deve ser aplicada à condição dos presos estrangeiros, tem-se a encartada no art. 108 - *é lícito aos estrangeiros associarem-se para fins culturais, religiosos, recreativos, beneficentes ou de assistência, filiarem-se a clubes sociais e desportivos, e a quaisquer outras entidades com iguais fins, bem como participarem de reunião comemorativa de datas nacionais ou acontecimentos de significação patriótica.*

1.3. – Condições do cárcere brasileiro e a situação fática dos presos estrangeiros.

As condições do cárcere no Brasil estão à beira da falência. Avolumam-se, na imprensa, notícias que fazem bem um diagnóstico da atual situação dos presos em estabelecimentos prisionais no Brasil. Multiplicam-se dados sobre essas condições; e eles não são nada animadores. A falta de

estrutura dos locais de abrigo e de pessoal revela o descompromisso estatal para com o problema carcerário brasileiro.

Pode-se dizer que o cárcere brasileiro parece um depósito de seres humanos, que, quase em sua totalidade, se encontram sem esperança de melhoria de sua situação. Falar de direitos humanos para essa população esquecida pode parecer uma falácia, se proferida sem as devidas ações efetivas no sentido de melhorar as condições dos cárceres.

Embora haja vozes abalizadas que defendam o maior aprisionamento de pessoas cometedoras de crimes, o encarceramento em situações degradantes agrava o problema da marginalização, o que impede a ressocialização de presos. Para ERVIN GOFFMAN (*apud* PASTORE: 2011, p. 21), encarceramento, nos termos atuais, provoca a submissão dos presos a severas humilhações, o que contribui para a “mortificação” da personalidade do apenado.

1.3.1. Superlotação dos presídios

Segundo o relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, mantido pelo Ministério da Justiça, dá conta que, em dezembro de 2011, havia 514.582 pessoas encarceradas no país. Já o Sistema Geopresídios, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, esse número é de 504.282 pessoas. O InfoPen é atualizado semestralmente de acordo com as informações enviadas pelos diretores dos estabelecimentos penais; já o Geopresídios é atualizado diariamente pelos juízes responsáveis pelas execuções penais, que de acordo com a Resolução nº 47 do Conselho Nacional de Justiça.

De qualquer forma, verifica-se que mais de meio milhão de pessoas encontram-se encarceradas nos diversos estabelecimentos penais. Atualmente, há um déficit de quase 200 mil vagas nesses locais, segundo o

Geopresídios, considerando a lotação projetada. Ou seja, o sistema carcerário brasileiro encontra-se hiperlotado.

Para RENÉ ARIEL DOTTI (1999), a superlotação e a violação dos direitos fundamentais são as principais causas das frequentes rebeliões e motins de presos. Esses deixaram de ser pontuais e reservados a grandes estabelecimentos penais, multiplicam-se por todo o território nacional. Os presos reinventam o seu *modus operandi* e se fazem de reféns, além dos agentes carcerários e policiais, crianças e parentes.

A experiência do Conselho Nacional de Justiça, por intermédio dos Mutirões Carcerários, revela que as causas da superlotação são várias. Pode-se citar, por exemplo, a falta de estrutura física para comportar tantos detentos e a permanência de diversos apenados que já cumpriram integralmente a pena e ainda continua recluso.

Para exemplificar, podemos utilizar a situação do Rio Grande do Sul, em que consta, no Relatório do Mutirão Carcerário de 2011 desse estado, *“a situação de uma apenada primária e com circunstâncias judiciais favoráveis, beneficiada com a substituição de pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito em 16 de dezembro de 2010 que só foi posta em liberdade no dia 23 de março de 2011, no decorrer do Mutirão Carcerário, ou seja, 03 meses após aquela decisão”*. Ademais, segundo esse Relatório, o Presídio Central de Porto Alegre – PCPA, considerado um dos piores estabelecimentos prisionais do país, em março de 2011, contava com 4.835 presos, entre sentenciados (63%) e provisórios (37%), para uma capacidade projetada para 2069 vagas, ou seja, o presídio estava com 133,69% de presos acima da sua capacidade. Isso equivale a dizer que se uma cela foi projetada para abrigar 5 pessoas, estariam dividindo este espaço 13 detentos. É bom que se diga que *“a quantidade de presos em tal unidade supera a população carcerária de estados como Piauí e Tocantins, que possuem 2.714 e 2.155 apenados, respectivamente, conforme dados do InfoPen (dez/10)”*.

Os tribunais brasileiros estão atentos à situação dos presos que estão submetidos ao constrangimento das cadeias superlotadas. Cita-se,

nessa esteira, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que entende válido o cumprimento da pena em regime mais brando, em virtude de superlotação do estabelecimento próprio para a sua pena:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO.

SUPERLOTAÇÃO E PRECARIEDADE DAS CASAS DE ALBERGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO DOMICILIAR.

POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena." - HC 216.828/RS, Rel. Ministra MARIA THERESA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012.

2. Ordem CONCEDIDA para que o paciente seja imediatamente colocado em regime aberto domiciliar, até o surgimento de vaga em casa de albergado com condições mínimas necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto, restabelecido o decisum de primeiro grau.

(HC 217.058/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012)

Trata-se de uma decisão vanguardista, que preserva o preso de inúmeros constrangimentos ilegais, pois o apenado não pode pagar pela ineficiência do sistema prisional, que não permite o digno cumprimento da pena.

Ainda no campo das decisões judiciais, o mesmo Superior Tribunal de Justiça entende não cabível a indenização por dano moral àquele submetido à superlotação e todos os seus efeitos.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIIDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL.

MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

1. Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF.

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa coletiva de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros,

inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça;

c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

6. Inviável condenar a Fazenda estadual em honorários advocatícios que remuneram a própria Defensoria Pública, sob pena de incorrer em confusão (credor e devedor são o mesmo ente). Aplicação da novel Súmula 421 do STJ: "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem.

(REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011)

Com efeito, o Estado brasileiro, na atual conformação prisional, quebraria caso fosse condenado a indenizar todos aqueles que estão submetidos à superlotação. Por isso, nesses casos, a decisão de permitir o cumprimento da pena em regime mais brando pode ser uma boa saída para a administração prisional e para o apenado. Contudo, é bom que se diga que os “escolhidos” para o abrandamento no cumprimento da pena são aqueles que ostentam bom comportamento carcerário e que estão perto de cumprir o requisito objetivo para a progressão de regime, sob pena de macular o cumprimento da pena.

1.3.2. A questão dos presos provisórios

Uma questão que muito preocupa a justiça brasileira é a dos presos provisórios, que são aqueles que se encontram encarcerados sem uma decisão transitada em julgado. Segundo dados do Geopresídios, cerca de 39%

do total de reclusos é formado por presos provisórios. Algo, no mínimo, absurdo. Por exemplo, os estados do Piauí, Sergipe e Bahia têm algo em torno de 70% de sua massa carcerária enquadrada como preso preventivo. Nesse quesito, as melhores situações (mas muito longe de algo aceitável) são as do estado de Roraima, com 20% de presos provisórios, do Distrito Federal, com 22% e do estado do Rio Grande do Sul que conta com 26%.

MANFRED NOWAK (2011, pp. 22-23) entende que a porcentagem de presos provisórios em relação à quantidade total de presos de um país é um dos melhores indicadores do bom ou mau funcionamento do sistema carcerário:

Se mais de cinquenta por cento de todos os detentos estão sob prisão preventiva (de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários da Universidade King, em Londres) existe algo errado. Isso normalmente significa que os processos penais permanecem obsoletos, que a detenção de suspeitos criminais é a regra em vez de a exceção e que as liberações sob pagamento de fiança são mal interpretadas como um incentivo à corrupção pelos juízes, promotores e agentes penitenciários.

Outro fator preocupante para a Administração Penitenciária é o encarceramento de presos provisórios em delegacias de polícias. É que com esse tipo de encarceramento, perde-se o controle da execução da pena. Ademais, a autoridade policial não é competente para fazer essa execução. Segundo o InfoPen, em dezembro de 2011, mais de 43 mil presos (8% da massa carcerária brasileira) encontravam-se encarcerados em delegacias de polícia.

A demora na apreciação definitiva da situação jurídica do preso provisório não tem o condão de impedir o reconhecimento de benefícios próprios da execução penal. A título de exemplo, a Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal entende que a progressão de regime pode ser concedida ao preso provisório.

1.3.3. Condições gerais dos estabelecimentos penais.

Ainda com base no Geopresídios, existem 2.892 estabelecimentos prisionais, incluindo-se delegacias policiais e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Desses, apenas 50 contam com unidades materno-infantil, 797 com presas gestantes, 651 com bibliotecas, 134 com presos em trabalho externo, 359 com presos em trabalho interno e 293 com presos estudando.

A situação dos estabelecimentos penais é algo que deprime os mais conscientes e envergonha àqueles que têm a mínima atenção à efetivação dos direitos humanos. O descuido e a falta de investimento nesses estabelecimentos fazem deles um depósito de seres humanos e permitem a profissionalização criminal de significativa parte deles. Na esmagadora maioria dos estabelecimentos, há superlotação como visto acima, além da falta de controle do real cumprimento da pena. As condições estruturais são muito precárias. Em poucas unidades, há agentes do Estado preparados para lidar com a situação especial dessa parte da população. A situação é alarmante e requer uma intervenção estatal imediata; necessário que se faça elaboração de uma política nacional para a reestruturação do sistema carcerário.

Os relatórios dos Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça atestam a situação caótica do sistema carcerário brasileiro. Nos anos de 2010 e 2011, equipes do CNJ inspecionaram todos os estabelecimentos penais dos estados-membros da federação. Em cada estado, ao final das inspeções, a equipe do CNJ publicava o relatório do Mutirão Carcerário; estes são facilmente encontrados no sítio eletrônico oficial do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa parte, pedimos licença para transcrever as palavras do Ministro Cezar Peluso na apresentação Livro do Mutirão Carcerário:

UMA REALIDADE PERVERSA

De mitos e fantasias alimenta-se o imaginário popular sobre as prisões. Nossas ideias flutuam entre a existência de hotéis cinco estrelas e de pedaços do inferno, enquanto os cárceres se enchem cada vez mais de pessoas, muitas das quais pedem uma segunda ou terceira oportunidade que lhes permita situar-se de modo diferente perante o mundo.

Continuamos a abarrotar nossas prisões, tranquilizados pela ilusão eficiente de diminuir a delinquência, pondo atrás das grades os violadores das normas penais, mas não raro esquecidos da condição de seres humanos dos que, subtraídos momentaneamente do nosso convívio, abandonamos depois dos muros.

Uma reta consciência e uma preocupação social responsável nos indagam: o que esperamos de nossas penas e de nossas prisões? Cuidamos, com firmeza, que condenados podem voltar a integrar a sociedade com atitude respeitosa às normas jurídicas? Inquieta-nos o tratamento degradante que, como expressão do valor coletivo reconhecido à dignidade humana, lhes é reservado? Ou satisfaz-nos o alívio temporário que vem à sensação da contínua, mas insignificante e infrutífera desocupação das ruas? Esta publicação, fruto do intenso trabalho dos chamados Mutirões Carcerários levados a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ há quase quatro anos, argui-nos a consciência e, à vista de cenas da perversa realidade prisional brasileira, reafirma a necessidade de urgente e profunda reforma das prisões e do sistema de justiça criminal como um todo, para remediar as condições pessoais e as estruturas físicas de encarceramento, bem como de prover os recursos humanos indispensáveis, como requisitos de possibilidade de reabilitação e reinserção dos habitantes desse universo.

Doutro modo, perpetuar-se-á a lamentável situação retratada, em que pessoas que cumprem condenações perdem, não apenas a liberdade, mas, sobretudo, as perspectivas de retomada de vida condigna e socialmente útil, quando a Constituição da República convida todos a construir uma sociedade justa e solidária, enraizada no respeito à dignidade da pessoa humana.

Segundo o Geopresídios, com base nas inspeções realizadas em junho de 2012 pelos juízes competentes, entre todos os estabelecimentos brasileiros, 556 foram considerados péssimos, 292, ruins, 1167 foram considerados regulares, apenas 339 foram considerados bons, e ínfimos 41 foram tidos por excelentes.

As condições dos cárceres brasileiros refletem a mínima preocupação que temos com nossos os presos. Hoje, salvo raríssimas exceções, o sistema carcerário brasileiro não tem a capacidade de ressocializar nenhum detento. Muito pelo contrário, entende-se que, nos termos atuais, o sistema carcerário provoca a “dessocialização”, termo utilizado por ANA BELA RODRIGUES, que significa o processo inverso da ressocialização, tema que será melhor estudado em tópico posterior.

1.3.4 – Análise das condições dos cárceres brasileiros para os presos estrangeiros.

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

A questão do desconhecimento da língua pode ser atenuada, se o preso conhece a língua do país onde está preso, o que o igualaria aos nacionais, ou quando conhece língua da mesma raiz linguística (português, italiano e espanhol, por exemplo), situação que ameniza as condições desfavoráveis aos estrangeiros. Contudo, a situação é crítica quando os presos não conhecem a língua do país e nem a língua da mesma família linguística (MIOTO: 1986, p. 126). Daí a importância da presença dos consulados e da estruturação das defensorias públicas com a contratação de tradutores, ou

mesmo com o crescente conhecimento de diversas línguas por parte desses defensores. Outra perspectiva é a ministração de curso da língua portuguesa aos presos estrangeiros.

A grande maioria do contingente de presos estrangeiros é formada por condenados em tráfico ilícito de drogas. São as consideradas “mulas”, que são aqueles que trazem de outro país drogas em suas bagagens ou no próprio corpo. Não raras vezes, essas “mulas”, principalmente mulheres, são ludibriadas em seu Estado de origem e são surpreendidas nos aeroportos, quando vêm a ser presas. Dessa forma, a depender da língua que falam, não há como se defenderem juridicamente pelo total desconhecimento da língua portuguesa.

As delegacias de polícias não se encontram preparadas para a prisão em flagrante desses presos. O cumprimento do art. 304 do Código de Processo Penal, que trata do procedimento da prisão em flagrante, fica prejudicado quando falamos em presos estrangeiros que não falam as línguas mais conhecidas e não há tradutores no ato.

Ademais, vale a advertência de JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR (1994) de que “o sistema de justiça penal brasileiro tem se mostrado bastante severo em relação à criminalidade do estrangeiro, especialmente no que se refere ao tráfico de drogas. As penas aplicadas, em geral, são mais elevadas que as impostas aos brasileiros pelos mesmos crimes. Além disso, em razão da própria condição de estrangeiro, a prisão provisória lhe é quase sempre imposta”.

Este problema, verificado em desfavor dos estrangeiros, não é uma peculiaridade nossa. Por exemplo, ESTHER GIMÉNEZ-SALINAS (1994) aduz que na Espanha, ainda que a Constituição espanhola, assegura a igualdade jurídica entre os presos nacionais e os presos estrangeiros, assim como a nossa, a prática penitenciária é diversa. Ademais, em suma, relata as mesmas dificuldades que os presos estrangeiros encontram no Brasil, como dificuldade de comunicação e de ressocialização, entre outras dificuldades: “en circunstancias normales, un penado nacional con pena inferior a seis años,

arraigo familiar y buena conducta en el establecimiento penitenciario sale regularmente con permisos ordinários. A un extranjero, al que lógicamente en muchos casos le faltará la segunda condición, se le deniega ‘regularmente’, aunque su conducta penitenciaria sea correcta”.

Atualmente, existe cerca de 3.367 presos estrangeiros cumprindo pena no Brasil, segundo dados do Infopen (dez/2010). Desses, 2.122 cumprem pena no Estado de São Paulo, o que representa 63% dessa população carcerária estrangeira no Brasil. Aliás, em São Paulo, há o único estabelecimento penal no Brasil que é exclusivo para a reclusão de presos estrangeiros do sexo masculino; trata-se da Penitenciária Cabo PM Marcelo da Silva de Itaí e Ala de Progressão, sita na comarca de Itaí/SP. Este estabelecimento abriga atuais 1.101 presos estrangeiros, para uma capacidade projetada de 900 vagas e as condições do estabelecimento são consideradas boas, segundo informação do magistrado responsável pela inspeção do estabelecimento ao Geopresídios. Ou seja, quase um terço dos presos estrangeiros no país encontra-se neste estabelecimento. Daí a necessidade de autoridades penitenciárias terem um pouco mais de atenção com esta penitenciária.

O encarceramento de presos estrangeiros no Brasil vem aumentando gradualmente, apesar de, na comparação entre o ano de 2010 e 2011, haver uma pequena redução, conforme se verifica na tabela abaixo:

ANO	QUANTIDADE DE PRESOS ESTRANGEIROS	AUMENTO (%)
2005	1.429	-
2006	2.171	51%

2007	2.597	19%
2008	2.828	9%
2009	3.155	12%
2010	3.397	7%
2011	3.367	-0,8%

Fonte: InfoPen (dez/2011)

Esse crescimento verificado nos últimos anos requer que o Brasil tenha maior atenção a essa parte da população carcerária. Ademais, a massa carcerária estrangeira em São Paulo é superior à do Piauí, à do Amapá, à de Roraima e à do Tocantins, segundo dados do Infopen. Ademais, enquanto que de 2005 a 2011, a população carcerária aumentou em 42%, a dos presos estrangeiros aumentou em 135%.

Como já comentado acima, São Paulo é o estado que mais abriga presos estrangeiros, sendo seguido, de muito longe, do Mato Grosso do Sul e do Paraná:

Quantidade de Presos Estrangeiros por estado

ESTADO-MEMBRO	QUANTIDADE
São Paulo	2.122
Mato Grosso do Sul	229

Paraná	176
Rio de Janeiro	137
Mato Grosso	112
Ceará	110
Rio Grande do Sul	100
Amazonas	86
Rondônia	34
Minas Gerais	33
Pernambuco	33
Rio Grande do Norte	32
Distrito Federal	29
Roraima	27
Santa Catarina	26
Acre	25
Bahia	25
Pará	14
Goiás	6

Espírito Santo	5
Alagoas	2
Amapá	2
Tocantins	2
Sergipe	1
Maranhão	0
Paraíba	0
Piauí	0

Fonte: InfoPen (dez/2011)

Outro dado importante é saber de qual país são provenientes esses presos estrangeiros, senão vejamos:

Quantidade de presos estrangeiros por país

PAÍS	QUANTIDADE
Bolívia	555
Paraguai	343
Nigéria	341
Peru	196

Angola	164
Espanha	163
Colômbia	146
África do Sul	131
Argentina	103
Portugal	97
Uruguai	83
Romênia	72
Chile	57
Holanda	53
Itália	48
Bulgária	47
Guiné Bissau	42
Filipinas	38
Alemanha	30
Cabo Verde	29
Moçambique	29
Líbano	28

Tailândia	28
-----------	----

Fonte: InfoPen (dez/2011)

Os dados apresentados revelam uma tendência atual do Brasil que é a abertura para outros países. Considerando que somos um país emergente, com uma economia forte, algumas pessoas de outras nações se sentem atraídas pela oportunidade que poderão ter aqui. É o caso dos bolivianos que trabalham (muitos são verdadeiramente escravizados) nas fábricas do ABC paulista. Outro problema conhecido é o dos nigerianos que, como o seu Estado passa, vez outra, por diversos conflitos civis internos, procuram se abrigar em outros Estados, muitas das vezes, cometendo crimes sob ótica da legislação brasileira.

Ademais, a extensão territorial do Brasil tem papel relevante nessa análise. Com a exceção de São Paulo e do Rio de Janeiro, os outros estados que mais apresentam presos estrangeiros fazem fronteiras com outros Países. No caso de São Paulo, Rio de Janeiro, Ceará, Distrito Federal, Pernambuco e Rio Grande do Norte, por exemplo, o fato de possuírem aeroportos internacionais oportuniza uma maior entrada por seus territórios de estrangeiros, conseqüentemente maior possibilidade de criminosos estrangeiros.

Quando o tema da transferência de presos estrangeiros for tratado, comentaremos novamente sobre a questão quantitativa de presos, para tratarmos a respeito dos acordos de transferências.

Por fim, em 6 de setembro de 1985, durante o Sétimo Congresso das Nações Unidas para Prevenção ao Crime e Tratamento de Prisioneiros, os Estados membros da ONU aprovaram as seguintes recomendações sobre o tratamento de prisioneiros estrangeiros:

1. A alocação de um prisioneiro estrangeiro em um estabelecimento carcerário não deve considerar unicamente os aspectos de sua nacionalidade.
2. Prisioneiros estrangeiros devem ter o mesmo acesso à educação, ao trabalho e ao treinamento vocacional que têm os demais prisioneiros.
3. Prisioneiros estrangeiros devem, a princípio, ser elegíveis para medidas alternativas à prisão, bem como à liberdade condicional e outras saídas autorizadas da prisão, de acordo com os mesmos princípios aplicados aos nacionais.
4. Os estrangeiros deverão ser prontamente informados, após a entrada na prisão, em linguagem que eles entendam e normalmente por escrito, sobre as principais características do regime prisional, incluindo as regras e regulamentos.
5. Os preceitos religiosos e costumes dos prisioneiros estrangeiros deverão ser respeitados.
6. Prisioneiros estrangeiros devem ser informados prontamente sobre seu direito de exigir contato com as autoridades consulares, bem como qualquer outra informação relevante referente à sua situação. Caso um prisioneiro estrangeiro queira receber assistência de uma autoridade consular ou diplomática, esta deve ser prontamente avisada.
7. Prisioneiros estrangeiros devem dispor de assistência adequada, em idioma que compreendam, na comunicação com médicos e agentes penitenciários e em assuntos como reclamações, acomodação especial, dietas especiais e representação religiosa ou aconselhamento.
8. Contatos de prisioneiros estrangeiros com suas famílias devem ser facilitados, por meio da garantia de todas as oportunidades necessárias para visitas e correspondências, com o consentimento do prisioneiro. Organizações internacionais humanitárias, como o Comitê Internacional da

Cruz Vermelha, devem ter a oportunidade de ajudar os prisioneiros.

9. O estabelecimento de acordos multilaterais ou bilaterais sobre a vigilância dos réus que estiverem cumprindo liberdade condicional ou receberam liberdade vigiada podem contribuir posteriormente para a solução de problemas enfrentados por réus estrangeiros.

O Brasil ainda não logrou êxito em cumprimento de boa parte dessas medidas. Contudo, verifica-se o avanço da situação dos presos estrangeiros, pelo menos ao que tange à sua situação jurídica, uma vez que os Tribunais brasileiros começam a reconhecer direitos a esses presos que antes não lhes eram reconhecidos.

Para terminar esse tópico, a título de curiosidade, porquanto não é o escopo desse trabalho, colaciona-se dados sobre a quantidade de presos brasileiros no exterior, que o Ministério das Relações Exteriores tem notícia. Vejamos:

Quantidade de presos brasileiros no exterior

CONTINENTE	QUANTIDADE
América do Sul	785
América Central e Caribe	05
América do Norte	199
Europa	1151
Ásia	367

Oriente Médio	11
África	39
Oceania	04
TOTAL	2.586

Fonte: Ministério das Relações Exteriores (dez/2011)

1.3.5 - Concessão de benefícios da execução penal

Em relação à concessão benefícios de progressão para os presos estrangeiros, parte da jurisprudência pátria ainda não reconhece o preso estrangeiro como detentor de alguns direitos na execução penal.

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

Em relação ao primeiro argumento, o precedente seria do Supremo Tribunal Federal, o HC nº 56.311/SP da relatoria do Ministro Moreira

Alves, que ficou assim ementado: *“Livramento condicional. Inadmissibilidade de sua concessão ao estrangeiro cuja expulsão foi decretada, estando a efetivação dessa providência condicionada ao cumprimento das penas a que ele estiver sujeito no país. Habeas corpus indeferido”*. Contudo, esse precedente foi superado, no âmbito da Corte Suprema, cita-se, por exemplo, o julgamento do HC nº 97.147, em 04/08/2009, da relatoria para o acórdão do Ministro Cezar Peluso, que restou assim ementado: *“EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.”*

Dessa forma, o Supremo afirma a igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros determinada pelo *caput* do art. 5º, nos termos vistos acima.

Ao que tange ao segundo argumento, a proibição do o art. 1º do Decreto-lei nº 4.865, de 23/10/42, advém da simples condição de preso estrangeiro, ou seja, trata-se de uma “penalidade” que o apenado sofre por ser estrangeiro. Assim, parece-nos que o citado artigo não foi recepcionado pela atual Constituição, que prega a igual entre estrangeiros e brasileiros, sendo que somente a Carta Maior seria a permitida a fazer distinções entre esses. Essa proibição do citado artigo.

Referente ao terceiro argumento, o empreendimento de fuga não pode ser obstáculo para a concessão de benefício de liberdade, não só por ser desprovido de embasamento legislativo, mas também por uma “penalidade” pela simples condição de o preso ser estrangeiro. O preso estrangeiro não pode arcar com as consequências de um ineficiente controle das condições de cumprimento da pena. Se há o temor de fuga dos presos estrangeiros, que seja providenciada a sua transferência para o seu país de origem, até mesmo que o expulse, ou que crie outros mecanismos de controle, mas não constranger o preso estrangeiro a cumprir integralmente uma pena no regime fechado.

Ademais, como já visto acima, é constitucionalmente assegurada a progressão de regime e o livramento condicional.

Ao que tange ao último argumento trazido por ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, trata-se, a nosso sentir, da grande barreira para a concessão de progressão ao regime aberto e o deferimento do livramento condicional, diante dos requisitos exigidos pela Lei de Execução Penal, na esteira do art. 114 da Lei de Execução Penal.

Contudo, o erro está em afirmar que o preso estrangeiro está de forma irregular ou de forma temporária, o que lhe vedaria a obtenção de emprego formal, nos termos do art. 98 do Estatuto dos Estrangeiros.

Nos termos do art. 76 do Código Civil, o preso tem domicílio necessário, o que implica dizer que o preso estrangeiro tem residência fixa no país, ainda que de forma mitigada, diga-se. Mas, com isso, verifica-se que o preso estrangeiro, enquanto cumpre a pena, encontra-se em situação legal e de forma permanente, uma vez que se encontra sob a tutela do Poder Público; e caso estivesse de forma irregular, o preso deveria ser deportado, nos termos do art. 57 do Estatuto dos Estrangeiros (Lei nº 6.815/80).

Por essa razão, a estada desses estrangeiros deve ser validada por um tipo de visto permanente para que os presos estrangeiros possam usufruir dos benefícios da execução penal. Aliás, essa tese foi aventada por JOÃO FREITAS DE CASTRO CHAVES, Defensor Público da União em São Paulo, no Seminário sobre Presos Estrangeiros, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em março de 2012, na cidade de São Paulo.

Os efeitos são evidentes. Em posse de visto permanente, caso não o tenha por outro motivo, o preso estrangeiro estaria apto para requerer a sua Cédula de Identidade de Estrangeiro, perante a Polícia Federal. Com esta Cédula, o Ministério do Trabalho permite a expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS. Após esse processo, o preso estrangeiro estaria em plenas condições de angariar um emprego e teria mais condições de conseguir a concessão de benefícios de liberdade na execução da sua pena. Contudo, alerta-se que, nesse processo, os presos estrangeiros devem ser

patrocinados por advogados particulares ou defensores públicos, com a efetiva participação dos consulados.

Por fim, outro ponto que é de extrema importância para a efetivação dos direitos dos presos, em especial, à transferência do apenado ou à sua expulsão, é a necessidade de determinação de quando o Poder Judiciário permitirá essas medidas. Hoje, cada juiz da execução penal permite a transferência internacional ou a expulsão considerando um marco diferente; uns quando satisfeitos os requisitos para a progressão de regime ao semiaberto, outros, para a concessão do livramento, etc. O ideal é que a própria sentença condenatória prevesse esse marco, tendo em vista que o juiz da execução penal apenas, por óbvio, executa a pena, não podendo, *sponte propria*, inovar materialmente na pena do condenado. Assim, a legislação tem que prever esse marco. Sugerimos que seja sempre a progressão de regime ou o livramento condicional, o que vier a acontecer primeiro, para a permissão da transferência ou expulsão, vez que como o apenado irá cumprir corporalmente a sua pena em solo brasileiro e poderá cumprir o resto no seu país de origem, com maior possibilidade de ressocialização.

1.4 – Ressocializar presos estrangeiros?

1.4.1 – Ressocialização: uma questão humana

Na doutrina pátria, verifica-se que o termo “ressocialização” é o mais preferido para o processo de retorno dos reclusos à sociedade. Contudo, sem adentrar muito nessa discussão terminológica, há registro do uso do termo “socialização”, partindo da premissa que os reclusos, por estarem nessa situação, não foram em momento nenhum integrados à sociedade. Preferimos, para efeito desse trabalho, utilizar o termo ressocialização, uma vez que são provenientes da sociedade e nunca perdem o seu *status* de associado da comunidade em que vive.

Sem prejuízo do afirmado, entendemos que tanto “socialização” quanto “ressocialização” são termos inapropriados para o que aqui se comenta. As melhores expressões são “readaptação social” e “reintegração social”, no sentido de que os presos, por serem da sociedade, são seres já socializados. No caso dos presos estrangeiros, visualiza-se um acerto terminológico, quando se utiliza a “socialização”, em casos de cumprimento de pena em outro país, máxime, quando esses presos não tiveram um contato prévio com aquela sociedade, pois, nesse caso, os presos estrangeiros passarão por um processo de conhecimento dos valores ético-morais do espaço sociável onde cumpre sua pena.

Deixando essa parte terminológica de lado, verifica-se que a ressocialização deve a função de um sistema penitenciário calcado da efetivação dos direitos fundamentais e humanos, que tem na proteção da dignidade da pessoa o principal e derradeiro fundamento.

Tanto isso é verdade que o art. 10, §3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 07/07/1992, pelo Decreto Federal nº 592/92, prevê que o regime penitenciário será tratado de forma que o seu objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. Relembre-se que, com base no posicionamento do STF sobre os tratados de direitos humanos, tal Pacto tem, no nosso ordenamento jurídico, o status de supralegalidade, com a possibilidade de revogar leis infraconstitucionais.

A Constituição Federal de 1988 silenciou quanto à perspectiva de ressocialização do preso. Contudo, por sua vez, a Lei de Execução Penal, que é de 1984, tem por objeto “a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

A ressocialização de presos tem importância não somente com a discussão sobre as funções da pena, mas também com o reconhecimento do preso como sujeito de direitos e deveres, o que a faz um processo de caráter humanitário, na medida em que tende a garantir direitos básicos a essa parcela da população. Em outra perspectiva, a ressocialização tem a função de evitar a

reincidência penal, a criminalização dentro dos presídios e possibilitar novas perspectivas de vida aos egressos do sistema carcerário.

A nosso sentir, esse processo ressocializador é intrínseco ao cumprimento de pena. A busca pela redução das taxas de reincidências é algo a ser buscado, tanto em favor do recluso, quanto da sociedade. Compreender que os presos voltam de uma forma ou outra para a sociedade também é um forte argumento para que aqueles que não se importam com os direitos dos presos, mas temem por uma sociedade assolada pelos altos índices de criminalidade.

A sociedade civil é certamente a maior vítima do descaso com o sistema carcerário. Ao falar de direitos humanos dos presos, também se busca a efetivação de todos os direitos humanos daqueles que estão fora das cadeias. Segundo JOSÉ PASTORE (2011, p. 20), nos últimos dez anos, foram assassinadas algo perto de 500 mil pessoas em nosso país. A maior parcela desses assassinados é formada por jovens, e isso gera a conseqüente perda de potencial de desenvolvimento social e econômico. Ademais, o autor ainda cita o problema dos dependentes químicos de drogas que se tornam “inutilizados para o trabalho”. Daí a importância do papel da ressocialização de presos.

Os estabelecimentos penais, no caso do Brasil, pelas condições acima rapidamente comentadas, podem produzir um efeito “dessocializador”, expressão da autora portuguesa ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2001).

Para essa autora, as prisões produzem um efeito que intimida os reclusos, o que faz surgir um estímulo de adaptações às regras de vida em sociedade. Contudo, segregam a pessoa reclusa do seu “estatuto jurídico normal”, atingindo a sua personalidade, favorecem a “aprendizagem de novas técnicas criminosas” e propõem valores e normas contrários às oficiais. “A ênfase na segurança, no prevenir a fuga e no controle regular e contínuo da vida do preso convertem a prisão, em si mesma, dessocializadora como ‘instituição total’, num habitat que expõe o recluso a uma grande violência, fator a considerar na dessocialização progressiva do seu comportamento e,

portanto, na configuração das atitudes com que procura lidar com a situação” (RODRIGUES: 2001, p. 46). Por essa razão, para ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2001, p. 47), a principal função hodierna das prisões é a de evitar a dessocialização, ou seja, os reclusos devem ser considerados como partes da sociedade, sendo, pois, detentores de direitos fundamentais.

Para um efetivo processo ressocializador é muito importante que as condições de encarceramento se aproximem ao máximo às da vida em liberdade, para que os reclusos, ao saírem, não tenham dificuldades com o mundo exterior. Mas esse processo não deve, tão somente, se resumir a preparar o preso para voltar para a sua sociedade. Deve-se estimular a aquisição de uma atitude social e de valores éticos-morais, bem como a conscientização dos presos de que eles são detentores de direitos e deveres assim como qualquer outro da sociedade (RODRIGUES: 2001, pp. 48-52).

Trata-se, diga-se, de um papel desafiador, pois o Estado deverá consertar, ajustar, o que, muitas vezes, tem início na infância e adolescência, por causa de maus tratos, falta de uma educação primária de qualidade, falta de empregos aos jovens, falta de incentivo ao esporte, etc.

Nesse processo de ressocialização, a conscientização voluntária dos reclusos deve ser o único meio possível de ressocialização. Com base na defesa dos direitos fundamentais e humanos dessa parcela, não se pode obrigar o preso a se ressocializar. Não se pode, por exemplo, obrigar o preso a trabalhar. A ressocialização executada de forma contrária “seria totalitária e violaria o respeito pela dignidade humana, representada pela observância dos limites da personalidade moral”, não se permitindo uma adesão forçada aos conteúdos ético-moral-culturais da sociedade. A ressocialização, em última medida, deve-se restringir, do ponto de vista do Poder Estatal, a prevenir cometimento de futuros ilícitos penais (RODRIGUES: 2001, p. 55-57).

Sob a mesma perspectiva, o trabalho, a recreação e a atividade cultural não devem ser forçados. O preso não tem a obrigação de realizar essas atividades, caso não queira, em nome da sua ressocialização. O recluso é que deve perceber a importância e o retorno social da atitude de trabalhar,

por exemplo. O processo de ressocialização é de convencimento interno, respeitando-se a escolha do indivíduo, que pode optar, ao final, por não se ressocializar e continuar a cometer crimes, infelizmente.

Para ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2001, p. 175), uma ressocialização forçada é uma ressocialização fracassada, “não se desenvolvendo no recluso o seu sentido de responsabilidade – o que o tratamento contratualizado permite – não se pode pretender que ele aprenda a viver em sociedade sem cometer crimes”.

O art. 71, §2º, das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU e os arts. 28 e 31, ambos da Lei de Execução Penal, obrigam os presos a trabalharem.

Entende-se, com o respeito à individualidade dos presos, o Poder Público não pode obrigá-los a trabalhar. Contudo, deve disponibilizar diversos meios para que o próprio preso perceba que o melhor caminho para a sua recuperação é por meio de desenvolvimento de um esforço laborativo, em que cumprirá regras e será remunerado por ele.

Atualmente, não há trabalho suficiente para todos os apenados dos regimes fechado e semiaberto. Outrossim, por falta de capacitação, os presos dificilmente são absorvidos pelo mercado de trabalho, por isso, no Brasil, 90% dos presos que deixam os estabelecimentos penais não possuem emprego (PASTORE: 2011, p. 33).

Não obstante, a situação caótica dos presídios que não contribui em nada para a ressocialização dos presos, o Poder Público, de forma tímida, e a sociedade civil organizada vêm desenvolvendo importantes medidas para esse processo. A título de exemplo, o Programa “Começar De Novo”, instituído pela Resolução nº 96/2009 do Conselho Nacional de Justiça, tem sido uma eficaz medida de reinserção dos presos e egressos ao mercado de trabalho. Por meio dele, o CNJ firmou diversos convênios e acordos com entidades públicas e privadas, a exemplo com o SENAI (que já capacitou mais de 1500 presos e egressos) e com a Confederação Brasileira de Futebol (para a

exigência de contratação de presos e egressos nas construções dos estádios da Copa do Mundo de 2014).

1.4.2. Ressocialização de presos estrangeiros.

Como se sabe, os presos estrangeiros, em regra, estão distantes da sua terra natal, dos seus parentes, da sua cultura, dos seus costumes, da sua religião e de pessoas que falam a sua língua. A ressocialização de um apenado em outro país, considerando essas circunstâncias, é algo difícil de acontecer. O descaso das autoridades do país do apenado também influencia negativamente nesse processo.

No tocante à falta de assistência consular, que na concepção de ADOLFO MARESCA significa o “conjunto de funções, de natureza e alcance bastante distintos, que o cônsul desenvolve em favor de seus nacionais para facilitar sua permanência no território do Estado receptor, dirigindo-se para este fim, se fora necessário, às autoridades locais” (apud SALA: 2006), verifica-se que a sua ausência, principalmente aos nacionais de países pobres, tem se revelado bastante preocupante. Nos termos do art. 36 da Convenção de Viena de Relações Consulares de 1963, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, o Estado deve comunicar imediatamente, desde que a pedido do recluso, ao consulado a prisão do respectivo nacional, conservando-se o direito dos representantes consulares de livremente se comunicarem com o recluso. O art. 38 das Regras Mínimas para Tratamento de Recluso da ONU também assegura o direito de o preso estrangeiro se comunicar com o seus nacionais. A intervenção consular se faz importante na medida que possibilita ao apenado o entendimento quanto aos seus direitos processuais e materiais no Estado estrangeiro e inibe possível ação discriminatória deste.

A título de exemplo de atuação de consulado na defesa dos direitos de presos estrangeiros, o Departamento de Monitoramento e

Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, do Conselho Nacional de Justiça, recebeu em outubro do ano passado uma petição (processo PETAVU nº 2011.02.00.000463-1), em que um nacional britânico, recluso na Penitenciária Nelson Hungria, Contagem/MG, reclamava da dificuldade de recebimento de cartas encaminhadas por seus familiares da Grã-Bretanha, de recebimento de visita de representantes do consulado britânico e da falta de concessão de benefícios na execução penal.

Imediatamente, após ser intimado pelo CNJ, o British Consulate-General São Paulo confirmou as reclamações do seu nacional, bem como denunciou outros fatos, como por exemplo, o fato de que: “o mesmo nos relatou que extraiu o próprio dente, pois já não conseguia mais suportar a dor em que se encontrava”. Em virtude da reclamação encaminhada, a justiça mineira verificou que o apenado teria benefício desde 01/02/2012, oportunidade em que fora posto em liberdade.

Na prática, tem se verificado que os países desenvolvidos, inobstante tenha menos presos, são os mais atuantes na proteção aos direitos desses. A título de informação, verifica-se que dos 23 (vinte) países que mais apresentam presos em nosso país (vide tabela Quantidade de Presos Estrangeiros por País), apenas 7 (seis) países possuem acordo bilateral de transferência de presos estrangeiros com o Brasil – Bolívia, Paraguai, Peru, Espanha, Argentina, Portugal e Chile.

Poder-se-ia perguntar sobre a real necessidade de um apenado estrangeiro, sem a mínima intenção de, após o cumprimento da pena, continuar a residir no país, ser obrigado a se integrar à nossa sociedade. Esse certamente é o grande questionamento que permeia e fundamenta os acordos de transferência internacional de pessoas condenadas.

A possibilidade de ressocialização é a garantia efetiva de cumprimento de um direito humano ligado essencialmente à proteção da dignidade da pessoa humana, consoante previsto no art. 10, §3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Com efeito, a ressocialização de presos estrangeiros é bem mais complicada do que a dos nossos nacionais. Além das dificuldades citadas, atualmente, a grande maioria dos presos estrangeiros não tem conseguido retirar a carteira de trabalho para que possa exercer uma atividade lícita, conforme já comentado acima. Sem a CTPS dificilmente o juiz da execução irá permitir que o estrangeiro saia da prisão ou progrida de regime para trabalhar, uma vez que a comprovação da capacidade laborativa tem que ser prévia à concessão do benefício.

Outrossim, o fato de a maioria dos presos estrangeiros cumprir a pena integralmente em regime fechado, por causa de entendimento jurídico refratário aos direitos dos presos estrangeiros, poderá trazer inúmeros prejuízos para esses, principalmente, considerando que quanto mais tempo o preso estrangeiro permanece em outro Estado, mais remoto será o desejo de retornar ao seu país de origem (MIOTO: 1986, p. 138).

Com isso, reputa-se que a melhor medida é a transferência dos presos estrangeiros que queiram terminar o cumprimento em seu país de origem. Mas, contudo, deve-se garantir a permanência do apenado no Brasil, caso o mesmo queira se integrar à sociedade brasileira, com o fim de pagar a pena que deve em solo tupiniquim.

CAPÍTULO 2 – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO AOS PRESOS ESTRANGEIROS.

2.1 – Introdução

Vige na sociedade internacional uma pretensa ideia de tensão entre os Estados, considerando o forte apego ao clássico conceito de soberania. Contudo, no início deste século, a sociedade internacional caminha a passos largos para uma maior aproximação em todas as áreas do conhecimento, e com a seara jurídica não havia de ser diferente. A cooperação entre os Estados surge a partir da compreensão da necessidade da convivência harmoniosa entre os atores internacionais.

Nesse contexto, a cooperação jurídica internacional exerce um papel importante, pelo menos ao que tange ao aspecto jurisdicional, na aproximação dos Estados.

Dessa forma, o que aparenta ser uma nódoa no exercício da soberania, a cooperação jurídica, pode ser justamente um fator preponderante para a preservação dela, dada a necessidade crescente das relações internacionais, formando uma verdadeira teia de comunicação, mais conhecida como globalização (GENRO: 2008, p. 11). A cooperação jurídica internacional preserva a soberania dos Estados, ao requerer o consentimento dos Estados envolvidos nas ações jurídicas.

Nesse viés, a cooperação jurídica internacional é tida como “o resguardo de interesses entre Estados: por um lado, o interesse de um Estado em solicitar auxílio ou cooperação e, por outro, a soberania do Estado requerido na hora de responder à solicitação de auxílio” (GENRO: 2008, p. 11).

Nessa linha, a cooperação jurídica internacional permite que um processo judicial tenha, se necessário, andamento em diversos outros países para a prestação jurisdicional pretendida. Com isso, “a cooperação entre Estados transformou-se em uma das maneiras mais viáveis para resguardar o andamento da Justiça” (GENRO: 2008, p. 12), o que intensifica o entendimento

que a cooperação internacional reforçaria a soberania dos Estados, uma vez que estes se dirigem aos outros por meios legais e diplomáticos para a resolução de conflitos. Não haveria, pois, qualquer ato de coerção de um Estado para com o outro; tudo estaria no plano da igualdade e da solidariedade.

Para NADIA DE ARAUJO (2008, p. 40), no campo da cooperação jurídica internacional, o princípio da boa-fé é o regente de todos os atos jurídicos estrangeiros produzidos pelos Estados. Para a autora, a própria comunidade internacional imputa aos Estados a obrigação de promover a cooperação jurídica internacional, extirpando qualquer resistência ou desconfiança em relação ao cumprimento desses atos jurídicos. Ademais, o ato jurídico estrangeiro não é autoexecutável, sendo indispensável a adequação deste com a ordem pública interna.

Diante dessa brevíssima explanação, conclui-se que a cooperação jurídica internacional “garante o direito de o Estado e seus cidadãos processarem e julgarem litígios de sua competência, mesmo quando elementos indispensáveis à condução do processo se encontrem em jurisdição estrangeira” (GENRO: 2008, p. 12).

2.2 – Cooperação jurídica internacional e Direitos Humanos

A proteção aos direitos humanos é um objetivo a ser perseguido por todos os atores internos e externos de um Estado, reverberando em todas as suas condutas. O Direito Internacional Privado, ainda que num primeiro momento seja encarado como um sistema de resolução de conflitos de lei, também deve seguir essa tendência e contribuir para a proteção à dignidade da pessoa humana.

Para NADIA DE ARAUJO (2010, p. 15), “continuar com o sistema do DIPr do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos, quando é preciso usar a regra da conexão, é correr o risco de ignorar os

anseios da sociedade, dando-lhes as costas. Utiliza-se uma técnica sofisticada – o método conflitual -, mas cega às necessidades do indivíduo”.

Nesse contexto, os direitos humanos encerram uma função de aproximar o Direito Internacional Público, que cuida das relações entre atores internacionais, do Direito Internacional Privado, que versa substancialmente sobre pessoas privadas, com o sentido de intensificar a proteção humana, com mais mecanismos viáveis juridicamente (ERIK JAYME *apud* ARAUJO: 2010, p. 18).

É nesse novel contexto que a cooperação jurídica internacional potencializa a proteção aos direitos humanos e fundamentais, ao servir de instrumento de aproximação dos Estados em determinada área, especialmente no campo do direito de família e penal. A proximidade dos Estados faz com que os mecanismos de proteção aos direitos sejam consideravelmente aumentados, porquanto estarão disponíveis ao cidadão os mecanismos considerados numa relação mútua, e não de forma estanque.

Outrossim, com o fundamento na proteção aos direitos humanos, a cooperação jurídica internacional permite aos Estados se sentirem mais confiantes na adoção de atos produzidos fora do seu ordenamento jurídico, podendo, inclusive, utilizar outras formas de assistência (BECHARA: 2010).

O reconhecimento do que é estrangeiro tem assento constitucional no art. 4, que trata dos princípios que regem as ações do Brasil no mundo. Esses são os princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Na cooperação jurídica internacional os atos propensos a valer juridicamente no direito interno não podem ferir a ordem pública. Aliás, no conceito de ordem pública entendemos que está incluída, como não haveria de ser diferente, a preservação e prevalência dos direitos humanos.

Especificamente sobre o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, por ser mote dessa parte do trabalho, JOSÉ AFFONSO DA SILVA (2010: pp. 54-55) entende que:

(A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade) é reconhecida em vários documentos internacionais. Assim, é um dos propósitos explícitos da Carta da ONU conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário. Há mesmo uma Declaração de Princípios relativos às relações amigáveis e à cooperação entre os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas (1970), que até define a cooperação de uns Estados com os outros como um dever. “Cooperar” significa operar em conjunto, operar um com o outro – o que pressupõe harmonia e solidariedade na busca do objetivo que requer o esforço conjunto. Aqui a cooperação tem como objeto o progresso da Humanidade. A cooperação não importa não importa, de modo algum, limitação da soberania, pois é precisamente com base nesta que ela se realiza. Se não houver soberania, não haverá cooperação, que pressupõe coordenação de atos próprios; mas subordinação, que pressupõe realização de atos impostos por outro. O que a cooperação restringe e até elimina são os conflitos. Constitui ela forma consensual de harmonia, que, por isso mesmo, repele a desarmonia, o conflito, a guerra.

Destarte, a execução de sentença penal estrangeira quando da transferência de presos estrangeiros deve ser calcada na defesa dos direitos humanos e na cooperação entre os Estados, com o intuito de progresso da humanidade, pela possibilidade de ressocialização de indivíduos que cometeram crimes, perante a sua sociedade.

2.3. Cooperação jurídica internacional: conceito e características

A definição da expressão “cooperação jurídica internacional” encerra na doutrina diversas construções. Para RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA (*apud* TOFFOLI e CESTARI: 2008, p. 23), esta expressão é preferida, pois incorpora a ideia de que a prestação jurisdicional pode, no caso prático, depender de ações desenvolvidas no âmbito de outra jurisdição, envolvendo órgãos administrativos e judiciais de Estados envolvidos no intercâmbio de atos processuais e informações.

Na lição de NADIA DE ARAUJO (2008, p. 40), essa expressão significa “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado”. Essa autora ainda noticia que este foi o nome escolhido para o anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, em fase final de elaboração pelo Ministério da Justiça, com vistas a ser encaminhado para o Congresso (ARAUJO: 2011, p. 291).

É bom que se saiba que a cooperação jurídica internacional não se satisfaz somente pela via judicial, ou seja, por meio de processos judiciais e da intervenção do Poder Judiciário. A via administrativa é de grande importância para a finalidade da cooperação jurídica, porquanto possibilita aos Estados a troca de informações jurídicas de forma mais eficaz como, por exemplo, a transferência dos presos estrangeiros, que, de regra, não será efetivada por meio do Poder Judiciário, mas sim por ação de autoridades administrativas, pelo menos no que diz respeito ao Brasil.

Na prática, caso todos os pedidos de cooperação fossem encaminhados ao Poder Judiciário, os assuntos neles veiculados poderiam perder o objeto qualquer diante da morosidade em busca de uma apreciação judicial e estaria, por óbvio, fadado ao insucesso. A atuação administrativa para a consecução da cooperação é de extrema importância por ser mais flexível e rápida. Assim, pode-se dizer que a cooperação jurídica internacional, não

obstante a nomenclatura, caracteriza-se também pela possibilidade administrativa sem a intervenção do Poder Judiciário.

Outrossim, diante da atual configuração da sociedade internacional, a cooperação jurídica internacional se torna cada dia mais necessária, ou mesmo obrigatória, para a prestação jurisdicional pretendida. “Isso exige dos órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional uma comunicação constante e uma ampla troca de informações. É diário o ato de cumprir e requisitar providências diversas de outros países” (ARAÚJO: 2008, p. 41).

Característica ínsita à cooperação internacional é a existência de uma entidade central, que coordene as relações atinentes a informações entre os Estados. Assim, a autoridade central é a responsável pelo recebimento e pelo encaminhamento de pedido de informações, quer de cunho eminentemente jurídico, quer de índole administrativa.

No caso brasileiro, o Ministério da Justiça é órgão encarregado de ser a autoridade central em muitas matérias. Contudo, destaca-se a previsão do Ministério Público Federal como autoridade central na seara do direito de família, especialmente no que tange à Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, conhecida também por “Convenção de Nova York”, de 20 de junho de 1956, incorporada pelo Decreto nº 56.826, de 02 de setembro de 1965. Já a Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH, vinculada diretamente à Presidência da República, é autoridade central quando o assunto envolve menores de idade. Com efeito, a SEDH atua dessa forma perante a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, incorporada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980, incorporada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 e a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores, de 15 de julho de 1989, incorporada pelo Decreto nº 1.212 de 3 de agosto de 1994, com a sua designação pela Presidência da República em 04 de agosto de 2010, pelo Decreto nº 7.256.

Com base no direito comparado, a cooperação jurídica internacional é mais assente na região em que há um espaço comum de relação econômica, tal como acontece, hodiernamente, na Europa. A União Europeia é o exemplo mais nítido do processo de cooperação jurídica internacional em quaisquer matérias, até mesmo em face da existência de um direito comunitário.

Aliás, a intenção para a criação da União Europeia foi a possibilidade de proximidade econômica frente ao avanço esmagador do poder econômico dos Estados Unidos da América, a reconstrução da região pós Segunda Guerra Mundial e entre outros fatores. Com isso, sabe-se que toda relação econômica requer uma regulamentação para se evitar contendas prejudiciais e, caso venham a existir, para resolvê-las. É nesse ínterim, que a cooperação jurídica internacional ganha espaço e passa a ser um importante instrumento de aproximação entre os países.

O Mercosul ainda não conseguiu o mesmo nível de integração dos países europeus (ARAÚJO: 2008, p. 41), dadas as suas bases de formação e de integração dos Estados, marcadamente por serem de regime presidencialista. Inobstante, o Protocolo de *Las Lenãs*, celebrado entre os Estados Partes do Mercosul, a Bolívia e o Chile, e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 2 de julho de 2009, pelo Decreto nº 6.891/2009, é um tratado que padroniza a cooperação jurídica em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. Cita-se também a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, incorporada à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 2.411, de 2 de dezembro de 1997.

2.4. Espécies de cooperação jurídica internacional

A cooperação jurídica internacional, de cunho tradicional, se efetiva por meio de cartas rogatórias e do reconhecimento e execução de

sentenças estrangeiras, institutos consagrados no direito processual civil brasileiro e no de outros países. Há, ainda, ações de cunho administrativo, hoje conhecidas como auxílio direto, e a prestação de informações sobre o direito estrangeiro (ARAÚJO: 2008, p. 42).

No Brasil, a legislação doméstica para a cooperação jurídica internacional se apresenta de forma “fragmentada”, sendo regulada na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, na Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como em diversos tratados que tratam dessa cooperação entre o Brasil outros Estados em relação a matérias específicas (ARAÚJO: 2008, p. 42).

Como já visto acima, a cooperação internacional pode ser concretizada tanto pela via judicial quanto pela via administrativa, de forma ativa e passiva. Quando pela via administrativa, cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o recebimento, encaminhamento, resposta ou pedido; a atuação desse órgão está regulamenta no Decreto nº 4.991/2004.

Já na via judicial, quando o Brasil é a parte passiva, os pedidos de execução de carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira é da competência do STJ, uma vez que a Emenda Constitucional nº 45/2004 retirou essa competência do STF e a transferiu para aquele. Em relação aos pedidos de auxílio direto, as autoridades centrais são as competentes para tramitar os feitos.

2.4.1 – Carta rogatória

Para NÁDIA DE ARAÚJO (2011: p. 303), as cartas rogatórias “são um pedido formal de auxílio para a instrução de processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro”.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, nos termos da nova redação do art. 105, inc. I, alínea “i”, da Constituição Federal, como já comentado.

O cumprimento de uma carta rogatória pode se dar por dois tipos: ativo e passivo. O ativo acontece quando o Brasil, por meio do Ministério da Justiça, cujo órgão responsável é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, envia a carta rogatória, e, de modo inverso, o passivo, acontece quando a carta rogatória é encaminhada por outro país para a deliberação do Superior Tribunal de Justiça ou para a autoridade central, a depender do tipo de pedido.

Fazendo um pequeno parêntese, “deliberação” pode ser conceituada como “uma jurisdição pontual, restrita à aferição da observância aos princípios fundamentais, sem possibilidade de análise de mérito originário, de modo a vedar ao juiz nacional o papel de instância recursal do juiz estrangeiro” (MENDES DA SILVA: 2006, 506).

A possibilidade da utilização da carta rogatória para cooperação jurídica internacional está prevista no art. 201 do Código de Processo Civil (*Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos*), e os requisitos para a concessão do *exequatur* da carta no Brasil encontram listados no art. 202 do CPC:

Art. 202. São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória:

I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto;

IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

§ 1º O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas.

§ 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

§ 3º A carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória pode ser expedida por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei.

Quanto a essa questão dos requisitos para o cumprimento das cartas rogatórias, impende pontuar que cabe à legislação do país de onde provém a carta rogatória a fixação da forma e o modo de encaminhamento, e compete ao país receptor os requisitos de aferição de conteúdo e cumprimento (ARAÚJO: 2011, p. 304). Segundo BEAT WALTER RECHSTEINER (2005, p. 292), não haverá o cumprimento de carta rogatória quando a matéria for de competência exclusiva do Brasil (art. 89 do Código de Processo Civil), sob pena de malversação da ordem pública.

Fator preponderante na seara do cumprimento das cartas rogatórias é o fato da inexistência da uniformização de cumprimento das cartas rogatórias na sociedade internacional. E isso é devido por causa da existência de diversos tratados internacionais, quer bilateral, quer multilateral. A respeito, NÁDIA DE ARAÚJO (2011, p. 304) elenca três situações que ocorrem, por causa da falta de harmonização dos procedimentos do tema: a) quando existem normas internacionais disciplinando o tema no âmbito de diversos países, como acontece no Mercosul, em virtude do Protocolo de *Las Leñas*; b) quando existe tratado bilateral entre dois países; e c) quando não qualquer tipo de tratado entre os dois países cooperantes.

Ademais, considerando esta última situação, se o Brasil não tiver firmado qualquer tratado com o outro país, a carta rogatória proveniente deste país deverá ser encaminhada ao Brasil por meio diplomático, após a devida tradução – isso vale tanto para a carta rogatória passiva, quanto para a ativa (RECHSTEINER: 2005, p. 290).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o procedimento de cumprimento às cartas rogatórias segue o procedimento disposto na Resolução nº 9/2005 do próprio Tribunal, que “consolidou as regras e práticas do STF, estabelecendo as regras da tramitação e seus prazos” (ARAÚJO: 2011, p. 305).

2.4.2 – Homologação de sentença estrangeira

Esse tipo de cooperação tem mais nuances que o das cartas rogatórias, e não haveria de ser de outro modo, tendo em vista que se pretende que uma decisão estrangeira tenha eficácia no ordenamento jurídico de outro país.

Impende comentar que nenhum país é obrigado a homologar sentença advinda de outro. Contudo, diante de diversos tratados e das legislações internas, permite-se a homologação e o cumprimento da sentença desde que observados alguns requisitos.

De regra, o país que homologa não reexamina o mérito da questão no tocante à justiça ou injustiça da decisão, resguardada, todavia, a possibilidade de reexame de provas, mas apenas o Estado verifica se a sentença estrangeira não fere a ordem pública interna, instaurando-se, assim, o que se chama de “contenciosidade limitada”. Ademais, a homologação da sentença estrangeira por parte do Brasil não requer a reciprocidade de sentença brasileira nesse outro país (RECHSTEINER: 2005, pp. 261-273).

Após a homologação, a sentença estrangeira produzirá os mesmos efeitos de uma sentença nacional, tais como coisa julgada e litispendência, sendo da competência da Justiça Federal de 1º grau o cumprimento da sentença após a homologação. Antes da homologação, a sentença estrangeira apenas terá efeitos probatórios (RECHSTEINER: 2005, pp. 262-271).

A homologação da sentença estrangeira poderá ser parcial, a pedido da parte interessada. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já era nesse sentido (Cf. SE nº 2.396-EUA) e a Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça também prevê essa possibilidade de homologação de sentença estrangeira (art. 4º, §2º).

Para BEAT WALTER RECHSTEINER (2005, p. 267-277), toda e qualquer sentença estrangeira deve ser posta para homologação do Superior Tribunal de Justiça, incluindo-se as de jurisdição voluntária, os laudos arbitrais e as provenientes de processos cautelares. O referido autor ainda informa que o Supremo Tribunal Federal, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, pouco indeferia a homologação das sentenças estrangeiras, e quando agia assim, em grande parte, não homologava por causa de ausência de requisitos processuais indispensáveis, de acordo com o direito brasileiro, como a citação do réu domiciliado no Brasil em processos de natureza cautelar.

Há observar também os requisitos externos, que são aqueles que acompanham a sentença estrangeira. O art. 5º da Resolução nº 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça enumera os requisitos necessários para a homologação das sentenças estrangeiras, quais sejam: a) haver sido proferida por autoridade competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter transitado em julgado; e d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Até o momento, não diferenciamos as sentenças estrangeiras em cíveis e penais, e foi proposita. As questões atinentes à homologação de sentença penal estrangeira a ser cumprida no Brasil serão analisadas

conjuntamente com o instituto da transferência de pessoas condenados em tópico posterior. Assim, os comentários acima só valem para as sentenças estrangeiras de natureza cíveis.

2.4.3. Pedido de auxílio direto

Esse instrumento difere dos outros dois (carta rogatória e sentença estrangeira) por ser mais rápido e menos burocrático, destinando-se a matérias que não tenham um cunho necessariamente jurisdicional, e que não conflite com a soberania e a competência jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro.

O auxílio direto tem assento na legislação infraconstitucional, mais especificamente no art. 7º, parágrafo único, da Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça (*os pedidos de Cooperação Jurídica Internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Supremo Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento do auxílio direto*) e nos diversos tratados sobre cooperação jurídica internacional incorporados à ordem jurídica brasileira. Para CAROLINA YUMI DE SOUZA (2008, p. 319), a causa da existência do auxílio direto é, em parte, devido à impossibilidade de conceder *exequatur* às cartas rogatórias de caráter executório.

Trata-se, pois, de uma modalidade em que as próprias autoridades centrais buscam o contato direto, dispensando a intervenção do Poder Judiciário. Enquanto os outros dois tipos de cooperação jurídica internacional acima comentados têm procedimentos próprios e enfrentam a morosidade do Poder Judiciário, o auxílio direto, como o próprio nome leva a concluir, não é afeto aos trâmites jurisdicionais, mas sim à área administrativa. Segundo TARSO GENRO (2008, p. 12):

A experiência do Ministério da Justiça como Autoridade Central brasileira para a cooperação jurídica internacional demonstra que os números de pedidos de auxílio direto e cartas rogatórias que transitam no Brasil são crescentes. Em 2004, por exemplo, tramitaram pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI-SNJ) cerca de 2.907 solicitações de cooperação jurídica. Esse número aumentou consideravelmente para aproximadamente 3.653 solicitações no ano de 2007.

O pedido de auxílio direto é, certamente, uma maneira mais fácil e acessível de se viabilizar a cooperação jurídica internacional. Por isso é crescente a sua utilização entre os países. O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional é a Autoridade Central para os pedidos de auxílio direto, mas não se pode esquecer que os próprios órgãos dos outros poderes também podem prestar o auxílio direto. A título de exemplo cita-se: a) a Secretaria Especial de Direitos Humanos, subordinada à Presidência da República; b) o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça; c) a Assessoria Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República; e d) a Assessoria Internacional do Supremo Tribunal Federal. Esses são alguns dos órgãos que podem pedir ou receber auxílio direto sem a necessidade das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras, em decorrência da matéria a ser tratada, que será por via administrativa.

Ademais, para CAROLINA YUMI DE SOUZA (2008, pp. 322-323), no uso do auxílio direto, as autoridades centrais poderão aplicar institutos jurídicos de qualquer um dos Estados membros envolvidos no tratado, podendo-se chegar a um resultado mais justo.

Diante dessas pequenas considerações sobre este instituto da cooperação jurídica internacional, verifica-se que a transferência de presos estrangeiros irá se efetivar com base no direito aplicável de auxílio direto, não

necessitando a sentença estrangeira penal passar pelos trâmites judiciais próprios das sentenças estrangeiras cíveis, com as autoridades centrais executando todo esse processo em vias administrativas. Esse assunto será retomado mais aprofundamento no próximo capítulo.

2.5 – Cooperação jurídica internacional em matéria penal

A constante movimentação de pessoas, produtos e recursos financeiros provoca o que chamamos de globalização. Como não havia de ser diferente, nessa movimentação também se inserem os criminosos. Com a facilidade de locomoção entre os países, provocada pela engenharia aeronáutica e a possibilidade de cometimento de crimes pela internet, os países veem na cooperação jurídica internacional uma importante medida para evitar a impunidade de criminosos. É nesse contexto fático atual que se insere a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Segundo VLADIMIR ARAS (2010, p. 61), por cooperação jurídica internacional em matéria penal, fundamentada na ideia de solidariedade universal, “entende-se o conjunto de mecanismos postos à disposição de Estados e organizações internacionais especializadas para viabilizar ou facilitar a persecução criminal ou a execução penal. Trata-se de modalidade do gênero cooperação jurídica internacional, que engloba também instrumentos civis de ajuda interetática”.

Para SERGIO FERNANDO MORO (2010, p. 15-19), a cooperação nessa área tem que ser a maior possível, considerando que a vivência num mundo globalizado, com intensas relações econômicas e culturais, e que todos os países, de alguma forma, são vizinhos. Ademais, o autor elenca uma série de medidas que podemos verificar nesse tipo de cooperação: a) atos de comunicação de atos jurídicos, como a citação ou intimação; b) produção de provas, quando, por exemplo, se requer a oitiva de uma testemunha ou a colheita de prova documental; c) a efetivação de

medidas de cunho assecuratório, como arresto ou sequestro de bens; d) efetivação de decretos de confisco criminal; e e) a extradição, com eventualmente prévia prisão do extraditando.

A ordem proposta pelo autor segue uma gradação de coercibilidade do ato a ser executado por um dos Estados, partindo-se do de menor para o de maior. Dessa forma, na medida em que for o ato de coercibilidade for maior, maiores serão “as exigências para o seu atendimento pelo País Requerido, bem como o rigor em sua avaliação” (MORO: 2010, p. 19). Daí o fato de a extradição ser uma medida de extrema e sensível para a república, que, mesmo com a reforma do Poder Judiciário determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência para o seu processamento julgamento continua com o Supremo Tribunal Federal.

Na seara da cooperação jurídica internacional, incluímos os procedimentos de transferência internacional de presos estrangeiros, pois essa transferência só é possível com a convergência de interesses dos países envolvidos, após o aceite do preso, como será melhor detalhado. Há ainda que mencionar como forma de cooperação em matéria penal, o procedimento de entrega de pessoas ao Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 102 do Estatuto de Roma, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto nº 4.388/2002.

Ainda que próprios da área penal, alguns atos dispensam manifestação do Poder Judiciário. As autoridades policiais dos Estados podem trocar informações entre si sobre suspeitos e acusados e casos judiciais, desde que isso não implique na liberdade de locomoção daqueles, como a prisão para a extradição, e não transgrida dados sigilosos (MORO: 2010, p. 20).

Em caso de matéria que requeira a intervenção judicial, no caso do Brasil, a autoridade administrativa que receber o pedido de cooperação, que não seja uma carta rogatória ou uma sentença estrangeira, deverá encaminhar a matéria ao Ministério Público Federal para este tomar as providências cabíveis perante o Juízo Federal criminal competente de 1ª instância (MORO: 2010, p. 24).

Nesse passo, é de bom alvitre aduzir que vige na cooperação jurídica internacional em matéria penal o princípio do *locus regit actum*, em que o direito aplicável será o do Estado requerido, salvo disposição de tratado ou de lei interna em contrário (MORO: 2010, p. 27).

As limitações ao cumprimento dos atos requeridos na seara penal não diferem das relativas à matéria civil. Há observar que nenhum ato poderá ser executado se transgredir lei ou for contrário à ordem pública. Nesse ínterim, SERGIO FERNANDO MORO (2010, p. 43) sugere que, na seara criminal, o conceito de ordem pública deve ser aquele que protege os direitos fundamentais do acusado ou investigado.

O Brasil assinou diversos tratados e convenções, dando conta da cooperação jurídica internacional em matéria penal. Desse rol, cita-se (ARAS: 2010, pp. 67-69):

- a) A Convenção de Havana de Direito Internacional Privado (Código de Bustamante), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929;
- b) Convenção de Palermo, que versa sobre a cooperação para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional, incorporada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004;
- c) Convenção de Mérida, que trata da cooperação internacional no combate à corrupção e recuperação de ativos, incorporada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006;
- d) Acordo de Extradicação entre os Estados partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, incorporado pelo Decreto nº 5.867, de 3 de agosto de 2006;
- e) Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Protocolo de San Luis), incorporado pelo Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2007;

- f) Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, incorporada Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008;
- g) Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Convenção de Manágua), incorporada pelo Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006;
- h) Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção de Caracas), incorporada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002;
- i) Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Convenção de Barbados), incorporada pelo Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

Além desses, há uma gama de outros tratados celebrados bilateralmente pelo Brasil em relação à extradição e outras matérias próprias da cooperação jurídica internacional em matéria penal. Os tratados de transferência de presos estrangeiros serão analisados no próximo capítulo.

Em relação à autoridade central, nessa matéria, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, vinculado ao Ministério da Justiça, é o órgão que mais vezes figura com essa função. Contudo, para VLADIMIR ARAS (2010, p. 86), a função de autoridade central, nos tratados de cooperação jurídica internacional, na esfera penal, deveria ser da Procuradoria-Geral da República, com fundamento no art. 129, inc. I, da Constituição, posto que é deste os pedidos de cooperação jurídica internacional que são incidentes à ação penal, e esta, como é cediço, é da competência exclusiva do Ministério Público.

CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESOS ESTRANGEIROS

3.1 – Conceito

A transferência de presos estrangeiros, como o próprio nome sugere, é a modificação do local de cumprimento de pena do preso de outro país. Trata-se de instituto afeto ao Direito Internacional, não se confundindo com a remoção ou transferência de estabelecimento, que são próprios do Direito interno pátrio. Assim, a transferência internacional de presos estrangeiros desenvolve-se entre Estados soberanos, necessitando, pois, para a consecução dos fins previstos do instituto, de acordos de transferência.

ELA CASTILHO (2008, p. 243) conceitua a transferência de pessoas condenadas como "ato bilateral Internacional discricionário, condicionado ao consentimento da pessoa transferida".

O instituto da transferência de presos assume uma importante medida no cumprimento de pena dos presos estrangeiros. No atual quadro normativo constitucional e internacional, pode-se dizer que este instituto assume um caráter humanitário, devendo ser regido por normas afetas aos Direitos Humanos, uma vez que reconhece ao preso estrangeiro o direito subjetivo de cumprir a pena em seu território, perto de seus familiares, onde terá uma maior possibilidade de se ressocializar.

Segundo ELA CASTILHO (2008, p. 235), a transferência de apenados é a forma de cooperação internacional menos utilizada. Aliás, a autora equipara a transferência a uma "espécie da execução de sentença penal estrangeira".

3.2. Natureza jurídica

Historicamente, no 5º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, em Genebra/Suíça, em 1975, mediante estudo realizado pela Associação Internacional de Ajuda ao Preso, a transferência de presos ganhou envergadura internacional (SOUZA: 2007, p. 253).

Contudo, a transferência de presos ainda não se firmou como um instituto aplicável mundialmente nos inúmeros ordenamentos jurídicos, inclusive no nosso. Para ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (2007; p. 254), esse instituto é uma ótima oportunidade para o desenvolvimento da internacionalização da execução penal, permitindo o alargamento das fronteiras do Direito Penal Internacional “que, em regra, terminava nas questões atinentes ao rol de delitos e das jurisdições penais internacionais, não adentrando no terreno da execução de penas e medidas de segurança no cenário supranacional”.

Assim, entendemos que os acordos de transferência de presos estrangeiros são de cunho humanitário, pois têm o fim de possibilitar a diminuição de “sofrimento daquele que se encontra numa situação duplamente desafortunada: a de encarcerado e a de distante de seus círculos familiar e cultural” (SOUZA: 2007, p. 257). Na mesma esteira, VLADIMIR ARAS (2010, p. 73) entende que a transferência de presos estrangeiros “guarda um peculiar propósito humanitário, pois se destina a propiciar a execução penal no país de origem do condenado”. JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI e VIRGÍNIA JUNGER CESTARI (2009, p. 21) também sustentam a tese da natureza jurídica humanitária dos acordos de transferência de apenados.

Ademais, são instrumentos que visam a preservar a dignidade da pessoa do preso, na medida em que permite que estes cumpram a pena no seu país de origem, junto com os familiares, sob as regras morais da sua cultura. A possibilidade de ressocialização, ainda que mínima, deve ser potencializada e permitida ao condenado. Não há nada de mais humano em possibilitar que um preso se reintegre à sociedade.

Dessa forma, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e partindo da premissa que os acordos de transferência de presos estrangeiros são tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento pátrio, poderão adquirir força de emendas constitucionais ou de normas supralegais, dependendo do processo legislativo. Caso o Congresso Nacional aprove o acordo conforme o rito das emendas constitucionais, esse terá status de norma constitucional; caso seja incorporado pelo procedimento padrão das normas internacionais ao ordenamento brasileiro, terá *status* de norma supralegal, ou seja, estará “acima” da legislação ordinária e complementar e abaixo da Constituição. Encarar esse acordos como tratados de direitos humanos é muito importante para o desenvolvimento do tema, uma vez que permite aos Estados o desenvolvimento de políticas voltadas para os presos estrangeiros, buscando-se por uma solução da situação jurídica e fática que apresentam.

Ainda pugnando pela natureza jurídica de direitos humanos dos acordos de transferência, verifica-se que o apenado tem o direito, ainda que mitigado pela vontade dos Estados, de poder se transferir para cumprir pena no seu Estado de origem. Ademais, ainda com base no caráter humanitário, há a obrigação de o Estado buscar o seu nacional onde quer que este esteja, independentemente de previsão de acordo de transferência, para que o apenado cumpra a pena ao lado de seus nacionais, porquanto provavelmente estará bem perto de seus familiares.

O Estado não pode se furtar de “assumir a tarefa da execução da pena de seu nacional”. Trata-se de corresponsabilizá-lo pela lesão causada pelo seu nacional a outro Estado (SOUZA: 2007, p. 257). Contudo, os acordos de transferência celebrados pelo Brasil contêm a cláusula de *não-aceitação* da transferência por qualquer um dos Estados envolvidos, desde que a fundamente (BRASIL: 2010, p. 11). Para ARTUR DE BRITO GUEIROS DE SOUZA (2007: p. 265), essa decisão não precisa ser fundamentada, dada a soberania do Estado e a caráter humanitário do instituto.

A propósito, JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR (1995, p. 111) entende que aceitação da execução de sentença penal estrangeira de um

nacional importa em ato de soberania. Sustenta o caráter humanitário da transferência internacional de condenados, sendo “um ato imperativo de humanização das penas e de garantia dos direitos humanos do condenado.” Acrescenta que “o cumprimento de pena no estrangeiro, fora do ambiente natural e familiar do condenado, além de não contribuir para seu adequado reajustamento social, além de importar em despesa inútil para o Estado”.

Ainda na esteira da humanidade do instituto, consigne-se que a transferência só será efetivada com a aquiescência do apenado estrangeiro. Assim, caso o estrangeiro não concorde com a transferência, o Estado não poderá transferi-lo, subsistindo, todavia, a faculdade de o Estado expulsá-lo.

Os Estados guardam a prerrogativa de sempre que for cabível investigar se o apenado realmente manifestou a sua concordância com a transferência. Isso em parte se sustenta, quando forem verificadas ilegalidades no trâmite da transferência do apenado, como a falta de concordância ou eventual vício dela (SOUZA: 2007, p. 258).

Caso seja somente transferido internacionalmente, o apenado não sofrerá nenhuma sanção, tal como ocorre quando ele é expulso. Dessa forma, por exemplo, o apenado não terá nenhum impedimento de retornar ao país, tal como ocorre com a expulsão, por força do art. 338 do Código Penal.

Os acordos de transferência preveem o Ministério da Justiça como Autoridade Central pela parte do Brasil. Assim, tem-se entendido que cabe a este deliberar definitivamente pela transferência. Impende observar que, no Brasil, a transferência de apenados só poderá ser efetivada diante de um acordo de transferência (BRASIL: 2010, p. 7).

Impende sobrelevar o alerta feito por ELA CASTILHO (2008, p. 236) de que todos os acordos de transferência de que o Brasil é parte, há cláusula obrigando as autoridades competentes dos Estados acordantes a informarem aos nacionais do outro Estado "sobre a possibilidade da aplicação do tratado e sobre as consequências jurídicas derivadas de sua transferência". Isso é de fundamental importância, uma vez que esses acordos não são de conhecimento de todos. Porém, parece que essa obrigação, pelo menos no

Brasil, não vem sendo cumprida com a devida atenção exigida. É que o Estado brasileiro ainda tem dificuldades de mapear todos os presos estrangeiros em seus diversos estabelecimentos penais. Por isso, o esforço que vem sendo desenvolvido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e da Execução de Medidas Socieducativas, do Conselho Nacional de Justiça e o Departamento de Estrangeiros, órgão do Ministério da Justiça, no sentido de criar mecanismos que se permita, em curto espaço de tempo, verificar a nacionalidade dos apenados estrangeiros, é de fundamental importância para o futuro do instituto da transferência.

O efetivo mapeamento dos presos estrangeiros é importante para que todos possam conhecer sobre os benefícios que a transferência internacional poderá lhes proporcionar.

3.3 - Transferência de pessoas condenadas no direito comparado

O primeiro tratado sobre a transferência de pessoas condenadas foi celebrado na data de 1951 entre o Líbano e a Síria. Em 1963, entrou em vigor o Acordo de Cooperação entre Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia e Dinamarca, que permitiu aos presos cumprirem pena em qualquer desses países do qual fossem nacionais. Em 1977, foi a vez da América receber a atenção sobre o instituto da transferência de apenados; os Estados Unidos celebraram com o México e com o Canadá acordos de transferência de presos (SOUZA: 2007, PP. 266-267)

Contudo, consoante ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (2007: p. 267), o desenvolvimento do instituto da transferência de presos se deu com a Convenção Europeia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, celebrada em Estrasburgo, França, em 1983, uma vez que foi o primeiro tratado multilateral sobre o assunto. Embora celebrada no âmbito da Europa, a Convenção permite a adesão de países do mundo inteiro.

A sua grande importância, com efeito, foi a de ter sido “o primeiro tratado multilateral a vigorar após a elaboração do Tratado-modelo propugnado pelas Nações Unidas” (SOUZA: 2007, p. 267).

Os dispositivos dos acordos celebrados pelo Brasil em grande parte se assemelham aos da Convenção de Estrasburgo, o que denota a importância desse normativo também para o desenvolvimento do instituto da transferência no ordenamento brasileiro.

Em 6 de setembro de 1985, a ONU publicou o Acordo modelo sobre a transferência de prisioneiros estrangeiros, que o Brasil vem adotando para a celebração dos seus acordos.

3.4 - Acordos de transferência de presos estrangeiros

Atualmente, o Brasil mantém 10 (dez) Acordos de Transferência de Pessoas Condenadas, e outros 13 (treze) em tramitação legislativa. Valendo-se da compilação feita pelo Departamento de Estrangeiros, temos:

ACORDOS DE TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS NO BRASIL EM VIGOR

País	Histórico
Argentina	Assinado aos 11 de setembro de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.875, de 23 de julho de 2001. Diário Oficial de 24 de julho de 2001.
Bolívia	Assinado aos 26 de julho de 1999 e promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20

	de junho de 2007. Diário Oficial de 21 de junho de 2007.
Canadá	Assinado aos 15 de julho de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 2.547, de 14 de abril de 1998. Diário Oficial de 15 de abril de 1998. Pode também ser utilizado a Convenção de Managuá.
Chile	Assinado aos 29 de abril de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.002, de 26 de março de 1999. Diário Oficial de 29 de março de 1999. Pode ser utilizado a Convenção de Managuá.
Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	<p>Concluída em Manágua, em 09 de junho de 1993 e promulgada pelo Decreto nº 5.919, de 03 de outubro de 2006, com reserva à primeira parte do §2º do artigo VII, relativa à redução dos períodos de prisão ou de cumprimento alternativo da pena. Diário Oficial de 04 de outubro de 2006.</p> <p>Signatários: Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela.</p>
Espanha	Assinado aos 7 novembro de 1996 e promulgado pelo Decreto nº 2.576 de 30 de abril de 1988. Diário Oficial de 4 de maio de 1988.
Paraguai	Assinado aos 10 de fevereiro de 2000 e promulgado pelo Decreto nº 4.443, de 28 de outubro de 2002. Diário Oficial de 29 de outubro de 2002.
Peru	Assinado em Lima, em 25 de agosto de 2003 e promulgado pelo Decreto nº 5.931, de 13 de outubro de 2006. Diário Oficial de 16 de outubro de 2006.

Portugal	Assinado em Brasília, aos 5 de setembro de 2001 e promulgado pelo Decreto nº 5.767, de 02 maio de 2006. Diário Oficial de 03 de maio de 2006
Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	Assinado aos 20 de agosto de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 4107, de 28 de janeiro de 2002. Diário Oficial de 29 de janeiro de 2002.

Em tramitação legislativa

País	Assinatura
Turquia	7 de outubro de 2011
Síria	30 de junho de 2010
Ucrânia	2 de dezembro de 2009
Bélgica	4 de outubro de 2009
Países Baixos	23 de janeiro de 2009
Venezuela	27 de junho de 2008
Italiana	27 de março de 2008
Panamá	10 de agosto de 2007
Moçambique	6 de julho de 2007
Comunidade dos Países de Língua Portuguesa	23 de novembro de 2005

Angola	3 de maio de 2005
Suriname	16 de fevereiro de 2005
Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul e entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile	16 de dezembro de 2004

FONTE: Departamento de Estrangeiros, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, set/2012.

Verifica-se que os 10 (dez) acordos celebrados pelo Brasil detêm o *status* de supralegalidade, tendo em vista a natureza jurídica desse tipo de transferência. Em relação aos 10 (dez) acordos ainda em tramitação é de suma importância que o Ministério da Justiça envie esforços para que sejam incorporados pelo trâmite próprio das emendas constitucionais, para que sejam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao *status* humanitário do instituto da transferência de presos estrangeiros.

3.5 - Classificação da transferência de presos estrangeiros

A transferência de presos estrangeiros pode acontecer de duas formas: ativa e passivamente.

Segundo o Departamento de Estrangeiros, do Ministério da Justiça (2010, pp. 7-8), o modo ativo da transferência, ocorre quando um brasileiro, cumprindo pena em outro país, pede que seja transferido para o Brasil. Abaixo constam tabelas dando conta de quantos pedidos de transferências ativas foram realizados e quantas foram efetivadas, até julho de 2012:

PEDIDOS DE TRANSFERÊNCIA ATIVA		TRANSFERÊNCIAS ATIVAS EFETIVADAS	
1995	1	1995	0
2002	2	2002	0
2003	10	2003	0
2004	22	2004	1
2005	9	2005	2
2006	31	2006	1
2007	45	2007	8
2008	45	2008	10
2009	35	2009	12
2010	50	2010	15
2011	60	2011	8
2012	33	2012	18
TOTAL =	343	TOTAL =	75

Fonte: Departamento de Estrangeiros, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, set/2012

A forma passiva acontece quando o estrangeiro condenado no Brasil pede para que seja transferido para seu país de origem ou qualquer outro. Abaixo constam tabelas dando conta de quantos pedidos de

transferências passivas foram realizados e quantas foram efetivadas, até julho de 2012:

PEDIDOS DE TRANSFERÊNCIA PASSIVA		TRANSFERÊNCIAS PASSIVAS EFETIVADAS	
1999	1	1999	0
2000	1	2000	0
2002	1	2002	0
2004	1	2004	0
2005	9	2005	0
2006	11	2006	2
2007	7	2007	1
2008	15	2008	0
2009	13	2009	0
2010	36	2010	1
2011	146	2011	13
2012	41	2012	10
TOTAL =	282	TOTAL =	27

Fonte: Departamento de Estrangeiros, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, set/2012

As maiores dificuldades enfrentadas pelo Departamento de Estrangeiros para a realização das transferências vêm do Poder Judiciário. Em se tratando de transferência passiva, há ainda muitos Juízes que não liberam o apenado ou por não lhes reconhecer o direito de progressão e livramento condicional ou por não compreender que a transferência não é um perdão de pena e que o apenado deverá continuar cumprindo a pena no país para onde foi transferido. E esse cumprimento deve ser assegurado pelo país recebedor, sob pena de responsabilidade internacional em virtude de descumprimento de tratado.

Em relação à transferência ativa, os Juízes da Execução Penal não garantem vaga para o apenado brasileiro, ante o argumento de superlotação dos presídios que fiscalizam. Ora, esse jamais pode ser um empecilho para a transferência de apenado brasileiro e pretendente a retornar ao seu país para cumprir a sua pena. Não se pode negar um benefício, que se pode dizer que é de execução penal, que está previsto num acordo de direitos humanos devidamente incorporado à nossa ordem jurídica.

3.6. Objeto da transferência de presos estrangeiros.

Em regra, a transferência se dá com presos estrangeiros que cumprem pena privativa de liberdade. Contudo, os Acordos poderão alargar o campo de abrangência para se permitir a transferência de pessoas que cumprem penas restritivas de direito, *sursis*, livramento condicional, etc.

Por exemplo, o Acordo de transferência de pessoas condenadas entre Brasil e Argentina prevê que o transferido poderá ocorrer quando o apenado estiver cumprindo livramento condicional.

É possível ainda a transferência de menor infrator. Os acordos que preveem essa possibilidade são i) Brasil/Argentina (art. 14); ii) Brasil/Bolívia (art. 14); iii) Brasil/Canadá (art. 9º, §2º); iv) Brasil/Chile (art. 9º, §2º); v) Brasil/Espanha (art. 9º, §2º); e vi) Brasil/Paraguai (art. 3º, “e”)

Há ainda a possibilidade de transferência de apenado que esteja cumprindo pena de medida de segurança. Por exemplo, os acordos que contêm essa possibilidade expressa foram os realizados entre i) Brasil/Canadá (art. 9º, §2º); ii) Brasil/Chile (art. 9º, §2º); iii) Convenção Interamericana (art. 9º); iv) Brasil/Espanha (art. 9º); v) Brasil/Paraguai (art. 3º, 'e'); e vi) Brasil/Peru (art. 8º, §2º).

A transferência de menor infrator e a de cumpridor de medida de segurança devem ser possíveis, ainda que não expressas nos acordos. O termo “pessoa” deve ser interpretado em seu sentido mais amplo, a ponto de englobar qualquer indivíduo, qualquer que seja a idade, qualquer seja a sua condição física ou mental.

Outrossim, são esses tipos de transferências que poderão dar maiores resultados, uma vez que os menores infratores e os cumpridores de medida de segurança poderão cumprir a sua pena mais perto de seus familiares. O menor terá a oportunidade de melhor se desenvolver e o cumpridor de medida de segurança será presumidamente melhor acompanhado, ambos por seus familiares ou seus conterrâneos.

3.7. Condições para a transferência

Analisando os Acordos em vigor, ELA CASTILHO (2008, p. 245) elenca sete condições essenciais para a caracterização da transferência:

a) nacionalidade da pessoa condenada correspondente ao Estado recebedor;

Parece que essa não é uma condição essencial para a caracterização da transferência, uma vez que o apenado poderá cumprir a pena em país diverso de sua origem, uma vez que poderá cumpri-la onde se encontram os seus parentes, dada a finalidade da transferência que é a ressocialização do apenado, salvo previsão convencional em contrário.

Sem prejuízo do dito, os Estados acordantes poderão estipular essa condição, como ocorre no caso dos acordos Brasil/Portugal (art. 2º) e Brasil/Reino Unido (art. 3º, “a”);

b) Trânsito em julgado da sentença;

Essa é uma *conditio sine qua non* da transferência. Sem a definitividade do decreto condenatório não há como transferir apenado, uma vez que se transfere a execução penal, não a custódia provisória. Essa condição está presente em todos os acordos celebrados pelo Brasil. Ademais, não há como transferir um preso provisório tanto pelo princípio da presunção de inocência, quanto pela prerrogativa estatal de investigação e punição dos cometedores de crime.

c) suficiente lapso de pena pendente de cumprimento, aferido no momento da solicitação;

Com efeito, a transferência deverá se realizar com o fim de execução da sentença em outro país. Não se trata de mera devolução de apenados para o Estado de origem. Necessita-se, assim, que a medida executória tenha relevância na condição de apenado do transferido, devendo cumprir uma repreensão estatal, e, caso haja a transferência de apenado com ínfima pena a cumprir, o instituto da transferência perde a sua finalidade essencial, que é a sua ressocialização.

Nesse sentido, embora não prevista em todos os acordos, a pena mínima poderá ser de 1 (um) ano, a exemplo dos acordos Brasil/Bolívia (art.4, “d”), Brasil/Paraguai (art. 3º, “c”) e Brasil/Peru (art. 3º, “d”)., e de 6 (meses), consoante se encontra nos acordos Brasil/Chile (art. 3º, “c”), Convenção Interamericana (art. 3º, §6º), Brasil/Espanha (art. 3, “c”), Brasil/Portugal (art. 3º, “c”) e Brasil/Grã-Bretanha (art. 3º, “c”).

d) Consentimento voluntário da pessoa condenada;

Trata-se de um consentimento qualificado, uma vez que é obrigação dos Estados envolvidos esclarecer sobre todos os efeitos possíveis da transferência, ainda mais se realizada em concomitância com a expulsão. Assim, visualiza-se a materialização do caráter humanitário da transferência, pois o condenado poderá escolher onde cumprirá a pena. É que pode acontecer de o estrangeiro que aqui cumpre pena (e o mesmo vale para o brasileiro que cumpre pena no exterior) não desejar voltar para o seu país de origem por diversos fatores, como religiosos, étnicos, raciais, de guerra civil, etc.

Outrossim, há previsão em todos os acordos que o país recebedor poderá diligenciar no sentido de apurar se realmente o consentimento foi livre e desimpedido.

e) Dupla incriminação do fato como crime;

Com efeito, essa condição vem expressa em alguns dos acordos de transferência celebrados pelo Brasil, como, os acordos Brasil/Canadá (art. 3º, “a”), Brasil/Chile (art. 3º, “a”), Convenção Interamericana (art. 3º, §4º), Brasil/Paraguai (art. 3º, ‘a’), Brasil/Peru (art. 3º, “h”), Brasil/Portugal (art. 3º, “d”) e Brasil/Grã Bretanha.

Dessa forma, essa condição se assemelha ao exigido no instituto da extradição, em que há necessidade de a conduta criminosa ser considerada típica nos dois Estados envolvidos.

Contudo, entendemos que tal condição não é essencial à transferência, uma vez que o apenado poderá cumprir a pena em outro país por fato típico não considerado nesse. Ademais, delega-se apenas o cumprimento administrativo da sentença condenatória, não a deliberação judicial, salvo se expresso no acordo de transferência. Verifica-se que em diversos acordos celebrados pelo Brasil não há essa previsão.

Entretanto, em caso que a dupla condenação é exigida, a sentença a ser executada no Brasil deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que necessitará de um pronunciamento jurisdicional da perquirição da existência de crime também tipificado no país para a consecução da medida executiva penal.

f) conformidade com a ordem jurídica do Estado receptor;

Com efeito, todos os acordos preveem essa condição. Não há como conceber que o país receptor execute a pena do transferido de acordo com o ordenamento de outro Estado, ainda que mais benéfica (ARAÚJO JR: 1995, p. 113).

g) concordância dos Estados Partes com a transferência

O comentário da letra “f” é possível também para este tópico, até porque não há como obrigar que algum Estado receba um apenado para o cumprimento de uma pena determinada por outro país, embora, sendo seu nacional, subsistirá a obrigação humanitária de recebê-lo.

Além dessas condições elencadas por ELA CASTILHO, pode-se elencar mais duas que reputamos relevantes que são encontrados ao longo dos acordos de transferência celebrados pelo Brasil:

a) obrigatoriedade de os Estados informarem o preso sobre as consequências jurídicas da transferência;

Trata-se de um requisito essencial que dá sustentáculo para que esse instituto seja encarado como um direito humano, sendo inclusive comentado acima como um direito do preso estrangeiro condenado. O apenado deverá ser informado minuciosamente, na língua que possa entender juridicamente o que está sendo dito, sobre os efeitos jurídicos da transferência.

Esse requisito está encartado em todos os acordos que o Brasil participa: i) Brasil/Argentina (art. 5º), ii) Brasil/Bolívia (art. 5º); iii) Brasil/Canadá (art 5º, §1º); Brasil/Chile (art. 5º, §1º), iv) Convenção Interamericana (art. 3º, §2); v) Brasil/Espanha (art. 5º, §1º) vi) Brasil/Paraguai (art. 5º, §1º); vii) Brasil/ Peru (art. 3º, §1º); viii) Brasil/Portugal (art. 4º, §1º); ix) Brasil/Grã-Bretanha (art. 4º, §1º).

Não se pode conceber a transferência de um apenado sem a sua plena consciência das consequências advindas do ato. É por isso que subsiste o direito, que está encartado em todos os acordos, dos Estados recebedores de averiguar se o apenado realmente sabe o que está acontecendo com ele.

b) reparação civil à vítima.

Trata-se de condição que não vem expressa em todos os acordos celebrados pelo Brasil. Verifica-se tal cláusula nos acordos i) Brasil/Argentina (art. 4º, “e”), ii) Brasil/Bolívia (art. 4º, “e”) e iii) Brasil/Paraguai (art. 3º, “f”).

Para o cumprimento da sentença penal estrangeira que veicula a necessidade de reparação civil à vítima, tem-se que ela deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na ordem expressa do art. 9º do Código Penal:

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

- a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;
- b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

3.8 - Direitos dos presos transferidos

Para o deferimento da transferência do apenado, alguns direitos dos apenados devem ser respeitados:

- a) no Estado que for recebido o apenado, este não poderá ser novamente processado ou condenado pelos mesmos fatos que ensejam a condenação dele no Estado que remeteu;
- b) a sentença condenatória aplicada ao apenado transferido deverá se adequar à execução penal do Estado recebedor. Nesse ponto, cumpre apontar o entendimento de João Marcello de Araújo JR (2005, p. 113) que explicita a exclusiva aplicação do direito do Estado recebedor, ainda que a lei penal do Estado remetente seja mais benéfica;
- c) a pena imposta no Estado que remeter o apenado estrangeiro não poderá sofrer qualquer aditamento, sendo necessário o estrito cumprimento do tempo remanescente de pena, ainda que seja desproporcional com os outros apenados do Estado recebedor;

Além de direitos dos presos transferidos, trata-se de obrigações a serem respeitadas, em decorrência do acordo de transferência, de um Estado para com o outro. O descumprimento de tais obrigações, maculando direito do preso transferido, pode acarretar representação perante o Tribunal internacional competente para a responsabilização do Estado infrator.

3.9 - Processo administrativo de transferência

O processo administrativo de transferência de apenados estrangeiros se processa no Ministério da Justiça, competindo ao Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça realizar a análise de admissibilidade do pedido (BRASIL: 2010, p. 9).

A tramitação acontecerá de forma diversa a depender do tipo de transferência. Caso se trate de transferência ativa, o pedido inicial será analisado pelo Departamento de Estrangeiros. Estando o pedido instruído com a documentação necessária cobrada pelo Acordo, o Departamento de Estrangeiros irá requisitar ao Juiz da Vara de Execuções Criminais da comarca onde residam os familiares mais próximos do apenado brasileiro, uma vaga no estabelecimento adequado. Veja-se que se trata de obrigatoriedade de Juiz providenciar uma vaga para o apenado, em virtude do caráter humanitário da transferência.

Até por ter esse caráter, o Brasil está obrigado a receber o seu nacional. Assim, após a aquiescência do outro Estado, o Brasil deverá providenciar o aparato para ir buscar o seu nacional, arcando com todos os custos.

Em se tratando de transferência passiva, de igual modo, o pedido inicial será encaminhado para o Departamento de Estrangeiros, que, desta feita, irá providenciar toda a documentação requerida pelo acordo pertinente ao caso. Após, o Departamento irá encaminhar a documentação traduzida para o país do peticionante. Esse Estado, concordando com o pedido de transferência, irá providenciá-la, arcando com os custos da operação.

3.10 - Transferência e expulsão

É do entendimento do Ministério da Justiça que os processos de transferência e de expulsão do apenado corram concomitantemente. Assim, em regra, quando é prolatada a decisão de transferência, também é a de expulsão (BRASIL: 2010, p. 11).

O Ministério da Justiça, de regra no caso de presos, apenas expulsa o apenado quando este completa a sua pena, uma vez que a expulsão antes desse marco seria considerada uma impunidade, uma vez que não terá mais obrigação de cumprir a pena no país onde foi expulso. E assim faz bem. Por outro lado, o Ministério da Justiça, de regra, apenas efetiva a transferência se esta ocorrer juntamente com a expulsão do apenado, pois assim garante-se a obrigação de o Estado recebedor executar o restante da pena do preso e a tipificação do retorno do dito apenado, por causa da sua expulsão. Um dos argumentos utilizados pelo Ministério pode ser a necessidade de endurecimento do combate ao crime organizado, máxime com as rotas dos tráfico de drogas, em que são utilizadas as chamadas “mulas”.

Em que pese a boa intenção do Ministério da Justiça, definitivamente não se pode concordar com tal prática do governo brasileiro. Como que se pode proceder num mesmo ato dois institutos de natureza jurídica tão diversa? E mais, com finalidades diversas?

A natureza jurídica da expulsão ainda é vacilante na doutrina internacionalista. Mesmo não sendo considerada uma pena, porquanto não se encontra entre as penas previstas no art. 32 a 52 do Código Penal, YUSSEF SAID CAHALI (2011, p. 199) entende que a expulsão tem um caráter sancionatório, “ainda que de competência da autoridade administrativa, como cominação resultante da conduta inconveniente do estrangeiro”.

DARDEAU DE CARVALHO (*apud* CAHALI: 2011, p. 2000) aduz que a expulsão é uma prática odiosa por parte do governo brasileiro, necessitando-se restringi-la aos casos comprovadamente atentatórios à ordem pública. “A eficácia da expulsão, como medida de preservação da ordem pública, não vai a ponto de justificar-lhe decretação sem o mínimo de observância dos princípios de defesa dos direitos humanos”.

Ainda tecendo comentários sobre o instituto da expulsão, colacionam-se as palavras de FRANCISCO REZEK (2011: p. 230):

Embora concebida para aplicar-se em circunstâncias mais ásperas, e mediante um ritual mais apurado, a expulsão se assemelha à deportação na ampla faixa discricionária que os dois institutos concedem ao governo – isto sendo certo em toda parte, não apenas no Brasil. Tanto significa que, embora não se possa deportar ou expulsar um estrangeiro que não tenha incorrido nos motivos legais de uma e outra medida, é sempre possível deixar de fazer a deportação, ou a expulsão, mesmo em presença de tais motivos. A lei nunca obriga o governo a deportar ou expulsar. Permite-lhe que o faça à luz das circunstâncias, que podem variar segundo o momento político. Certo, ainda, é que os pressupostos da expulsão fazem crescer, dada sua plasticidade, o poder discricionário do governo. O Judiciário brasileiro, enfrentando um mandado de segurança ou um *habeas corpus*, não entra no mérito do juízo governamental de periculosidade do estrangeiro sujeito à expulsão: propende a conferir, apenas, 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.

O caráter punitivo da expulsão é patente; se não fosse assim, o retorno do expulso não se configuraria um crime, nos do art. 338 do Código Penal. Ademais, o Estado não se pode arvorar em um Estado expulsor, em que não são respeitados critérios previamente definidos. Quando falamos de presos, não se pode expulsar todos os presos estrangeiros, independente dos crimes por eles cometidos. Entendemos que, no caso do Brasil, somente aqueles que cometerão crimes hediondos é que podem ser expulsos. De modo contrário, qualquer ato ilícito será contrário à ordem pública e o Estado

brasileiro terá uma vasta discricionariedade de expulsar o preso que quiser e quando quiser.

A propósito, HILDEBRANDO ACCIOLY (2009, p. 503) aduz que o ato de expulsão não pode ser efetivado sem a observância das “estritas necessidades e conservação do Estado”. Ademais, ainda completa: “ele (ato de expulsão) só deve ser aplicado aos estrangeiros que perturbem efetivamente a tranquilidade ou a ordem pública e constituam um perigo ou uma ameaça para esta, ou se tornem seriamente inconvenientes aos altos interesses do Estado”.

Assim, a expulsão tem por finalidade o definitivo impedimento que o indivíduo expulso volte ao país expulsor, a menos que o decreto de expulsão seja revogado ou anulado.

Na transferência, em que ainda há pena por cumprir, só que em país diverso do foro prolator da sentença. Nesse sentido, caso o Estado recebedor não cumpra a execução penal, subsistirá o interesse do Estado remetente no cumprimento da pena, uma vez que ainda não foi declarada extinta. Com isso, o apenado não cumprindo a pena no Estado recebedor, caso volte para o Estado remetente, este poderá fazer com que cumpra o restante da pena. Em outra circunstância, caso o apenado fuja para outro país, o Estado remetente poderá até pedir a extradição do apenado para que retorne ao país para o cumprimento da pena.

De modo diverso, acontece com a expulsão, em que não se pressupõe o cumprimento de uma pena, mas a inconveniência da permanência da pessoa estrangeira no país expulsor, com reflexos no campo penal. Assim, quando há a expulsão, ainda que em concomitância com a transferência, o Estado remetente não poderá exigir do Estado recebedor o cumprimento da execução penal do apenado, porquanto o expulso só mantém vínculo jurídico com o Estado remetente, no que tange à obrigação de não mais regressar a este País. Em caso de concomitância desses dois procedimentos, no caso do Brasil, a expulsão se sobressairia à transferência, uma vez que o retorno do apenado ao país acarretará a sua prisão pelo fato típico do art. 338 do Código Penal. Assim, caso o apenado fuja do Estado recebedor para outro país, o

Estado remetente não poderia, em tese, pedir a extradição do apenado diante deste, posto que manifestou o seu desinteresse no cumprimento da pena do expulso. Em outro viés, a expulsão de preso estrangeiro é o mesmo que a decretação da extinção de punibilidade para com o Estado expulsor.

Por outro lado, a natureza jurídica da transferência é de cunho humanitário, com fins de ressocialização do apenado, para que, inclusive, tenha a oportunidade de regresso ao Brasil, após o cumprimento da pena. Diante disso, fica a pergunta: como que alguém ressocializado não pode voltar para o nosso país, se o Estado brasileiro o transferiu para justamente ser ressocializado?

Pela teoria de supraleilidade dos acordos de transferência, não se pode, de forma alguma, ao transferir o apenado, expulsá-lo. A expulsão deverá ser sempre a última alternativa e de forma isolada, e em casos de grave perturbação da ordem pública e em caso de cometimento de crimes hediondos. Caso contrário, estaríamos instalando um verdadeiro Estado expulsor, mascarando uma pretensa expulsão em massa, através do uso da transferência de presos estrangeiros como subterfúgio.

A transferência é por essência um ato de benevolência humanitária dirigida ao infrator, para que este se recupere no seio de seu Estado de origem, e, após, caso queira, retorne ao Brasil sem nenhum impedimento jurídico em razão do cumprimento da sua pena.

Assim, considera-se impossível que o apenado seja transferido e expulso ao mesmo tempo. Deve o Estado brasileiro, diante das circunstâncias fáticas, adotar apenas um procedimento, qual seja, ou o da transferência ou, da expulsão. Todavia, há dar preferência à transferência, pelo seu caráter humanitário, procedendo-se à expulsão tão somente se a transferência não lograr êxito. A transferência tem caráter humanitário e está acima da legislação ordinária e complementar, razão pela qual quando se aplica a transferência não se poderá aplicar a expulsão, uma vez que têm propósitos diferentes.

O Ministério da Justiça, ao expulsar e transferir o apenado, acaba por criar outro instituto jurídico que não é nem a expulsão e nem a

transferência. Outrossim, não avalia os efeitos da aplicação conjunta de cada um dos institutos, que são em sua essência distintos. Nenhum acordo de transferência possibilita ao Estado brasileiro a expulsão do transferido, isso, por si só, impede a expulsão do transferido.

Nesse diapasão, é de fundamental importância a atuação das Defensorias Públicas na defesa dos presos estrangeiros, bem como a preparação do Poder Judiciário e das Funções Essenciais da Justiça para lidar com os presos estrangeiros, máxime do Ministério Público Federal para a defesa da ordem jurídica brasileira.

3.11 - Transferência e o cumprimento da sentença penal estrangeira

A transferência não poderá de forma alguma ser um subterfúgio para o não cumprimento da pena imposta. O Estado recebedor do transferido tem a obrigação de executar a exata quantidade da pena, ainda que de acordo com o seu ordenamento. É por isso que eventuais pedidos de benefícios deverão ser analisados pelo Estado recebedor, com base do direito interno deste, subsistindo, todavia, a competência do Estado remetente sobre a exigibilidade da sentença condenatória (BRASIL: 2010, pp. 11-12), desde que não haja a expulsão do transferido, como defendido acima.

Antes de continuarmos, impende um rápido comentário sobre a natureza jurídica da sentença penal estrangeira no nosso país. Para JULIO FABBRINI MIRABETE (2008, p.775), esta é considerada um “fato jurídico, capaz de produzir efeitos jurídicos perante a lei brasileira. Basta para isto a prova documental idônea para que a sentença estrangeira produza os efeitos admitidos expressamente na lei brasileira”.

O Código Penal não prevê a homologação de toda e qualquer sentença estrangeira para o cumprimento de pena no Brasil. O art. 9º do Código Penal, como já adiantado acima, apenas prevê a homologação de sentença estrangeira para fins de reparação de danos civis e de cumprimento

de medida de segurança. A discussão, pois, fica para os outros casos que não estes.

Assim, há fazer uma importante diferenciação das hipóteses em que a sentença penal estrangeira poderá ser homologada. A primeira hipótese ocorre quando o brasileiro ou o estrangeiro se encontra em solo brasileiro e há uma sentença penal estrangeira decretada e ele não começou a cumpri-la. Nesse caso, entendemos que a sentença deve ser homologada para que os efeitos penais e extrapenais incidam sobre o indivíduo, no caso de pretensão de execução de medida de segurança e de reparação de danos civis, nos termos do art. 9º do Código Penal. Para a execução corporal da pena, se o apenado for estrangeiro, o outro Estado deverá se utilizar do instituto da extradição; caso seja brasileiro, não há nada o que fazer, uma vez que, por falta de legislação aplicável, o Brasil não poderá homologar sentença penal condenatória estrangeira que importe no início de execução penal de brasileiro. Nesse passo, a sentença penal estrangeira não terá efeitos na ordem jurídica pátria, com exceção da aplicação das normas próprias do processo extradicional e das hipóteses descritas no art. 7º do Código Penal, desde que tenha sido proferida em desfavor de brasileiro que não começou a cumprir a pena e aqui se encontre, oportunidade em que o Brasil deverá instaurar o devido processo penal, mediante nova ação penal, para a busca de uma provável condenação.

O art. 10 do Anteprojeto do Novo Código Penal não avança muito nesse tema, perdendo a oportunidade de espancar quaisquer dúvidas acerca desse específico:

Sentença estrangeira

Art. 10. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para produzir os mesmos efeitos de condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena, medida de segurança ou medida socioeducativa e para a reparação do dano.

§1º A homologação depende:

a) de pedido da parte interessada;

b) da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça ou da Mesa do Congresso Nacional.

§2º Não dependem de homologação as decisões de corte internacional cuja jurisdição foi admitida pelo Brasil.

Sem embargos, outra situação jurídica totalmente diversa é quando o apenado é brasileiro, está cumprindo pena no exterior e é transferido para solo brasileiro, com o intuito de continuar o cumprimento da pena lá iniciada. Ou seja, nesse caso houve a aplicação do instituto da transferência, afastando-se integralmente o preceito acima citado do Código Penal.

Grande parte da doutrina que trata da homologação de sentença estrangeira no caso da transferência internacional, partindo do pressuposto que a sentença penal de outro país tem um viés soberano, tem optado por considerar a execução da sentença penal estrangeira como de índole administrativa, não implicando no reconhecimento do juízo penal (CASTILHO: 2008, p. 240).

ELA CASTILHO (2008, p. 241) defende que a sentença penal estrangeira seja homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, para que passe por um juízo de delibação para os ajustes necessários à legislação nacional, ainda que sem qualquer indagação de seu mérito; tese também defendida por JOÃO MARCELLO ARAÚJO JR.

De modo contrário, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (2007, p. 290) defende que a desnecessidade da homologação da sentença, considerando o caráter humanitário do instituto.

Não se pode esquecer que a finalidade da transferência é a ressocialização do apenado mediante o cumprimento de uma reprimenda estatal. Ainda que o Estado executor da pena não seja o mesmo que o sentenciante, a sentença deverá ser cumprida substancialmente, porquanto a condenação do apenado se deu em virtude de cometimento de um crime.

O cumprimento da pena no Estado recebedor terá a função primordial de ressocializar o apenado em seu meio socio-cultural, com o fim de que não volte mais a delinquir.

Nessa perspectiva, o Estado remetente deverá acompanhar o cumprimento da pena do transferido, a fim de checar se o Estado recebedor está cumprindo com os termos do acordo. Em sendo negativo, o Estado brasileiro, no caso, deverá proceder à denúncia do acordo, por causa do descumprimento da obrigação a que tocava ao Estado recebedor.

Dessa forma, essa atitude poderá ser eficaz para evitar a impunidade do apenado, servindo para, pelo menos, abrandar a sensação de impunidade perante os nacionais do Estado remetente.

Ademais, entende-se que, no Estado sentenciador, a pena ficará condicionada à duração do quantitativo da pena e a outros requisitos do acordo de transferência. Assim, como é da competência do Estado remetente a sentença condenatória, somente poderá declará-la extinta, não podendo o Estado recebedor se alongar na execução da pena pelo fato ocorrido em virtude dessa sentença (CASTILHO: 2008, p. 248)

É bom que se diga que a transferência não é um perdão estatal, pois ainda subsiste a necessidade de cumprimento da pena. Por isso, diante do caso concreto, o Estado poderá recusar, fundamentadamente, a transferência do apenado para que a lei penal seja efetivamente cumprida.

Assim, de regra, entendemos a desnecessidade de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, dado o caráter supralegal dos acordos de transferência e por falta de regra expressa no Código Penal, que, determina a homologação da sentença penal estrangeira

quando houver a necessidade de reparos de efeitos civis e a execução de medida de segurança.

Impende comentar que apenas se transfere a execução do restante de pena, que é de cunho eminentemente administrativo, ainda que fique a cargo do Juiz da Execução Penal da comarca; o Estado recebedor não poderá alterar a sentença condenatória, devendo cumpri-la, ainda que de acordo com a sua legislação atinente ao cumprimento da pena.

No caso da transferência de preso brasileiro, não há falar em homologação de sentença, posto que apenas se transfere o restante da execução penal já iniciada. Não se pode, por eventual homologação da sentença, imputar ao apenado os efeitos penais e extrapenais do nosso direito. Assim, a homologação da sentença penal estrangeira seria um *bis in idem*, uma vez que, se não tivesse sido transferido para se ressocializar, o apenado não sofreria os efeitos penais do direito brasileiro.

Inclusive, no caso de transferência ativa de brasileiros cumpridores de medida de segurança no exterior, também é desnecessário homologar a sentença. Assim, o art. 9º do Código Penal, no pertinente ao cumprimento de medida de segurança, aplica-se quando o condenado não começou a cumprir a sentença condenatória no exterior e aqui se encontra, ou seja, quando não houve a transferência.

Dessa maneira, não se visualizam argumentos plausíveis para que a sentença penal estrangeira tenha trâmite no Superior Tribunal de Justiça, antes de começar a ser executada no Brasil, não há deliberação a ser feita. Caso contrário, pergunta-se: poderia o STJ não homologar a sentença? Sob quais argumentos? De que no julgamento do condenado não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa? Ou que o julgamento foi contrário às provas dos autos? Ou ainda que o crime cometido no exterior não constitui crime aqui no Brasil?

Bem. A título de argumentação, caso o Superior Tribunal de Justiça não homologue a sentença sob qualquer argumento de que a sentença estrangeira fere a ordem pública e o brasileiro não seja transferido ativamente,

esse brasileiro continuará a cumprir a pena do mesmo jeito em solo estrangeiro, mas com todos aqueles agravantes a que são submetidos os presos estrangeiros.

Nesse caso, o STJ estaria vedando que o apenado, ainda que detectados alguns vícios insanáveis no processo de origem, na ótica do direito brasileiro, a possibilidade de ressocialização do apenado brasileiro. Ademais, não se deve comparar a sentença estrangeira com o direito brasileiro, mas sim com o ordenamento de onde foi prolatada. Se em solo estrangeiro a sentença está valendo, continuará valendo aqui e o apenado será transferido para que cumpra a sua pena no Brasil. Trata-se de homenagear o melhor interesse do apenado brasileiro, sob o manto da dignidade da pessoa humana, que de qualquer forma irá cumprir a sua pena; então que cumpra aqui, perto de seus familiares, sob as condições sócio-cultural-linguísticas favoráveis, se for o caso.

Assim, verifica-se que só haverá homologação de sentença penal estrangeira quando estivermos diante de execução de medida de segurança e de reparação de danos civis, desde que o apenado não tenha sido transferido ativamente, quando, então, se aplicará integralmente o acordo de transferência entre os países.

CONCLUSÃO

A vida em sociedade comporta riscos. A criminalidade é um deles. No caso brasileiro, criminosos, cada dia mais ousados, encontram nas celas lugares perfeitos para a especialização de suas condutas criminosas. Atualmente, os presídios, além de serem “depósitos de seres humanos”, contribuem de forma incisiva na criminalização de jovens, que poderiam ter um futuro melhor, caso houvesse um trabalho ressocializador institucionalizado e prioritário. A ressocialização de presos nos permite diversas facetas no combate à criminalidade. A primeira é o sentido humanitário que ela traz em seu bojo, uma vez que permite àquele que cometeu crimes ter uma oportunidade para que não venha mais a cometê-los. Sabe-se que a criminalidade é um ciclo vicioso, que se não for prevenido, pode ser irreversível. Outra faceta da ressocialização é a própria segurança pública. O fato de a ressocialização lograr êxito em diversas comunidades brasileiras contribui para a redução da reincidência e para a segurança pública.

Contudo, não se deve colocar toda a carga culposa no sistema carcerário pelas mazelas da parcela criminosa. O descaso estatal perante os jovens de baixa renda comprovadamente aumenta a criminalidade em uma região. A questão de escola pública de qualidade para todos não é um discurso evasivo. É algo a ser perseguido por toda a sociedade. Só pelo discurso dos possíveis efeitos, sem considerar a necessidade de redução da desigualdade social, melhor distribuição de renda, serviços públicos de qualidade para a parcela pobre, é suficiente para imputar na sociedade uma atitude proativa contra a criminalidade, que não é, com toda certeza, com o aumento de policiais e delegacias e nem com o aumento de penas. Há que se trabalhar na fonte, na base, da criminalidade, e isso é notório e urgente.

Os documentos que versam sobre direitos humanos não podem ser letras mortas. Com efeito, pensamos que não têm sido. Diversas ações estatais têm contribuído para a dinamização e aplicação dos direitos humanos. Citamos, por exemplo, a existência e atuação da Secretaria Especial dos

Direitos Humanos, órgão ligado à Presidência da República. O fato de os concursos públicos para a magistratura, o ministério público e a defensoria pública preverem a disciplina direitos humanos permite o conhecimento desse campo por parte dos candidatos aprovados.

Na seara da execução penal, os direitos humanos densificam o conjunto protetivo interno aplicável aos reclusos. Assim, a relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais deve ser de complementaridade, nunca de exclusão. Quando colocamos a pessoa em primeiro plano das medidas protetivas estatais e reconhecemos que a *ratio essendi* do Estado é a proteção do indivíduo, toda ação deve ser para o melhor interesse da pessoa, resguardando o seu núcleo de dignidade. Aquela norma que melhor alcançar esse resultado deve ser aplicada, não importando a sua hierarquia normativa no ordenamento jurídico. Essa relação pode ser facilmente visualizada quando o Ministério da Justiça aplica a transferência e a expulsão do preso estrangeiro de forma sistemática. Não podendo aplicar os dois institutos simultaneamente, em face da disparidade dos efeitos jurídicos de cada um, deve-se dar prevalência à transferência que a norma que melhor atende à dignidade da pessoa humana, porquanto o seu intuito ressocializador.

Sempre partindo do fim ressocializador, os Estados não devem medir esforços para acordarem entre si tratados que possibilitem a transferência de presos. A cooperação jurídica internacional na seara penal deve ser ampla a ponto de alcançar o campo da execução penal. O auxílio direto, sob as condições impostas pelos acordos, deve ser o principal instrumento de cooperação nessa área, dada a sua agilidade e desburocratização, o que é próprio dos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras e a execução de cartas rogatórias, que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça. Lembre-se que ao tratarmos de presos, estamos lidando com pessoas que estão privadas de sua liberdade, algo que deve ser excepcional. Assim, todas as ações relativas a esse grupo de pessoas devem primar pela agilidade e preferência.

Os acordos de transferência possibilitam que o apenado retorne ao seu país de origem para cumprimento de parte final da pena imposta em

outro país. Assim, destaca-se a transferência ativa, em que o Brasil recebe seus nacionais condenados em outros países, e a transferência passiva, quando o Brasil entrega a outro país estrangeiro aqui condenado.

Importante observar que a transferência não é uma forma de impunidade. Muito pelo contrário. A ressocialização pressupõe um cumprimento de pena, uma reprimenda estatal extrema. O Estado recebedor tem o dever de executar o decreto condenatório imposto no Estado remetente, sob pena de descumprimento de tratado, com a conseqüente responsabilidade internacional cabível. Por isso, é muito importante que os acordos de transferência prevejam medidas que assegurem o cumprimento da pena, uma vez que reputamos que o seu cumprimento é pressuposto inicial, necessário e lógico para o êxito da ressocialização. Os Estados envolvidos na medida de transferência devem manter comunicação direta e constante, por via da cooperação jurídica internacional, enquanto houver o cumprimento de pena do transferido, uma vez que há interesse jurídico dos dois países no cumprimento da pena e na ressocialização do transferido.

O Brasil deve aumentar (e vem fazendo isso) o número de países com quem realiza acordos para a transferência de presos, tanto com o intuito de buscar os seus nacionais, como o de transferir os apenados estrangeiros aos seus países de origem. Dessa forma, as relações diplomáticas têm um papel muito importante nesse processo de alargamento do número de acordos de transferências, pois são os únicos meios possíveis de tratativas para a consecução da transferência.

A transferência, por ser um instituto relativamente novo no cenário jurídico brasileiro, ainda não tem merecido a devida atenção dos juristas pátrios. O seu desconhecimento por parte dos juízes, promotores e defensores tem obstado, sobremaneira, a sua evolução científico-jurídica, na medida em que a falta de sua aplicação em casos concretos faz com que a academia não tenha tantos exemplos para se debruçar. Assim, ainda nos encontramos em fase de institucionalização da transferência de apenados. Todos os profissionais do direito da área da execução penal e da das medidas

socioeducativas devem prestar atenção às possibilidades jurídicas que a transferência de apenados permite.

Diante dessa constatação, destacam-se duas situações que a doutrina não resolveu. A primeira delas é a relação entre a transferência ativa e a homologação de sentença estrangeira. Nenhum dos acordos de transferência até hoje assinado pelo Brasil prevê a necessidade de que a sentença condenatória do brasileiro transferido tenha trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça para que adquira validade no ordenamento pátrio. O art. 9 do Código Penal aduz que a sentença estrangeira que obrigue a reparação civil e a execução de medida de segurança pode ser homologada. Há que se fazer uma pequena diferenciação para efeitos de homologação de sentença penal estrangeira. É que há duas situações em que a sentença penal condenatória estrangeira possa ter efeitos no país. A primeira é quando o brasileiro é transferido ativamente. A outra é quando o apenado (seja brasileiro ou não) se encontra em solo e não cumpra nenhuma pena, isto é, não se encontra em execução penal. Numa leitura, sem a devida atenção, do art. 9º do Código Penal, verifica-se que uma decisão estrangeira não poderia fazer com que o Brasil começasse a executar uma pena condenatória, salvo a medida de segurança.

Não há permissão legislativa interna (e nenhum acordo de transferência prevê) para que o STJ homologue sentença penal condenatória estrangeira de preso transferido. Aliás, ao STJ só é permitido que homologue sentença penal estrangeira que importe em execução de medida de segurança e de reparação de danos civis, nos termos do art. 9º do Código Penal. Em quaisquer outras situações, o Estado condenador deverá se utilizar do instituto da extradição, em sendo o condenado estrangeiro. Se brasileiro, não há o que fazer ante o direito interno brasileiro, com exceção do disposto no art. 7º do Código Penal.

A outra situação, que reputamos crítica, é quando o apenado é transferido e expulso no mesmo ato. O Estado brasileiro mistura os dois institutos sem maiores discussões sobre os seus efeitos. As consequências da aplicação simultânea dos dois institutos podem frustrar o cumprimento dos

termos do acordo de transferência. Enquanto a transferência tem um viés humanitário, a expulsão tem um caráter punitivo. Ao passo que a transferência busca a ressocialização do apenado estrangeiro, a expulsão busca a criminalização de conduta posterior. Definitivamente, são incompatíveis. Desta maneira, ao arrepio dos termos dos acordos de transferência, o Estado brasileiro vem, em geral, aplicando simultaneamente a transferência e a expulsão. O principal efeito dessas medidas é que o Estado, por falta de previsão no Acordo, não poderá exigir o cumprimento da pena do transferido, uma vez que ao expulsá-lo perdeu qualquer vínculo jurídico com ele. O Estado receptor poderá se utilizar desse mesmo argumento para não continuar com o cumprimento da pena, considerando que, a partir da expulsão, esse só seria do interesse do país receptor.

Ao que parece, os acordos de transferência têm servido para que o Estado brasileiro tenha a possibilidade de expulsar um apenado estrangeiro antes do término da pena, mas com a garantia de que a sua pena será executada no país receptor. Isto é, a transferência não tem tido um caráter tão humanitário assim como se está aqui a defender, quando visualizada na prática. Quiçá, uma previsão normativa seja necessária para regular essas situações comentadas. O futuro da transferência de pessoas condenadas depende do aprofundado estudo para se verificar os termos dos diversos Acordos celebrados pelo Brasil e, principalmente, as medidas efetivadas pelo nosso Estado.

Quando se defende que a transferência tem um caráter humanitário, tem-se que ter em mente que todas as características e métodos de interpretação peculiares aos direitos humanos devem ser aplicados, sob pena de o instituto ser utilizado como mera retórica para fins exclusivamente estatais.

O adensamento jurídico desse instituto advém com o conhecimento dos acordos pelos profissionais do direito, a publicidade de todos os atos estatais e a análise dos seus efeitos. A transferência tem um grande potencial de humanizar o cumprimento de pena dos estrangeiros, na busca de

uma sociedade internacional livre de quaisquer resquícios que possam ferir direitos fundamentais de qualquer pessoa, ainda que criminosa.

Assim, diante de todo exposto, considerando a sua natureza jurídica, os acordos de transferências de pessoas condenadas são a melhor medida para a ressocialização dos presos estrangeiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANTONACCI, Louis. "Lessons from LaGrand: An Argument for the Domestic Enforceability of Treaty-Based Rights Under International Prisoner Transfer Treaties", 3 *SantaClaraJ. Int'IL.* 22 (2005). Available at: <http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol3/iss1/2>. Acesso: 14/9/2012

ARAS, Vladimir. "O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional". BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

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

ARAUJO, Nadia de. "A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional". *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. Brasília: 2008.

_____. "A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional". *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1ª ed. Brasília: 2009.

_____. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ASSIS, Rafael Damaceno. "A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro". Revista CEJ, Brasília, ano XI, nº 39, p. 74-78, out/dez. 2007.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Central de Informações sobre Cooperação Jurídica Internacional, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/handle/26501/1963>. Acesso em: 15 set 2012.

BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 8ª ed. Santiago: AbeledoPerrot, 2004.

BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Coordenação Geral de Combate à Tortura. *Plano de Ações Integradas para a Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil*. S.l. 2006 (?). Disponível em: < <http://ven.to/luo> > ou < <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/PAIPCT%2012-08-2010.pdf> >. Acesso em: 27 jul. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. In: Anais da Assembléia Nacional Constituinte da Constituição Federal de 1988. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Brasília: 1987.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford/GRA: University Press, 2005.

CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Trad. Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga. 1ª ed. Barcelona (ESP): Ed. Ariel, 1991.

CASTILHO, Ela. W. V. “Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 233-249, 2008.

CATELANI, Giulio. *I rapporti Internazionale in matéria penale*. Milano/ITA: Giuffré Editore.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Assistência Jurídica a Brasileiros e Estrangeiros: nacionalidade, naturalização, vistos e temas correlatos*. Curitiba: Juruá, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2ª ed. New York (USA): Cornell University Press, 2003.

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

FRAGOSO, Heleno. *Direitos Humanos e Justiça Criminal*. Artigo Publicado no boletim do IBCCRIM, ano 13 – nº 150 – Maio/2005

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Monografia Jurídica*. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

GARCIA, Márcio. *A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional público*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GENRO, Tarso. “A Cooperação Jurídica Internacional e o propósito desse manual”. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1ª ed. Brasília:2008.

GIMENEZ-SALINAS, Esther. “Extranjeros em prision”. *Movimientos de población, integración cultural y paz*. Eguzkilore, San Sebastian, nº 7, Extraord., dic., 1994. Disponível em: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_num_extr7/es_extra7/adjuntos/gimenezsalinas.pdf Acesso: 13/9/2012

HERKENHOFF, João Batista. “Crime, tratamento sem prisão?”. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*. Ano 1 – nº 02. Conselho Penitenciário do Estado do Espírito Santo – COPEN: dezembro/2011.

HITTERS, Juan Carlos, FAPPIANO, Oscar L. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Sistema Penitenciário: Verdades e Mentiras*. In: Revista CEJ, Brasília, n. 15, p. 5-7, set./dez. 2001.

MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal anotada e interpretada*. 3ª ed.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES DA SILVA, RICARDO PERLINGEIRO. “Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira”. *Revista Forense*, vol. 386, jul/ago 2006, pp. 505-510.

MENDES, Gilmar, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 4ª ed. Coimbra/POR: Coimbra Editora, 1998.

MORAES, Guilherme Peña. *Homologação de sentença estrangeira: à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

MORO, Sergio Fernando. “Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações iniciais”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Clayton Alfredo. “Estrangeiro com decreto expulsório”. *Revista Consulex*. Ano II, Volume I, nº 18, jun.1998, pp.36-37.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Documento CAT/OP/BRA/R.1. S.I. 8 fev. 2012. p. 3-4. Disponível em: < <http://ven.to/ltz> > ou < http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf >.

ORSELLO, Gian Piero. *Diritti Umani e Libertà Fondamentali*. Milano/ITA: Giuffré Editore, 2005.

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

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10ª ed. Madrid/ESP: Editorial Tecnos, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limond, 2001.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

RANGEL, Milton Torres. “Análise sobre a situação jurídica de presos estrangeiros no Brasil, especificamente quanto aos benefícios de cumprimento de pena concedidos pela legislação penal (suspensão condicional de pena, livramento condicional)”. *Revista Forense*, vol. 298, ano 83, abr/mai.1987. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 91-97.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

RISSE FERRAND, Martin. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. 2ª ed. Bogotá/COL: Grupo Editorial Ibañez, 2011.

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

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

SOUZA, Carolina Yumi. “Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas”. *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 71, mar/abr 2008, pp. 297-326.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso do Direito do Trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. “A promulgação de tratados de direitos humanos após a Emenda Constitucional nº45/04”. *Revista Consulex*. Ano XVI. Nº 382, dez/2012, pp. 22/23.

TOFFOLI, José Antônio Dias, e CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. “Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional”. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil*. Departamento

de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1ª ed. Brasília: 2008.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1998.