



**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM ESTUDOS FRONTEIRIÇOS**



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
CAMPUS DO PANTANAL**

**ROBERTO FERREIRA FILHO**

**O CUMPRIMENTO DE PENA PELO BOLIVIANO PRESO EM  
CORUMBÁ**

**CORUMBÁ-MS**

**2012**

**ROBERTO FERREIRA FILHO**

**O CUMPRIMENTO DE PENA PELO BOLIVIANO PRESO EM  
CORUMBÁ-MS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Mestrado em Estudos Fronteiriços da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus do Pantanal, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Linha de Pesquisa: Ocupação e Identidade Fronteiriças.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Paula Martins Amaral

**CORUMBÁ – MS**

**2012**

Este documento corresponde à versão final da dissertação de mestrado intitulada O CUMPRIMENTO DE PENA PELO BOLIVIANO PRESO EM CORUMBÁ-MS, à Banca Examinadora do Mestrado em Estudos Fronteiriços da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus do Pantanal, tendo sido \_\_\_\_\_ em 24/08/2012.

**BANCA EXAMINADORA**

Ana Paula Martins Amaral

Marco Aurélio Machado de Oliveira

Luciani Coimbra de Carvalho

Aos meus pais, Roberto e Isa, pelo apoio incondicional, pelos risos e pelas lágrimas, pelo cuidado e pelo afeto, pela doação integral à causa dos filhos.

À minha doce esposa Adriany por tornar algo tão sublime e misterioso em algo extremamente simples: o amor.

À memória de Leonel de Moura Brizola que, para mim, sobretudo em minha juventude, foi de fundamental importância na formação de meu caráter, de minha visão ideológica e por me ensinar a ter coerência e coragem sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

A DEUS, pelo dom da vida e pela permissão do caminhar.

À Maria, pela coragem do sim e por ser luz na busca do CRISTO.

Às minhas irmãs, sobrinhos, cunhados e sogros, pelo carinho e torcida.

À minha orientadora, Ana Paula Martins Amaral, pelo entusiasmo, pelo exemplo de amor ao trabalho e pela paciência.

Aos professores, professoras e servidores do Mestrado em Estudos Fronteiriços da UFMS, especialmente na pessoa do coordenador do curso, Professor Dr. Marco Aurélio Machado de Oliveira, pela oportunidade, pelas lições técnicas e pelas lições de vida.

Aos prezados colegas da 3ª turma do MEF, mormente aos amigos Igor, Cícero e Luciane, pela troca de ideias, pelo compartilhar das angústias e das vitórias, pela parceria constante.

Aos meus assessores na Vara da Infância e da Juventude de Campo Grande, Júnior e Roni, por me ajudarem nas pesquisas e pela compreensão no trabalho.

“Ultrapassa-te a ti mesmo a cada dia, a cada instante.

Não por vaidade, mas para corresponderes à obrigação sagrada de contribuir sempre mais e sempre melhor, para a construção do mundo.

Mais importante que escutar as palavras é adivinhar as angústias, sondar o mistério, escutar o silêncio.

Feliz de quem entende que é preciso mudar muito para ser sempre o mesmo”.

(Dom Hélder Câmara)

## RESUMO

A fronteira é muito mais e vai muito mais além do que a simples noção de limite, de separação de territórios. Fronteira não é só espaço, é também tempo, são também pessoas, projetos, relacionamentos. Por suas peculiaridades e vicissitudes merece um olhar atento dos Estados e de seus povos. A devida compreensão do que se passa nas fronteiras, e cada qual possui uma realidade específica, é de fundamental importância para que suas populações não se tornem invisíveis aos olhos das autoridades, sobretudo das autoridades centrais, inclusive quando se trata de enfrentar a delicada questão do sistema prisional e do encarceramento do estrangeiro preso em território nacional. A pequena visibilidade e força política dos encarcerados, mais ainda dos encarcerados bolivianos no Brasil, não pode servir de fundamento político para que princípios elementares que regem qualquer Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, seja desprezado. O papel do julgador moderno não pode ser o de apenas aplicar a lei, sem compromisso com a efetivação da Justiça e com a proteção dos mais vulneráveis. O incondicional respeito aos direitos dos apenados é tema que diz respeito à realidade das relações humanas que se passam nas fronteiras e deve, do local para o central, contar com especial atenção de todos, incluindo Corumbá, que possui grande número de bolivianos recolhidos em seus estabelecimentos penais.

**Palavras chaves:** Fronteira; Boliviano; Prisão.

## RESUMEN

La frontera es mucho más y va mucho más allá de la simple noción de límites, de separación de los territorios. Frontera no es sólo el espacio, también es el tiempo, también son personas, proyectos, relaciones. Por sus peculiaridades y vicisitudes merece una mirada atenta de los Estados y de sus pueblos. Una comprensión adecuada de lo que está sucediendo en las fronteras, y cada una tiene una realidad específica, es de fundamental importancia para que sus poblaciones no se conviertan en invisibles para las autoridades, especialmente las autoridades centrales, incluso cuando se trata de abordar la delicada cuestión de las cárceles y del encarcelamiento de los extranjeros detenidos en el territorio nacional. La pequeña visibilidad y fuerza política de los presos, sobretodo de los encarcelados bolivianos en Brasil, no puede actuar como fundamento político para que los principios básicos que rigen cualquier Estado Democrático de Derecho, sobretodo el principio de respeto a la dignidad de la persona humana, sea despreciado. La función del juez moderno no puede ser simplemente de aplicar la ley, sin compromiso con la realización de la justicia y la protección de los más vulnerables. El respeto irrestricto a los derechos de los presos es un asunto que concierne a la realidad de las relaciones humanas que tienen lugar a través de fronteras y debe, desde el local hasta el centro, poseer la atención especial de todos, incluyendo a Corumbá, que tiene un gran número de bolivianos encarcelados en sus establecimientos penales.

**Palabras-clave:** Frontera; Boliviano, la cárcel.

## **LISTA DE ABREVISATURAS E SIGLAS**

a.C. – Antes de Cristo

Art. - Artigo

AGEPEN – Agência Estadual da Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul

BO – Bolívia

BR – Brasil

BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul

CADH – Convenção Americana dos Direitos Humanos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

HC – Habeas Corpus

ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente

LEP – Lei de Execução Penal

MS – Mato Grosso do Sul

MT – Mato Grosso

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

TJMT – Tribunal de Justiça do Mato Grosso

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 FRONTEIRA</b> .....	15
<b>2 OS SISTEMAS PENAIIS DO BRASIL E DA BOLÍVIA</b> .....	32
2.1 Conceito e espécies de pena.....	32
2.2 Histórico, funções e princípios informadores das penas.....	35
2.3 A forma de cumprimento da pena de prisão.....	57
<b>3 SITUAÇÃO PRISIONAL DO ESTRANGEIRO NO BRASIL</b> .....	65
<b>4 A GARANTIA DOS DIREITOS DOS BOLIVIANOS PRESOS NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS</b> .....	76
4.1 Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).....	76
4.2 Evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	77
4.3 Evolução do entendimento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS).....	79
4.4 Estudo de caso.....	81
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	95
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	100
<b>ANEXOS</b> .....	105

## INTRODUÇÃO

A intenção precípua da dissertação é analisar a situação jurídica, sobretudo no que tange à concessão ou não de benefícios prisionais, enfrentada pelos bolivianos presos no Brasil, mais destacadamente os que cumprem pena em Corumbá, traçando paralelo entre o que se verifica com eles e com os brasileiros na mesma situação (objetivo geral), especialmente porque se trata de tema interdisciplinar, de cunho eminentemente humanista e que muito interessa aos países fronteiriços e às suas populações, mormente as que vivem em região de fronteira.

Ademais, como é sabido, existem diversos delitos, dentre eles os de tráfico de drogas, tráfico de armas e tráfico de pessoas, que ultrapassam os limites de um único país, envolvem pessoas de diversas nacionalidades e, em muitos casos, acabam por resultar na prisão de pessoas fora de seu Estado de origem.

Importante destacar que muito embora o título do trabalho mencione o cumprimento de pena pelo boliviano preso em Corumbá, na prática não existe diferença jurídica alguma, ao menos até agora, no tratamento confiado a este estrangeiro apenado e aos oriundos dos demais países, o que acaba por justificar que a dissertação, direta ou indiretamente, diga respeito a todo estrangeiro preso em qualquer presídio do Brasil.

A despeito disto, o interesse deste estudo é mais dirigido ao preso boliviano porquanto os nacionais da Bolívia formam a maior população de estrangeiros presos no Brasil, boa parte dos quais recolhidos em Mato Grosso do Sul, mais especificamente em Corumbá – município “sede” do Mestrado em Estudos Fronteiriços da UFMS e que fica na fronteira do Brasil com a Bolívia, justificando, pois, a escolha do título.

Apenas para que se tenha uma idéia da quantidade de estrangeiros – sobretudo de bolivianos – presos no Brasil, basta dizer que dados oficiais do Ministério da Justiça<sup>1</sup> (2011) apontam que, em junho de 2011 havia, no universo de 513.802 presos no Brasil, exatos 3.191 estrangeiros, dos quais 537 bolivianos (392 homens e 145 mulheres), que formam o maior contingente de estrangeiros presos em território nacional, seguidos pelos paraguaios (283 presos), nigerianos (279 presos) e peruanos (202 presos).

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.portal.mj.gov.br>. Acesso: 2 mar 2012.

Os presos bolivianos estão espalhados em diversos estados brasileiros, sobretudo São Paulo (262 bolivianos), Mato Grosso (103 bolivianos) e Mato Grosso do Sul (96 bolivianos), também segundo os últimos dados oficiais do Ministério da Justiça (junho de 2011).

No Mato Grosso do Sul, na mesma época, eram contabilizados 189 estrangeiros presos, dos quais 96 bolivianos (81 homens e 15 mulheres), formando no estado o maior contingente de estrangeiros detidos.

Em Corumbá, com dados mais recentes e públicos, de dezembro de 2011, estavam recolhidos nos estabelecimentos prisionais de regime fechado desta Comarca<sup>2</sup> 467 homens e 139 mulheres, dos quais, respectivamente, 69 homens estrangeiros e 50 mulheres estrangeiras, sendo 47 homens bolivianos e 40 mulheres bolivianas, segundo relatório do mapa carcerário da Agencia Estadual da Administração do Sistema Penitenciário do Estado do Mato Grosso do Sul (2012).

Estes dados indicam que o número de encarcerados estrangeiros no Brasil é considerável, aproximando-se, por exemplo, do dobro do total de encarcerados (nacionais e estrangeiros somados) do estado de Roraima ou do estado do Amapá, que registravam, em junho de 2011, respectivamente, 1.722 e 1.808 presos, ou quase a totalidade dos presos do estado do Acre, que, no mesmo período, alcançava a quantidade de 3.941 presos, em conformidade com o já mencionado relatório do Ministério da Justiça (2011).

Além de apreciar a real situação dos bolivianos presos no Brasil (especialmente em Corumbá), o que inclui uma comparação entre o que é enfrentado por eles e pelos brasileiros presos em idênticas condições, também é objetivo do trabalho (já como objetivo específico) verificar os efeitos jurídicos, humanos e sociais que a eventual disparidade de tratamento entre estes apenados pode acarretar.

Figura como outro objetivo específico do trabalho, após a devida análise da apontada realidade prisional, apresentar sugestões que possam aproximar as condições do cumprimento de pena entre os brasileiros e os presos estrangeiros em geral, mui especialmente, insista-se, dos presos bolivianos em Corumbá.

---

<sup>2</sup> Conforme as normas de Divisão Territorial da Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul, a Comarca de Corumbá abrange os municípios de Corumbá e Ladário.

No caso dos presos bolivianos, e para que se alcancem os objetivos propostos na dissertação, será fundamental demonstrar que, muito embora exista, vigendo desde 2.007, acordo bilateral<sup>3</sup> entre Brasil e Bolívia para permitir que o nacional de um deles, condenado no outro, possa cumprir sua pena em seu país de origem, tal acordo ainda não foi posto em prática, nem mesmo em Corumbá, a despeito deste município estar situado a poucos quilômetros do território boliviano.

Quanto à metodologia empregada na dissertação, cuida esclarecer que do ponto de vista de sua natureza, a pesquisa é da modalidade aplicada, com o intuito de possibilitar que os resultados obtidos possam ser utilizados no processo de execução das penas dos estrangeiros presos no Brasil, incluindo-se aqui, naturalmente, os bolivianos presos em Corumbá.

No que tange à forma de abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa, com análise direta de processos, mapas carcerários e bibliografia específica ou aproximada, sem necessidade da utilização de recursos e de técnicas estatísticas.

Acerca de seus objetivos a pesquisa é de cunho descritivo, buscando descrever as características e peculiaridades atinentes ao cumprimento de pena pelos estrangeiros presos no Brasil, com coletas de dados a serem obtidos nos mapas carcerários produzidos pela administração penitenciária estadual e pelo Ministério da Justiça do Brasil.

Quanto ao procedimento técnico a pesquisa é documental e bibliográfica, com a utilização e análise de livros, periódicos e outros textos científicos já produzidos (pesquisa bibliográfica), e, também, com a análise de outros documentos que não passaram por tratamento analítico (pesquisa documental), tais como mapas carcerários etc.

No que se refere ao tempo, o estudo é transversal, com ênfase à atual realidade (tempo presente e meses próximos) enfrentada pelos estrangeiros, sobretudo bolivianos, que cumprem pena no território nacional, sobretudo em Corumbá.

---

<sup>3</sup> Trata-se de norma jurídica internacional, firmada por dois ou mais países, tendente a cuidar de assuntos comuns entre eles.

Os objetivos propostos pelo projeto se coadunam com a metodologia aplicada, sendo que foram atingidos pela pesquisa documental e bibliográfica e pela soma dos métodos que foram empregados na pesquisa.

A dissertação foi dividida em 4 (quatro) capítulos, excluindo, deste total, a introdução e a conclusão.

No primeiro capítulo da dissertação, que trata especificamente do tema fronteira, objetivou-se trazer o moderno conceito desta, que não mais pode ser entendido como o de simples limite ou separação entre países, além de se fazer estudo a respeito de critérios utilizados para sua classificação.

Ainda no primeiro capítulo buscou-se situar espacialmente o tema desta dissertação, analisando-se, de modo especial, a fronteira Brasil- Bolívia, mais especificamente a que engloba os municípios brasileiros de Corumbá e Ladário e os municípios bolivianos de Puerto Quijarro e Puerto Suarez, justamente por ser esta a fronteira que mais interessou à pesquisa.

No segundo capítulo, destinado à análise dos sistemas penais do Brasil e da Bolívia, estudou-se o conceito e as espécies de pena – espécies previstas nas legislações destes dois países -, traçou-se breve relato histórico da evolução das penas no mundo e fez-se análise de suas funções e dos princípios constitucionais que cuidam do tema.

Para concluir o segundo capítulo foram analisadas importantes normativas internacionais que cuidam do respeito aos direitos dos apenados e que produzem efeitos tanto no Brasil quanto na Bolívia, assim como a forma do cumprimento da pena de prisão nestes países – chamada forma progressiva de cumprimento.

No terceiro capítulo, que versa sobre a situação prisional do estrangeiro no Brasil, analisou-se a divergência a respeito da possibilidade do estrangeiro, incluindo o boliviano, obter ou não os benefícios prisionais da progressão de regime e do livramento condicional ao longo do cumprimento da pena.

Buscou-se, demais, analisar teor de acordo bilateral entre Brasil e Bolívia que versa, justamente, acerca da possibilidade do nacional de um destes Estados cumprir sua pena, quando condenado no outro, em seu país de origem, acordo este cujo teor é apresentado como anexo da dissertação.

No quarto capítulo, por fim, houve análise da evolução do pensamento de alguns tribunais brasileiros, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), acerca do deferimento de benefícios prisionais, sobretudo do benefício da progressão de regime, aos estrangeiros presos no Brasil, mormente bolivianos, e que aqui estão em situação irregular.

Neste último capítulo foi objeto de apreciação um estudo de caso envolvendo uma presa de nacionalidade boliviana e que teve sua situação prisional, mais precisamente relativa a benefício de progressão de regime, apreciada por 4 (quatro) e sucessivas esferas da justiça, a saber: juízo das Execuções Penais da Comarca de Cáceres, Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), STJ (Supremo Tribunal de Justiça) e STF (Supremo Tribunal Federal), caso este que guarda enorme semelhança com tantos outros que ainda ocorrem no Brasil, inclusive referente a boliviano preso na Comarca de Corumbá.

## **1 FRONTEIRA**

De início é fundamental delimitar espacialmente a abrangência desta dissertação.

Em razão da considerável quantidade de presos estrangeiros no Brasil, das mais diversas nacionalidades, e, ainda, das várias fronteiras entre o Brasil e outros países, é objetivo deste estudo analisar, em termos gerais, a situação prisional dos estrangeiros que aqui cumprem penas. Todavia, por ser o maior contingente de presos estrangeiros no Brasil oriundo justamente da Bolívia e como este país possui extensa e importante fronteira com o Brasil, incluindo a fronteira Corumbá-Ladário-Puerto Quijarro-Puerto Suarez, é mais detidamente a respeito deste preso estrangeiro – do preso boliviano – e desta fronteira que a dissertação vai cuidar.

É certo, vale salientar, que para se melhor compreender esta realidade muitas questões mais gerais e genéricas serão trazidas, mesmo porque o objeto do trabalho é fenômeno que alcança todo e qualquer estrangeiro preso no Brasil.

Como dito, algumas peculiaridades desta população prisional e de uma fronteira específica – Brasil (Corumbá e Ladário) e Bolívia (Puerto Quijarro e Puerto Suarez) - serão bem destacadas, sem prejuízo da análise conjuntural da situação do estrangeiro preso no Brasil.

Para bem delimitar o tema é necessário que, de logo, se afaste a vetusta e equivocada noção que normalmente se tem da palavra fronteira.

A palavra fronteira – no que é pertinente à divisão espacial entre territórios distintos, já que se trata de palavra que possui outros significados que não interessam a este trabalho (p. ex: fronteira do conhecimento, fronteira agrícola etc.) -, muitas vezes é compreendida como sendo mera linha divisória que faz a separação entre dois ou mais territórios.

Ocorre que fronteira é muito mais e vai muito além do que simples demarcação de um território, o que em verdade mais se aproxima do conceito de limite ou linha fronteiriça.

Também não é sinônimo de zona ou faixa de fronteira – que no Brasil é de 150 km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, ao longo das fronteiras terrestres, nos

termos do artigo 20, § 2º<sup>4</sup>, da Constituição Federal - CF (BRASIL, 1988), porquanto, também aqui, apenas se dá ênfase ao aspecto espacial desta área do território nacional.

Fronteira, ultrapassando o sentido de limite e de zona de fronteira, também se refere às relações humanas, aos intercâmbios (em suas várias modalidades), às complementaridades que ocorrem ou podem ocorrer nestas frações dos territórios nacionais. Segundo destaca CATAIA (2007, p. 2): “As fronteiras não decorrem só do espaço, mas também do tempo”.

Esta moderna compreensão que há de se ter da fronteira é realçada por vários autores.

Para RAFFESTIN (2006, p. 10):

A fronteira vai muito mais além do fato geográfico que ela realmente é, pois ela não é só isso (...). **Assim, uma fronteira não é somente um fato geográfico, mas também é um fato social** de uma riqueza considerável pelas conotações religiosas nele implícitas (...). Elas acompanham os movimentos dos povos e marcam as grandes viradas nas transformações das civilizações (...). **A fronteira não é uma linha, a fronteira é um dos elementos de comunicação biossocial que assume uma função reguladora.** Ela é a expressão de um equilíbrio dinâmico que não se encontra somente no sistema territorial, mas em todos os sistemas biossociais (sem destaque no original).

Segundo COSTA (2009, p. 69):

**O limite internacional, a linha fronteira não é fronteira.** Trata-se de uma forma simbólica de indicar a posse de um dado território na superfície terrestre, seus limites, não sendo tangível nem observável, a não ser pelos marcos divisórios, mas existe, limitando o espaço onde o Estado exerce sua soberania. **O limite é uma linha, portanto não habitada, enquanto a fronteira ocupa uma franja constituída uma área, uma zona podendo ser habitadas, escassamente habitadas, densamente povoadas e desenvolver atividades de intercâmbio muito intensas** (sem destaque no original).

Para MACHADO (2012, p. 1-2):

É bastante comum considerar os termos fronteira e limite como sinônimos. Existe, contudo, diferenças essenciais entre eles que escapam ao senso comum (...). As diferenças são essenciais. **A fronteira está orientada ‘para fora’ (forças centrífugas), enquanto os limites estão orientados ‘para dentro’ (forças centrípetas).** Enquanto a fronteira é considerada uma fonte de perigo ou ameaça porque pode desenvolver interesses distintos aos do

---

<sup>4</sup> Art. 20, § 2º, da Constituição Federal: A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

governo central, o limite jurídico do Estado é criado e mantido pelo governo central, não tendo vida própria e nem mesmo existência material, é um polígono. O chamado 'marco de fronteira' é na verdade um símbolo visível do limite. Visto desta forma, o limite não está ligado a presença de gente, sendo uma abstração, generalizada na lei nacional, sujeita às leis internacionais, mas distante, frequentemente, dos desejos e aspirações dos habitantes da fronteira. Por isso mesmo, a fronteira é objeto permanente da preocupação dos Estados no sentido de controle e vinculação. **Por outro lado, enquanto a fronteira pode ser um fator de integração, na medida que for uma zona de interpenetração mútua e de constante manipulação de estruturas sociais, políticas e culturais distintas, o limite é um fator de separação, pois separa unidades políticas soberanas e permanece como um obstáculo fixo**, não importando a presença de certos fatores comuns, físico-geográficos ou culturais. (sem destaque no original)

Uma limitada e inexata compreensão da fronteira, confundida como mero limite internacional ou linha divisória dá margem para que não se atente às inúmeras peculiaridades que marcam e distinguem cada uma delas, mesmo porque cada qual possui suas especificidades. Uma fronteira nunca é idêntica à outra.

É em virtude da peculiaridade que distingue cada fronteira que não se recomenda, senão o contrário, estudo conjunto e global de todas elas, posto retratarem realidades diversas.

Para que se bem compreenda o alcance, a força e a importância da fronteira, em verdade de cada uma delas, é que se deve deixar de lado a ideia de que apenas representa divisão territorial, porquanto, desta forma, não será possível, sequer, compreender as diversas modificações já ocorridas e que ainda ocorrem nas relações entre os países e os povos.

Basta citar, neste particular, que por muito tempo, especialmente durante o período da chamada "guerra fria", de 1945 (fim da 2ª guerra mundial) a 1989/1990 (queda do muro de Berlim, implosão do império da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas etc.), a noção de fronteira era destacadamente geopolítica, militarizada, pouco ou quase nada integradora.

Mormente após o aludido período passou-se a ter força um olhar mais atento à realidade das fronteiras, não mais quase que exclusivamente como um distante lugar do território nacional - ao menos distante do centro das decisões políticas deste território - que era merecedor de especial proteção do Estado.

Para NOGUEIRA, citado por COSTA (2009, p. 67), é preciso destacar que essa imagem é diferentemente absorvida conforme os olhos de quem a vê, ou seja, a compreensão da fronteira necessariamente passa pela visão que cada observador possui.

Diz COSTA (2009, p. 67-68):

Nogueira listou três maneiras de se ver a fronteira: a) **fronteira controlada, vista pelo Estado** e alimentada pelo controle de quem entra e quem sai, pela vigilância civil e militar do território; b) **fronteira percebida, própria da sociedade do interior**, bastante motivada pela ideologia do Estado-Nação, de como ele percebe a fronteira; e, c) **fronteira vivida, com significado para a sociedade que está na fronteira**. (sem destaque no original)

Neste passo é inegável que aquele que está distante do dia a dia da fronteira, sobretudo distante de suas relações humanas, não terá a mesma compreensão do fenômeno do que aquele que habita dita região e se abre para os fluxos humanos que lá podem ocorrer.

Esta diferenciação na observação e na conseqüente compreensão da fronteira acaba marcando, por evidente, a própria atuação dos Estados e de suas respectivas autoridades. Isto porque, ao não se atentarem para as peculiaridades das relações humanas que marcam a vida neste espaço do território (dos territórios) nacional, dificilmente terão condições de compreender as potencialidades que podem advir destas mesmas relações, das complementaridades econômicas, culturais, sociais etc.

A maior integração econômica entre os povos, a formação de blocos econômicos – v.g., o Mercosul – a globalização, o fortalecimento da economia de países então periféricos – dentre eles os que formam o chamado “BRICS” (Brasil, Rússia, Índia, China, África do Sul), a crise que recentemente atingiu a economia de países ricos, a facilidade na circulação da informação, necessariamente leva, ao menos via de regra, para que se dê menos espaço para o conceito de fronteira controlada – com sua rigidez e dureza –, abrindo-se maior espaço para as chamadas fronteiras vividas.

Para COSTA (2009, p. 69):

Num momento em que impera o meio técnico-científico informacional, **as fronteiras vão, cada vez mais, perdendo seu contorno político e ampliando as perspectivas econômicas e carecendo de uma análise para a fronteira vivenciada e não mais para a fronteira percebida ou controlada**. (sem destaque no original)

Para STEIMAN e MACHADO (2002, p. 7-8) o foco hodiernamente dado às regiões de fronteira deslocou-se do campo destacadamente político para o econômico.

Dizem as autoras:

**Uma característica importante do tratamento dado às regiões de fronteira na atualidade é que o foco se deslocou do campo estritamente político para o campo econômico** (Machado, 2000) (...). A fronteira deixa de ser concebida somente a partir das estratégias e interesses do Estado central, passando a ser concebida também pelas comunidades de fronteira, ou seja, no âmbito subnacional. O desejo e a possibilidade real de comunidades locais estenderem sua influência e reforçarem sua centralidade além dos limites internacionais e sobre a faixa de fronteira estaria subvertendo e renovando os conceitos clássicos de limite e de fronteira. (sem destaque no original)

Esta mudança do foco do político para o econômico é sentida, de modo distinto, em cada uma das fronteiras – que devem, como já observado, ser estudadas de modo individualizado -, dependendo, sobretudo, do grau de integração existente entre a população que habita cada uma de suas frações territoriais.

Observa CATAIA (2007, p. 2), ainda a respeito do atual papel desempenhado pelas fronteiras, que:

Hoje, em face à globalização, a compartimentação do espaço mundial revela duas facetas contraditórias e solidárias. Por um lado, as fronteiras devem delimitar com clareza o território nacional que consagra à sociedade que nele vive seu abrigo, este é o princípio da soberania internacional, mas por outro lado a economia transnacionalizada opera fluxos financeiros e normativos que atravessam as fronteiras, promovendo um enfraquecimento de suas funções destinadas à proteção.

Importante referir que este atual papel desempenhado pelas fronteiras, que mais servem como instrumento de integração entre países distintos que instrumento de barreira e de proteção de determinado Estado como alhures, não significa que elas estejam perto da extinção.

Como diz OLIVEIRA T. C. (2009, p. 26 *et seq*), “há uma metamorfose (...) na concepção do limite, dada pelas inovadoras formas de uso do território (...); é provável que, em poucos momentos da história, se tem observado o nascimento de tantas fronteiras”.

Ainda segundo OLIVEIRA T. C. (2009, p. 27):

Pode-se afirmar que, na fronteira, barreiras são prostradas e erguidas simultaneamente (Chiampini, 2005; Grimson, 2000; Muller, 2005); muito, pelo fato descrito (reforço da identidade nacional), mas também, pela constatação de que, ambos os lados da fronteira, terminam por não introduzir rupturas (econômicas, sociais, culturais), e, sim, engendram uma espécie de continuidade estratificada com o outro lado.

As fronteiras acabam por desempenhar interessante e duplo papel de reforço à identidade nacional e de incremento de relações interculturais.

Interessante jamais olvidar, tal como já referido, que cada fronteira possui suas peculiaridades, podendo apresentar, por exemplo, maior ou menor integração entre os povos que nela reside, maior ou menor relação oficial entre os respectivos países etc.

Em face das peculiaridades e das complementaridades que marcam a vida das fronteiras, de cada fronteira individualmente considerada, é que se torna importante a elaboração de classificação entre elas que leve em conta o grau de integração funcional e de integração formal que as distinga.

Integração funcional é aquela que leva em conta, sobretudo, as articulações locais das respectivas comunidades, aqui envolvendo associações, governos locais, transações comerciais, intercâmbios culturais e esportivos etc.

A integração funcional é a que cuida das ações cotidianas, rotineiras, que marcam a vida na fronteira, e que pode ser mais ou menos acentuada.

É certo que o grau de integração funcional, ou seja, se mais ou menos intenso, pode, conforme o caso, trazer inúmeras conquistas para aquela fronteira específica, com incremento ao comércio local, à circulação de mercadorias e de pessoas, enfim, com alto grau de complementaridades.

Certo, também, como adverte OLIVEIRA T. C. (2005, p. 384) que as facilidades induzidas pela dinâmica das articulações econômicas e sociais não formais ‘abrem espaço’ para articulação, penetração e consolidação de atividades malévolas, como o narcotráfico e o contrabando.

Ainda segundo o mesmo autor, “toda relação funcional excessiva que se distancie de ações formais, pode violar ou ameaçar a salubridade das conquistas e os vínculos de integração existentes na fronteira” (2005, p. 384).

A integração formal, de sua parte, é a que geralmente envolve o governo central dos países fronteiriços, as grandes empresas e corporações, a celebração de acordos bilaterais etc.

Esta espécie de integração tem caráter mais burocrático e legal, dependendo, sem dúvida, mais das políticas de Estado que das relações humanas que marcam a vida na fronteira.

Segundo Oliveira T. C. (2005, p. 384), “a integração formal termina se constituindo em instrumento impeditivo ao exagero de circulações funcionais, visto que exige um aparato institucional e, por vezes, repressivo, como função de controle”, o que, se por um lado é positivo, pois diminui o risco da eclosão de eventos ilegais, por outro pode ser exagerado e maléfico, sufocando a ampliação das relações – geralmente e majoritariamente lícitas – entre os povos da fronteira.

Estas diferentes formas de integração – funcional e formal – guardam estreita relação com a classificação de fronteira trazida por Nogueira, ou seja, fronteira controlada, percebida e vivida, mencionada acima.

Ora, é certo que a integração funcional, mormente quando se dá de modo intenso, é exemplo de êxito da chamada fronteira vivida, pois dá destaque justamente para a sociedade que está nesta porção do território.

A integração formal, por seu turno, sobretudo quando é exagerada e obstaculiza a integração funcional, é exemplo claro de fronteira controlada, na qual a vigilância e o controle são bem marcantes.

Nem sempre existe coincidência entre os objetivos da população e da economia da região fronteira com os objetivos dos respectivos Estados que a formam.

Neste sentido é a observação feita por OLIVEIRA T. C. (2005, p. 385):

Em outros termos, podemos dizer que, enquanto perspectivas: a população e a economia fronteira clamam pela ampliação da integração funcional; enquanto, o Estado, tentará, por todos os meios, instituir regras que limitem a funcionalidade e amplie a integração formal. Na realidade, a relação entre estas duas lógicas é conflitiva, todavia, muito mais na aparência do que na essência – uma sempre recorre à outra para consecução de seus desígnios. E, por assim ser, a dinâmica territorial e a ‘paz’ na fronteira serão demarcadas pela atuação proveniente de ações convergentes entre o formal e o funcional.

No caso do Brasil a questão ganha ainda mais relevo e importância pela extensão de seu território e pelo fato de possuir fronteira com quase todos os países da América do Sul, exceção feita ao Equador e ao Chile.

Diante deste vasto território nacional e dos diferentes graus de integração formal e funcional que caracterizam cada uma das fronteiras do Brasil com seus vizinhos, é que um estudo aprofundando das espécies de fronteira se faz necessário.

Partindo-se da análise das espécies de fronteira – segundo o grau das integrações formal e funcional - e não perdendo de vista que cada fronteira é uma e única – a fim de se evitar o equivocado estudo generalizado de todas elas – é que se torna possível a correção de rumos, a definição de metas e estratégias, sempre tendo em vista a nova ordem mundial, mormente no que tange à facilidade de circulação de informação e de mercadorias.

Combinando-se os diferentes graus de integração formal e funcional é possível classificar a fronteira da seguinte forma: a) fronteira morta ou distante (com baixa integração formal e baixa integração funcional); b) território perigoso ou fronteira crespa (com baixa integração formal e alta integração funcional); c) fronteira viva ou vibrante (com alta integração formal e alta integração funcional) e d) fronteira burocrática ou protocolar (com alta integração formal e baixa integração funcional), segundo descreve OLIVEIRA (2005, p. 385).

Esta classificação, inclusive por versar sobre relações humanas (importantes e decisivas para o grau de integração funcional) e sobre exercício de poder e ideologias (que é fundamental para a integração formal), não é rígida, fechada ou imutável.

Uma fronteira pode deixar de ser de determinada espécie e passar a ser de outra, bastando que ocorra modificação no grau de alguma destas integrações.

É por isso que a observação feita a respeito de determinada fronteira deve sempre ser revista porquanto as relações humanas, os interesses econômicos e sociais, o exercício do poder político são dinâmicos e mutáveis.

Neste ponto é fundamental novamente citar OLIVEIRA T. C. (2005, p. 389-390):

Considerando que, assim como a sociedade em geral, a Fronteira ou é dinâmica ou sofre reflexos de dinamismos externos; e, especialmente, **se consideramos que a Fronteira é mais porosa e permeável do que outras partes dos territórios nacionais: não podemos considerar que posição destes diferentes tipos de situações sejam estáticas.** Os sistemas podem se deslocar em ambos os sentidos, porém há uma tendência de deslocamento de A para C, passando por B ou por D. Contudo, como os fluxos pendulam com muita intensidade, acompanhando comportamentos de demandas sugeridas por acordos supranacionais, oscilações cambiais, estratégias nacionais, etc., sugerindo que outros deslocamentos também podem acontecer (...). (sem destaque no original)

Também neste sentido, ou seja, da dinâmica da vida nos territórios – em fronteiras ou não -, das construções, destruições e reconstruções das relações que neles se operam, são as lições de COSTA (2009, p. 62-63):

O território é entendido (...) como um espaço delimitado por e a partir de relações de poder, cujas materialidades são reflexos das imaterialidades e das ações territoriais dos agentes e atores do espaço (...). O território é, assim, normatizado em função das tensões entre seus atores e entre estes e os agentes de sua produção (o Estado, as empresas nacionais e internacionais, as prestadoras de serviço, as financiadoras, os bancos, as igrejas, dentre outros). Nesse aspecto, as relações entre os atores sociais sejam fruto da construção histórico-cultural e da inserção no mundo global do próprio território. Suas especificidades são produzidas historicamente pela capacidade e disponibilidade dos recursos e tecnologia, bem como de acesso a elas pelos diversos segmentos sociais (...). Ao mesmo tempo que é construído, o território é destruído e reconstruído num mesmo movimento, que vem sendo chamado de T-D-R (territorialização – desterritorialização – reterritorialização). O tempo todo se perde e se ganha novas identidades. Dessa forma, segundo Saquet (2007, p. 163). ‘O território é multiescalar e multitemporal; processual-relacional; identidade/unidade e movimento. Há, sempre, recriação, novas territorialidades, novas identidades, novos arranjos territoriais, redefinições, novos significados, com des-continuidades’ (...). **As ações, o jogo de forças, as lutas, os fluxos, as ideologias, as normas que compõem o território não podem ser vistas, mas sentidas, seguidas, respeitadas. Logo, o território tem um forte traço de imaterialidade, tanto que não é preciso que sua regulamentação seja materializada em formato de Lei para que seja respeitada (...).** (sem destaque no original)

Este dinamismo das relações que marcam e constituem o território e, por extensão, a fronteira, é particularmente sentido na fronteira Brasil-Bolívia, mais especialmente na porção desta fronteira formada por Corumbá e Ladário, no lado brasileiro, e Puerto Suares e Puerto Quijarro, no lado boliviano.

O estado de Mato Grosso do Sul possui grande extensão em sua linha divisória com Paraguai e Bolívia, no total de 1.517 km. Destes, 1.131 km de limite com o Paraguai e 386 km com a Bolívia.

Especificamente em relação à fronteira com a Bolívia é preciso salientar que, no total, o Brasil possui mais de 3.423 km de linha de fronteira, dos quais, como exposto, 386 km no Mato Grosso do Sul.

Ao longo destes mais de 3.400 km de linha de fronteira, que não é marcada por um grande povoamento, formam-se algumas importantes conurbações (ou cidades-gêmeas) ou semi-conurbações<sup>5</sup>, como é o caso, por exemplo, de Brasiléia (Brasil) e Cobija (Bolívia), e Cáceres (Brasil) e San Ignacio (Bolívia).

Na fronteira Brasil e Bolívia destaca-se, justamente, a semi-conurbação formada entre as cidades de Corumbá, Ladário, Puerto Suarez e Puerto Quijarro. (incluindo o distrito de Arroyo Concepción).

Esta fronteira, por sua intensa integração formal e funcional, pode ser tida como fronteira viva, vibrante, com constante ampliação do convívio social (p: ex: festas religiosas, eventos artísticos etc., envolvendo pessoas das duas nacionalidades), atividades escolares (alunos de um dos lados da fronteira estudando no outro), incremento da economia local etc.

Claro que o fato de ser fronteira viva, com forte e importante integração funcional entre os povos dos dois países, traz o aumento de sua importância e de sua visibilidade para seus dois Estados.

Esta característica de fronteira vibrante, vivida, se acentuou nas últimas três décadas, com o aumento de investimento no Departamento de Santa Cruz de La Sierra (BO), ao qual pertencem os municípios de Puerto Quijarro e Puerto Suarez, e, no lado do Brasil, com a chegada da BR 262, devidamente asfaltada, até Corumbá, seguida de outras obras de infraestrutura, como é o caso da ponte sobre o Rio Paraguai, na região do Morrinho, cerca de 70 km antes da sede do município de Corumbá.

Sobre as características e pujança desta fronteira, assevera OLIVEIRA, T.C (S.d., p. ).:

“São (...) cidades que formam uma aglomeração de fronteira de grande articulação sócio-econômico-cultural. É um território de configuração estratégica. Por ali passa o gasoduto e, um amontoado de mercadorias outras

---

<sup>5</sup> Conurbação ocorre quando as cidades são contíguas, separadas apenas por uma rua, por um rio etc. Semi-conurbação se dá quando existe grande interação entre as cidades fronteiriças, porém não são cidades contíguas.

(chegam ou partem), utilizando o rio (com seis portos), as rodovias e as ferrovias se encontram, mas não se prendem. Soma-se a esta malha, uma estrutura física com grande reserva de minério de ferro e manganês nas morrarias do Urucum, Mutum e Jacadigo (...). A Bolívia descobre a fronteira na passagem da primeira para a segunda metade dos anos oitenta (...). Primeiro – foi um programa de investimentos, que o Banco Mundial implementou na região de Santa Cruz (...). Segundo aspecto – foi o asfaltamento da BR 262, trecho Miranda-Corumbá (...). O fato é que, alto grau de complementaridade funcional, existente entre as cidades, move uma rede de abastecimento de mercadorias e serviços para uma população em expansão, especialmente do lado boliviano”.

Isto, porém, não significa que esta fronteira esteja a salvo de problemas, inclusive de problemas ligados à criminalidade.

Como diz COSTA (2009, p. 76):

A fronteira é uma complexidade que só pode ser entendida como e a partir de tal conotação. Não se pode desconsiderar o ‘outro lado’ ao planejar o desenvolvimento de um município na faixa de fronteira. **Como vimos anteriormente, o limite internacional não é um impedimento para os fluxos legais e ilegais e no caso de fronteira seca são ainda mais intensos** (...). (sem destaque no original)

Um destes problemas, destes fluxos ilegais, é, justamente, o tráfico de drogas, e que acaba por resultar na prisão, por este tipo de delito, de importante número de pessoas já do outro lado – de algum dos lados – da fronteira.

É fato público e notório que a Bolívia, assim como a Colômbia e o Peru, é importante produtora de cocaína, substância extraída da folha de coca – que tem, é bom que se diga, utilidade lícita e já incorporada às tradições do povo boliviano, sobretudo dos indígenas.

Com a manipulação da folha de coca, é possível, então, a produção da chamada “pasta-base” de cocaína e da cocaína propriamente dita, que são substâncias entorpecentes e proscritas tanto no Brasil quanto na Bolívia.

Segundo CAMARGO (2005, p.62):

A produção de cocaína tem início com a fossa de maceração onde são colocadas centenas de quilos de folhas de coca, cal hidratada, carbonato de sódio ou óxido de cálcio e querosene ou óleo diesel. Essa mistura é pisada (pisacocas) durante vários dias, até se formar uma pasta de cor verde e viscosa, quimicamente carbonato de cocaína. Essa pasta de coca é transportada para outra fossa onde se procede a lenta adição de ácido sulfúrico concentrado, assim a parte sólida precipita ficando depositada no

fundo da fossa. O líquido é esgotado, a pasta é retirada e secada ao sol, resultando o sulfato de cocaína bruta (...). Essa pasta, já seca, é levada ao laboratório, onde é submetida à mistura com algum solvente e depois feita a filtração à base de ácido sulfúrico e amoníaco (...), surgindo, então, a pasta-base de cocaína, que novamente é colocada para secar. Essa pasta-base é novamente filtrada e sofre a adição de acetona ou éter, etanol absoluto, carbonato de sódio e ácido sulfúrico, resultando a pasta-base de cocaína lavada (...), mais pura que a pasta bruta. Essa pasta-base novamente é secada e posteriormente é submetida à mistura de acetona, éter, ácido clorídrico e permanganato de potássio e filtrada, geralmente com uso de papel higiênico em enormes quantidades, resultando daí um cristal denominado de cloridrato de cocaína.

Ocorre que por ser a Bolívia país produtor da matéria-prima do aludido entorpecente e por estar ao lado de importante “corredor de exportação” e “mercado consumidor” desta droga - o Brasil -, a fronteira em questão também é marcada por este tipo de “negócio ilícito” e de “integração funcional excessiva”.

É justamente por isso que considerável número de transações envolvendo o comércio de cocaína (no sentido amplo do termo) é feito ou ao menos passa por esta fronteira, muito embora, no mais das vezes, o papel confiado aos moradores da fronteira seja o mais irrelevante neste “negócio”, o de mero “transportador”, o de mero “mula” (apelido dado ao transportador) da droga.

Este cenário vale frisar, não é exclusivo desta fronteira, ou da fronteira – em toda sua extensão – entre Brasil e Bolívia, até porque, como é sabido, o tráfico de drogas movimentava bilhões por ano, e envolve pessoas dos mais diversos centros e das mais diversas nacionalidades, valendo ressaltar, por oportuno, que atualmente o mais ativo centro de transação de drogas ilícitas ocorre na fronteira México-EUA.

Seja como for, algumas das pessoas que, na fronteira em questão, se envolvem com o tráfico de drogas, acabam por ser presas ainda na fronteira, muitas das vezes já do outro lado, onde permanecem no cumprimento de pena.

Como força da nova ordem global, que facilita a comunicação e os negócios entre pessoas de países distintos – negócios estes nem sempre lícitos -, é extremamente fácil que traficantes que vivam bem distantes da fronteira contratem – geralmente por “baixo custo” – pessoas que nela habitam – ou habitam próximos a ela – para a efetivação do transporte do entorpecente.

Alguns, e que geralmente formam o “elo mais frágil” da cadeia criminosa, acabam presos ainda na fronteira, já no outro país, e passam a ser lembrados apenas por esta condição – a de encarcerado.

Insta asseverar que não é só o delito de tráfico de drogas que envolve ou pode envolver, nesta ou em qualquer outra fronteira, pessoas de nacionalidades distintas.

Entretanto, é inegável que o crime de tráfico de drogas, até mesmo pela distância que muitas vezes separa o local de produção do entorpecente ao local de seu consumo, é um dos crimes que mais comumente se verifica em tais regiões.

Para ilustrar basta citar que, em dezembro de 2011, no Presídio Masculino de Corumbá, dos 69 (sessenta e nove) estrangeiros lá recolhidos, exatos 55 (cinquenta e cinco) estavam detidos pelo crime de tráfico de drogas, todos eles presos na fronteira, de acordo com os mapas carcerários de 2012 da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (AGEPEN).

O tráfico de drogas, portanto, é crime de grande incidência nesta fronteira – como em várias outras – e a principal causa de prisão dos estrangeiros, bolivianos em sua grande maioria, em Corumbá.

A situação se torna mais dramática pelo fato de, em grande parte do mundo, incluindo a América do Sul, optou-se, sob a liderança dos Estados Unidos da América, por uma política de drogas de nítido caráter proibicionista e repressora que, todavia, não só não eliminou o crescente consumo de entorpecentes como contribuiu, em muito, para o aumento desenfreado do encarceramento.

Para CARVALHO (2010, p. 55 e 69):

Após uma década de vigência do plano das Nações Unidas ‘Um Mundo Livre das Drogas’, fonte de inspiração do projeto de erradicação das drogas no hemisfério aprovado pela 2ª Cúpula das Américas (1998), os representantes dos países, das agências internacionais de controle e de Organizações Não-Governamentais reuniram-se, em março de 2009, em Viena, para avaliar os efeitos de sua implementação e projetar as ações futuras. Em Viena, as projeções realizadas no lançamento do projeto em 1998 foram confrontadas com os diagnósticos realizados pelos centros de pesquisa que investigam a política criminal das drogas. O balanço apresentado possibilita verificar que a estratégia internacional de guerra às drogas sustentada pela criminalização (a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou diminuição do consumo, (b) provocou a densificação do ciclo de violência com a produção de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos p. ex.) e (c) gerou a vitimização de

grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco.

No mesmo sentido é a observação de ROLIM (2006, p. 174):

As políticas contra as drogas na América Latina têm seguido os passos da ‘guerra contra as drogas’ proposta pelos EUA. Por esta abordagem, os governos pretendem livrar as sociedades das drogas com medidas repressivas. Após décadas de experiência, essa política colheu um retumbante fracasso. Mesmo assim, seus seguidores não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio.

Saliente-se que o fato de ser morador da mesma fronteira, mesmo quando esta se dá em forma de conurbação ou semi-conurbação – que é o caso da fronteira aqui em estudo -, não garante ao preso estrangeiro, ao menos para significativa parcela dos operadores do direito (juízes, promotores, delegados de polícia, doutrinadores), os mesmos direitos do preso brasileiro.

O aumento e incremento das relações humanas, sociais, econômicas, a facilidade de comunicação e de acessos aos locais então inacessíveis, se, por um lado produz – ou pode produzir – melhoria na condição de vida (na ampla acepção do termo) de muitos, também produz – ou pode produzir – efeitos não desejados, como por exemplo, a criminalidade.

Não é um fenômeno exclusivo da fronteira e nem, tampouco, desta fronteira.

Para IANNI (2004, p. 215-216):

É muito provável que a violência, sob muitas das suas formas, tenha raízes no próprio tecido social. Pode agravar-se segundo as condições de vida e trabalho de indivíduos e coletividades (...). Mas é muito sintomático que em toda sociedade latino-americana, assim como asiática, africana, européia e norte-americana, subsistam, reiterem-se, transformem-se e multipliquem-se as manifestações de violência. Novamente se coloca a questão: as raízes mais profundas da violência germinam de conformidade com o tecido social, as formas de sociabilidade, os jogos das forças sociais (...). Sim, as raízes mais profundas da violência situam-se e nascem, manifestam-se e florescem na ‘fábrica da sociedade’, entendendo-se que a fábrica da sociedade tem sido cada vez mais uma fábrica não só nacional, mas também mundial (...). Uma parte decisiva dessa fábrica está lançada direta e decisivamente no âmbito da economia política do globalismo, do novo ciclo de globalização do capitalismo. Aí medram condições, técnicas e manifestações da violência.. O seqüestro, a violência urbana, o narcotráfico (...) e outras manifestações medram na mesma fábrica em que se processa a ‘destruição criativa’, a ‘dissociação Estado e sociedade’, a ‘geopolítica da supremacia do capitalismo’, produzindo e reproduzindo desigualdades sociais, de gênero, étnicas e outras, com as quais se alimentam a alegria e a beleza, bem como a

alienação e a tristeza. Mudou o mapa do mundo, com o qual se desterritorializam e reterritorializam coisas, gentes e idéias, experiências e sentimentos, frustrações e ilusões. Aí se criam outros e novos modos de ser, estilos de vida, ideologias e utopias, bem como lealdades e ressentimentos, heróis e santos.

Como o objetivo do trabalho não é o de discutir as raízes da criminalidade – nem mesmo da criminalidade transnacional – não se aprofundará neste tema. Todavia, mesmo que em breves palavras, é preciso salientar que a criminalidade tem inúmeras e distintas motivações, uma delas, justamente, a da prevalência da busca “pelo lucro” em detrimento do “respeito às pessoas”, as quais, muitas vezes, são “descartadas” quando “não interessam mais”.

É isto exatamente o que se dá com o apenado, sobretudo com o estrangeiro, “com o distante”, com o que “incomoda” e não tem “visibilidade” ou força política ou econômica, “não comovendo a sociedade” e “não ganhando destaque na grande mídia”, exceto, naturalmente, “destaque negativo e estigmatizante”.

É como se a criminalidade – que é inegavelmente subproduto das relações socioeconômicas – fosse fenômeno a ser resolvido individualmente, inclusive na fronteira.

Para HELLER (1998, p. 238):

A punição pode ser justa se todas as ações puderem ser imputadas aos seus autores como seres humanos totalmente livres. Se as pessoas são afetadas por restrições sociais, ainda podemos e devemos atribuir suas ações a elas. Se as tratamos como filhotes movidos pelas cadeias de circunstâncias, nós lhe tiramos sua mais preciosa posse: a liberdade moral. E ainda assim, não devemos imputar suas ações a elas, totalmente. Por isso é que precisamos diminuir os padrões de julgamento. Se as restrições sociais são imensas, nunca deveríamos manter julgamento.

Como diz BAUMAN (2010, p. 50), “neste mundo novo, pede-se aos homens que busquem soluções privadas para problemas de origem social, e não soluções geradas socialmente para problemas privados”.

SANTOS (2002, p. 147-148), ao escrever sobre a globalização, sustenta:

A primazia do homem supõe que ele estará colocado no centro das preocupações do mundo, como um dado filosófico e como uma inspiração para as ações. Dessa forma, estão assegurados o império da compaixão nas relações interpessoais e o estímulo à solidariedade social, a ser exercida entre

indivíduos, entre o indivíduo e a sociedade e vice-versa e entre a sociedade e o Estado (...). O ponto de partida para pensar alternativas seria, então, a prática da vida e a existência de todos.

Para que bem se compreenda o “fenômeno” fronteira, suas potencialidades e vicissitudes, enfim, sua especial realidade, é mister transcrever OLIVEIRA, M. A. (2009, p. 87):

Assim como no espelho, a fronteira é: identificável e ilusória, verdadeira e aparente, inteligível e invertida. Essa dialética, que pode ser aplicada também ao tempo, revela a estética das fronteiras internacionais: as ilusões e seus simulacros, confundem-se com as noções de verdade e revelação (...). Afirmar que a fronteira não existe, isto sim é uma falácia. Porém, sua existência não se coloca integralmente de joelhos perante os acordos internacionais (...). A ordem das fronteiras e dos imigrantes, tão vulgarmente enquadrada, é conduzida em direção a um fascínio, por isso, e tão-somente por isso, a uma ilusão (...).

É indubitável que a adequada compreensão do significado, do papel e da importância atual da fronteira, mui especialmente em um mundo globalizado, com facilidade de acesso e de comunicação entre os povos, vencendo-se barreiras geográficas, lingüísticas ou culturais, acaba por produzir reflexos na atuação dos próprios Estados nacionais, inclusive quando qualquer deles deve enfrentar e compreender a sempre intrincada questão do aprisionamento, mormente do aprisionamento do sentenciado estrangeiro, mais ainda quando este é oriundo de região fronteiriça, como será abordado nos capítulos seguintes desta dissertação.

O tema do aprisionamento do sentenciado estrangeiro, muito embora não seja questão recente, passou, nos últimos anos, o que também será apresentando nos próximos capítulos deste trabalho, a ser alvo de estudos mais aprofundados, sobretudo nos países tidos como democráticos e que tem, em regra, o respeito à dignidade da pessoa humana, sem qualquer discriminação, justamente uma de suas mais relevantes características.

## **2 OS SISTEMAS PENAIIS DO BRASIL E DA BOLÍVIA**

Muito embora o presente trabalho não seja exclusivamente da área do direito, muito menos do direito penal – sendo, isto sim, trabalho transdisciplinar, envolvendo questões afetas à política, à sociologia, à criminologia etc. - mister se faz tecer comentários a respeito do conceito de pena, de suas espécies, de seu breve histórico, de suas funções, de seus principais princípios informadores e da forma de cumprimento da pena de prisão, até mesmo para que se compreenda, mais adiante, a realidade, no Brasil e na Bolívia, que se passa no campo da aplicação das penas, suas conseqüências e, sobretudo, suas disparidades no que tange ao que é enfrentado pelo nacional e pelo estrangeiro condenado.

### **2.1 Conceito e espécies de pena**

Pena não se confunde com sanção. Existente entre estes dois institutos verdadeira relação de espécie (pena) e gênero (sanção), donde se permite dizer, no sentido técnico-jurídico, que nem toda sanção é pena.

Existem sanções em diversas áreas do direito, não só no direito penal, bastando citar, para ilustrar, o disposto no artigo 927 do Código Civil - CC (BRASIL, 2002)<sup>6</sup>, que estabelece, em linhas gerais, que aquele que causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo – é, portanto, sancionado, condenado, a reparação dos danos na esfera civil (no campo patrimonial).

Outro exemplo é o previsto no artigo 37 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), no qual se prevê, em seu § 1º<sup>7</sup>, pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a quem veicular propaganda eleitoral em bens pertencentes ao poder público, aos de uso comum, ou naqueles bens que dependam de cessão ou permissão do Poder Público.

É por intermédio da sanção – aqui compreendida como gênero – que o Estado faz atuar sua vontade, constringendo seu povo a cumprir as regras por ele erigidas; se o cumprimento a estas não for voluntário, haverá, então, nos mais diversos ramos do direito (tal como nos exemplos supracitados), a incidência de alguma sanção.

Sobre este tema diz VENOSA (2008, p. 90-94):

**O direito é instrumento de adequação social. Deve ser impositivo e efetivo, sob pena de estabelecer-se o caos em sociedade.** Por isso, é inimaginável que não exista uma pressão sobre os indivíduos para que se comportem sob determinada maneira ou para que não pratiquem determinadas condutas. Essa pressão, a princípio psicológica e num segundo estágio efetiva, pelos instrumentos do Estado, traduz-se pela coerção. Desse modo, ao contrário das outras modalidades de normas, como as religiosas, morais, éticas, a norma jurídica é dotada de coerção. Se inobservada a regra jurídica, a sanção, chamada a operar, é imposta pelo Estado (...). Nesses termos, é possível identificar a coerção e a sanção como duas faces da mesma moeda. A sanção é o instrumento constringedor que atua de modo direto ou indireto. A sanção, modernamente, pode ser pessoal ou patrimonial. **É por meio da sanção, a face externa e material da coerção, que a lei torna-se conseqüentemente obrigatória, pois não seria efetiva a obrigatoriedade, se não houvesse um meio constringedor (...).** O sentido da sanção é neutralizar, desfazer ou reparar um mal causado por um ato ilícito (...). (sem destaque no original)

A pena – modalidade de sanção que se verifica no exclusivo campo do direito penal – surge como conseqüência a ser suportada pela pessoa – via de regra, pessoa

---

<sup>6</sup> Art. 927 do CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>7</sup> Art. 37, § 1º, da Lei 9.504/97. A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no *caput* deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

física, com exceção, no Brasil, dos crimes ambientais (Lei 9.605/98) – que infringiu uma lei penal, ou melhor, que cometeu uma infração penal (crime ou contravenção penal<sup>8</sup>).

A palavra pena é derivada do latim *poena*, significado, exatamente, castigo ou suplício.

Nas palavras de ESTEFAM (2010, p. 290), “do ponto de vista jurídico-penal, pena é consequência atribuída por lei a um crime ou a uma contravenção penal”.

Existem, modernamente, espécies de pena que vão além da mais “popular” delas, qual seja, a pena de prisão.

No direito brasileiro, mais precisamente no artigo 32 do CP<sup>9</sup>, existe indicação de que as penas podem ser: a) privativas de liberdade (pena de prisão); b) restritivas de direito (conhecidas como “penas alternativas”) e c) pena de multa.

A própria CF, em seu artigo 5º, XLVI<sup>10</sup>, alíneas “a” a “e”, menciona que, dentre outras, são permitidas as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa e e) suspensão ou interdição de direitos.

Novamente o CP, desta feita em seu artigo 43<sup>11</sup>, em redação dada pela Lei 9.714/98, estabelece as modalidades de penas restritivas de direito (ou “penas alternativas”), bastante próximo da redação do supracitado artigo 5º, XLVI, “a” a “e” da CF.

Mais recentemente, já em 2006, o legislador brasileiro, ao tratar – e continuar criminalizando – do delito de posse de drogas para consumo pessoal (artigo 28<sup>12</sup> da Lei

---

<sup>8</sup> São modalidades de ilícito penal e se distinguem, apenas, por valoração normativa, por opção do legislador, no que tange à extensão e gravidade da punição.

<sup>9</sup> Art. 32, do CP. As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa.

<sup>10</sup> Art. 5º, XLVI, da CF. A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

<sup>11</sup> Art. 43. As penas restritivas de direito são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (vetado); IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.

<sup>12</sup> Art. 28, da Lei 11.343/6. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade e III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

11.343/6), elencou como penas possíveis para este delito, além da prestação de serviços à comunidade (já prevista no CP), as de advertência sobre os efeitos das drogas e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A CF, por outro lado, veda em seu artigo 5º, XLVII<sup>13</sup>, “a” a “e”, diversas penas, entre elas a pena de morte, a prisão perpétua e penas cruéis.

A legislação boliviana, mais precisamente a recente Constituição da República da Bolívia de 2009 e o Código Penal, se assemelha à legislação constitucional e penal brasileira.

Consta da Constituição Boliviana, por exemplo, conforme será detalhado adiante, a vedação da aplicação da pena de morte, da aplicação de tratamento cruel, desumano, humilhante ou degradante a quem quer que seja, a vedação da morte civil e da aplicação de pena superior a 30 (trinta) anos (artigo 15, inciso I<sup>14</sup>).

Do Código Penal Boliviano, por seu turno, são previstas penas privativas de liberdade, subdivididas, de acordo com a gravidade e extensão, em pena de presídio (crimes mais graves, com duração de um a trinta anos) e em pena de reclusão (crimes menos graves, com duração de um a oito anos), pena de prestação de trabalho, pena de multa e pena acessória de inabilitação especial, para o exercício de alguma atividade (por exemplo, exercício de cargo público), tudo nos termos dos artigos 26 e 27.

Verifica-se, portanto, a existência de razoável aproximação entre o disposto na legislação penal e constitucional brasileira e o disposto na legislação boliviana (penal e constitucional).

## **2.2 Histórico, funções e princípios informadores da pena**

A evolução histórica da pena – como de resto, de todo o direito penal – passou por diversos estágios e, até hoje, não foi possível padronizá-la em todo o mundo.

---

<sup>13</sup> Art. 5º, XLVII, da CF. Não haverá penas: I – de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; II – de caráter perpétuo; III – de trabalhos forçados; IV – de banimento; V – cruéis.

<sup>14</sup> Art. 15, I – Toda pessoa tem direito à vida, a integridade física, psicológica, moral e sexual. Ninguém será torturado, nem sofrerá tratamentos cruéis, desumanos, degradantes e humilhantes. Está proibida a pena de morte. (Tradução livre)

Basta dizer, por exemplo, que existem países, dentre eles os Estados Unidos da América (em alguns de seus estados, pois o direito penal, lá, não tem, como no Brasil, legislação nacional) e a China, que continuam aplicando a pena de morte para determinados delitos, espécie esta de pena banida em muitos outros países, dentre os quais, o Brasil (exceção feita ao caso de guerra declarada, na forma do que se extrai dos artigos 5º, XLVII, “a” e 84, XIX, da CF).

Inicialmente houve a fase da chamada vingança privada, na qual a própria vítima ou seus familiares condenavam e executavam o infrator, sem intervenção estatal, sem direito à defesa, e sem que as punições aplicadas guardassem qualquer sentido de proporcionalidade.

Algum avanço houve tempos depois, com a limitação da vingança privada, passando a haver algum controle à reação do ofendido e, por conseguinte, alguma proporcionalidade na pena aplicada ao ofensor.

É o caso de citar, por exemplo, a famosa Lei das XII Tábuas, promulgada em 453-51 a.C., que contém algumas disposições de índole penal, inclusive com a chamada pena de talião – “olho por olho, dente por dente”.

Posteriormente, já com a evolução da estrutura social e organização da coletividade, o Estado passou a assumir a tarefa exclusiva de julgar as pessoas acusadas de uma infração penal, ou seja, passou a exercer o monopólio da justiça punitiva.

Sobre o tema assim se manifesta LOPES JÚNIOR (2008, p. 34):

O terceiro estágio de evolução da pena, agora como ‘pena pública’, vem marcado pela limitação jurídica do poder estatal, pois o delito é considerado como uma transgressão da ordem jurídica, e a pena, uma reação do Estado contra a vontade individual oposta a sua. Aqui a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, pois o Estado vence a atuação familiar (...) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados (...). O Estado, como ente jurídico e político, chama para si o direito e também o dever de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinqüente. À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão também a proibição expressa para os indivíduos de tomar as justiças por suas próprias mãos.

Vale registrar que o direito canônico exerceu grande influência ao longo da evolução do direito penal e do instituto da pena.

É sua contribuição o nascimento e fortalecimento da pena de prisão que, na época, consistia em avanço, pois substituía, ao mesmo tempo, a então costumeira e generalizada aplicação da pena de morte, e, em alguns casos, a aplicação das penas patrimoniais, que eram aplicadas justamente para as camadas mais pobres da população da época.

A esse respeito diz FRAGOSO (2003, p. 41):

A influência do direito canônico foi benéfica. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim, ao sentido puramente objetivo da ofensa (...). Opôs-se também o direito canônico às ordálias e duelos judiciais e procurou introduzir as penas privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu (...). A penitenciária é de inspiração nitidamente eclesial.

Na mesma direção é a opinião de BITTENCOURT (2011, p. 35-36):

O direito canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente. Precisamente do vocábulo ‘penitência’, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras ‘penitenciário’ e ‘penitenciária (...)’. O conceito de pena medicinal (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas. Santo Agostinho (...), afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento (...). Sobre a influência do direito canônico nos princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as idéias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinqüente (...).

Mesmo com o monopólio do Estado na aplicação das penas e nas conduções dos processos, é certo que a história da humanidade registrou – e continua registrando – inúmeras atrocidades, violações, brutalidades, exageros na aplicação das penas, mormente das chamadas “penas corporais” (penas de morte, castigos físicos, torturas).

Não é por outro motivo que Ferrajoli (2006, p. 355), de modo incisivo, sustenta:

**A história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos: porque mais cruel, e talvez mais numerosa, que as violências produzidas pelos delitos foram as produzidas pelas penas;** e porque enquanto o delito tende a ser uma violência ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a violência infligida pela pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. **Contrariamente à fantasiosa função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história produziu ao gênero humano um custo de sangue, de vida e de mortificações**

**incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.**  
(sem destaque no original)

Cuida referir que “até o final do século XVIII, a prisão servia como custódia, ou seja, até a sentença, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes. A prisão tinha, inicialmente, a função de lugar de custódia e de tortura”, segundo destaca LOPES JUNIOR (2008, p.1-2).

A contínua luta pela humanização das penas tem em Cesare de Bonessana, o Marquês de Beccaria, na célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, cuja primeira edição data de 1.764, um de seus principais expoentes.

BECCARIA (2003), dentre outras críticas, voltou-se contra as penas abusivas e desproporcionais, dentre elas a pena de morte, contra os julgamentos secretos, os métodos desumanos na coleta da prova etc., questões esta que, infelizmente, como é de conhecimento público, mesmo que seja de modo “ilegal e até informal” – não decorrentes de julgamentos oficiais – ainda se verificam em vários recantos do mundo, inclusive no Brasil.

Advertia BECCARIA (2003, p. 52), desde antanho, que era necessário selecionar quais penas e quais modos de aplicá-las de tal modo que causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

A respeito das funções da pena pode-se dizer, resumidamente, que 4 (quatro) são as mais aceitas pelos estudiosos do tema, a saber: a) função retributiva: a pena serve como resposta ao infrator pelo mal que ele causou e, para ser eficaz, necessariamente deve ser proporcional; b) função preventiva geral: voltada como “sinal de alerta” para toda a coletividade, a fim de inibir os predispostos ao crime, deixando claro as conseqüências de eventual cometimento de um ilícito; c) função preventiva especial: dirigida para o próprio infrator, a fim de que ele, ao cumprir a pena, sabia das conseqüências que sofrerá caso volte a delinquir; d) função ressocializadora: voltada para a readaptação social do condenado, a fim de que tenha condições de tornar a viver em sociedade sem se envolver em novos ilícitos penais.

Esta última função da pena, a da ressocialização ou reintegração social do condenado, vem expressamente prevista no artigo 1º, da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>15</sup>, e é tida, modernamente, como sua principal função, inclusive servindo como instrumento de combate – ao menos no campo teórico – à reincidência criminal.

Todas elas enfrentam severas críticas havendo quem sustente, os chamados “abolicionistas penais” - que pugnam pelo fim do direito penal e das penas, reputando-as como instrumentos inúteis – que a pena não exerce função alguma, pois não satisfaz a vítima, não alcança as raízes da criminalidade e apenas causam dor e sofrimento de todo inúteis.

Interessante transcrever, a respeito, o que diz FRAGOSO (2003, p. 347-348):

Convém observar que o esquema jurídico da cominação, imposição e execução da pena sofre o impacto criminológico de extensas pesquisas realizadas sobre o funcionamento do sistema, relevando que ele se baseia em algumas ficções. Assim, não está demonstrada a eficácia daquela suposta coação psicológica no momento da ameaça. Ou seja: **não se demonstra que a cominação da pena e o mecanismo de tutela penal efetivamente atuem afastando os homens do delito. Não está demonstrada também que a punição efetivamente imposta a um transgressor tenha qualquer efeito sobre os transgressores em potencial (...). Parece que o crime se deve a fatores que não são afetados pela ameaça de punição. A experiência também veio demonstrar que a punição, notadamente com a pena privativa de liberdade, favorece a reincidência.** É praticamente impossível alcançar a ressocialização do delinquente através da pena privativa de liberdade, que funciona realmente como alimentadora do sistema. Por outro lado, verifica-se que o sistema punitivo do Estado visa manter a estrutura sócio-econômica e política vigente, com a qual poucos estão satisfeitos. É inegável que a clientela do sistema é constituída pelos pobres e desfavorecidos. (sem destaque no original)

Seja como for, e apesar das inegáveis mazelas que decorrem da imposição das penas, especialmente das penas de prisão, ainda não surgiu outro instrumento que permitisse que esta página fosse virada, sepultando a necessidade da aplicação de pena a qualquer autor de ilícito penal.

Por outro lado, justamente para diminuir os efeitos decorrentes da imposição da pena – sobretudo da pena de prisão -, de evitar que se ultrapassem os limites estritamente necessários para sua aplicação, de não se perder o próprio processo histórico de respeito à dignidade da pessoa humana – mesmo, por certo, da pessoa

---

<sup>15</sup> Art. 1º, da Lei 7.210/84. 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.

humana encarcerada – é que os Estados Democráticos de Direito, entre eles o Brasil e a Bolívia, estabelecem princípios que devem ser observados neste campo.

Antes, contudo, de se estudar alguns destes princípios, necessário se faz, mesmo que de modo bastante resumido, ter a exata compreensão do que juridicamente se entende por princípio.

No dizer de NUCCI (2010, p. 35):

O ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito. Dentre os vários significados do termo princípio, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estreito (...). Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (...). Os princípios – constitucionais e infraconstitucionais, explícitos e implícitos – detém relevância extraordinária para a coerência do conjunto de normas especiais, nem sempre elaboradas de maneira sistemática e lógica pelo legislador. **Devem ser considerados os fios condutores dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo (...). Aliás, como regra, os princípios protegem os direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais (...).** A idéia de valorização e supremacia dos princípios (...) deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema (...). (sem destaque no original)

O primeiro princípio que merece ser destacado é o princípio da legalidade, previsto, no Brasil, de modo expresso, no artigo 5º, XXXIX<sup>16</sup>, da CF, sendo também previsto no artigo 1º do Código Penal - CP<sup>17</sup>.

Diz o princípio da legalidade, em linhas gerais, que não haverá crime e nem pena sem prévia cominação legal, o que importa em dizer que a existência do crime e de sua respectiva sanção deve ser anterior à prática de determinada conduta.

Para ilustrar: em 28/3/2007 foi editada lei que introduziu no CP o delito do artigo 319-A<sup>18</sup>, o qual prevê pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, para o

---

<sup>16</sup> Art. 5º, XXXIX, da CF. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>17</sup> Art. 1º, do CP. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

diretor de penitenciária ou agente público que deixar de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, além de outras condutas.

Se determinado diretor de penitenciária, em janeiro de 2007, não vedou dito acesso do preso a aparelho telefônico, sua conduta, na esfera criminal (sem prejuízo, por certo, de eventual sanção na esfera administrativa), não poderá ser punida.

Costuma-se estudar este princípio de forma desmembrada, criando-se, para tanto, dois sub-princípios: a) o da anterioridade (já contemplado com a explicação acima) e, b) o da reserva legal, este significando que somente lei propriamente dita – aprovada pelo Congresso Nacional (no Brasil somente lei federal cuida de direito penal, nos termos do artigo 22, I, da CF<sup>19</sup>) e sancionada pelo Presidente da República (ou por quem faça suas vezes) – pode instituir crimes e cominar penas, não o podendo, por conseguinte, medidas provisórias, decretos, portarias etc.

Na Bolívia este princípio vem previsto no artigo 116, inciso II<sup>20</sup>, de sua Constituição.

Outro princípio que merece destaque é o chamado princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, prevista no Brasil no artigo 5º, inciso XL<sup>21</sup>, da CF, e no artigo 2º, parágrafo único<sup>22</sup>, do CP.

Este princípio, em síntese, indica que uma nova lei penal, que regulamente determinado assunto (o mesmo ilícito penal) ou que trate da referida pena (pena do mesmo ilícito), somente poderá retroagir, ou seja, produzir efeitos para fatos anteriores à sua vigência, se benéfica ao acusado, mesmo após sentença condenatória definitiva, contra a qual não há mais recursos.

Lei que entre em vigor apenas após o fato ter ocorrido, passando a incriminar esta conduta ou aumentando a extensão da pena ou agravando a forma de seu cumprimento, não atingirá os fatos a ela anteriores.

---

<sup>18</sup> Art. 319-A do CP. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

<sup>19</sup> Art. 22, I, da CF. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil (...), penal (...).

<sup>20</sup> Art. 116, II, da Constituição da Bolívia. Cualquier sanción debe fundarse em una ley anterior al hecho punible.

<sup>21</sup> Art. 5º, XL, da CF. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>22</sup> Art. 2º, parágrafo único, do CP. (...). A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Na Bolívia, o citado princípio vem previsto no artigo 123 de sua Constituição<sup>23</sup>.

Outro princípio que merece ser relevado é o princípio da personalidade da pena, também conhecido como princípio da intranscendência da pena ou da responsabilidade pessoal da pena.

Este princípio, no Brasil, vem previsto no artigo 5º, inciso XLV<sup>24</sup>, da CF, dispondo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, esclarecendo que mesmo eventual obrigação de reparação de danos ou decretação de perdimento de bens só alcançará os sucessores do condenado, até o limite do valor da herança que eles receberem.

Este princípio visa deixar assentado que cada um, que cada pessoa, é, no campo penal, a única responsável pelos seus atos e, por isso, somente ela, e mais ninguém, cumprirá eventual sanção penal que lhe será imposta.

A respeito do tema, transcreve-se, mais uma vez, as lições de NUCCI (2010, p. 153):

Na órbita penal, a sanção converge para um único ponto: a pessoa do condenado. As penas aplicadas devem respeitar, na absoluta precisão do termo, a individualidade humana. Portanto, ao autor do crime destina-se a medida repressiva e preventiva do Estado, fundando-se em fatores variados. Preserva-se a família e todos os demais, que possuam algum vínculo com o acusado.

Também deve ser destacado o chamado princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

O aludido princípio consta, expressamente, do artigo 5º, inciso LVII<sup>25</sup>, da CF, e, naquilo que mais interessa ao presente trabalho, significa, em linhas gerais, que ninguém, seja ele quem for, respondendo pelo crime que for, somente será considerado culpado, somente restará condenado, após o esgotamento de todos os recursos previstos na legislação brasileira.

---

<sup>23</sup> Art. 123, da Constituição da Bolívia. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto (...), em materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado (...).

<sup>24</sup> Art. 5º, XLV, da CF. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>25</sup> Art. 5º. LVII, da CF. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A efetiva condenação, a comprovação da culpabilidade (da responsabilidade no campo penal), não se confunde com mero indiciamento (atitude tomada por autoridade policial no curso de investigação policial), não se confunde com mero oferecimento de denúncia (quando o acusador, geralmente o Ministério Público, formula acusação contra alguém), e nem, tampouco, com condenação judicial ainda recorrível<sup>26</sup> (ainda que por Tribunal).

Este princípio também significa, como corolário lógico, que o ônus da prova, que a tarefa de demonstrar a responsabilidade do acusado naquele caso, não é deste, mas, isto sim, de quem lhe acusa (do órgão acusador).

Também quer indicar que o juiz, quando da análise da prova colhida nos autos e da qual deverá nascer sua fundamentada decisão (artigo 93, inciso IX<sup>27</sup>, da CF), deverá se guiar pelo *in dubio pro reo*, ou seja, em havendo dúvida deve, sempre e sempre, decidir em favor do acusado.

Este princípio, portanto, diz respeito à forma de tratamento a ser conferida ao acusado (acusado, não ainda culpado), à fixação do ônus da prova (que compete a quem acusa) e à análise da prova colhida (quando da elaboração de qualquer decisão, sobretudo quando se decide, na sentença, pela condenação ou absolvição de algum acusado).

No direito boliviano o citado princípio está previsto no artigo 116, inciso I, de sua Constituição<sup>28</sup>.

Outro importante princípio a ser aqui considerado é o princípio da humanidade da pena, previsto, mesmo que implicitamente, em vários dispositivos da Constituição Federal, dentre eles o artigo 1º, inciso III<sup>29</sup> (ao falar que um dos fundamentos do Estado brasileiro é o da dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, XLVII, “a” a “e” (ao vedar no Brasil a aplicação de pena de morte, de pena de prisão perpétua, de pena de trabalho

---

<sup>26</sup> Sentença ou decisão recorrível é aquela que não transitou em julgado, ou seja, é passível de recurso e, em tese, de alteração.

<sup>27</sup> Art. 93, IX, da CF. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...).

<sup>28</sup> Art. 116, I, da Constituição da Bolívia. Se garantiza la presunción de inocencia (...).

<sup>29</sup> Art. 1º, III, da CF. A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...). III – a dignidade da pessoa humana (...).

forçado, de pena de banimento e de pena cruel), o artigo 5º, inciso XLVIII<sup>30</sup> (ao exigir que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, respeitando-se a natureza do delito, a idade e o sexo dos apenados), o artigo 5º, inciso XLIX<sup>31</sup> (ao assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral) etc.

Este princípio quer acentuar que todo e qualquer apenado, mesmo quando do cumprimento de pena de prisão, continua sendo ser humano, sendo detentor de atributos que são próprios a esta sua condição, a despeito de estar com alguns de seus direitos, mormente o da liberdade de ir e vir, restringidos.

Visa deixar acentuado que o Estado não pode atuar com espírito de vingança, tal como alhures, mas deve utilizar-se da pena sem perder de vista os limites que são decorrentes, sobretudo, do respeito à dignidade da pessoa humana – mesmo da pessoa humana encarcerada.

Deve, outrossim, não perder de vista as conseqüências que advém ao apenado em decorrência do cumprimento da pena, mormente da pena de prisão, permitindo-lhe, desde que cumpra requisitos legais (o que será estudado no próximo capítulo), alcançar, até, a progressão de regime, ou seja, a mudança do regime fechado para outros regimes prisionais menos gravosos (regimes semiaberto e aberto).

FRANCO (2007, p. 59), a respeito deste princípio, menciona:

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana (...). **O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada (...).** (sem destaque no original)

De modo semelhante diz NUCCI (2010, p. 145-146):

Perder a capacidade de indignação, a sensibilidade para o justo e a possibilidade de reclamar podem ser caminhos estreitos e direitos para o embrutecimento do ser humano, tornando-o indiferente a si mesmo, seus atos e as conseqüências de cada um deles, consolidando uma pedra inóspita em lugar da brandura do coração. Não é à toa que o termo humano quer dizer,

---

<sup>30</sup> Art. 5º, XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

<sup>31</sup> Art. 5º, XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

dentre outros, bondoso, afável e civilizado. A humanização da sociedade indica o rumo correto em direção à civilidade, fazendo ressaltar, em comunidade, os valores inerentes ao respeito e à fraternidade. Por isso, o princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte (...). Condutas reputadas bárbaras e cruéis, contra bens jurídicos de incontestável valor, precisam ser combatidas e detidas, porém, sem que haja vingança, entendida esta como a exata retribuição, na mesma intensidade e com idêntica forma, à infração cometida (...). **Retribuir o mal do crime com uma maldosa pena deixa de constituir virtude para assumir o papel da vilania, equiparando o Estado à figura do agressor, situação que o deslegitima a atuar em nome do Direito e da Justiça. Se os maus sentimentos ainda são constantes nos seres humanos, dada a sua natural imperfeição, não se pode cultivá-los e incentivá-los a integrar o campo das leis, onde idealmente o justo prevalece e a benemerência é a sua razão de ser (...).** (sem destaque no original)

Este princípio também se extrai da Constituição Boliviana, combinando-se o disposto em seus artigos 15, I<sup>32</sup>, 73, I<sup>33</sup>, 114, I<sup>34</sup> e 118, I<sup>35</sup>.

Outro imprescindível princípio que merece destaque é o da isonomia (ou da igualdade), previsto logo no *caput* do artigo 5º<sup>36</sup>, da CF, e que não diz respeito, é certo, apenas ao direito penal e ao cumprimento de pena.

O consagrado princípio, em apurada síntese, objetiva garantir tratamento idêntico a pessoas nas mesmas condições, e conferir tratamento diferenciado – *discriminação positiva* – para aqueles que encontram-se em situação concreta de vulnerabilidade e merecem do Estado maior proteção (é o caso da proteção das minorias, por exemplo).

Especificamente no que tange à imposição e aplicação da pena, quer o princípio garantir a inexistência de discriminação, de distinção entre pessoas que estão em idênticas condições.

Se duas pessoas, não importando o sexo, o credo, a nacionalidade, praticam o mesmo delito, devem ficar sujeitos às penas cominadas para este mesmo ilícito.

---

<sup>32</sup> Art. 15, I, da Constituição da Bolívia. Toda persona tiene derecho a la vida (...). Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.

<sup>33</sup> Art. 73, I, da Constituição da Bolívia. Toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad será tratada con el debido respeto a la dignidad humana.

<sup>34</sup> Art. 114, I, da Constituição da Bolívia. Queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento (...), o cualquier forma de violencia física ou moral (...).

<sup>35</sup> Art. 118, I, da Constituição da Bolívia. Está prohibida la infamia, la muerte civil y el confinamiento.

<sup>36</sup> Art. 5º, *caput*, da CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).

Naturalmente que condições pessoais devem e são consideradas pelo juiz quando da aplicação da pena, na forma, aliás, do que dispõe o artigo 59 do CP<sup>37</sup>. Estas condições cuidam, dentre outros fatores, da conduta social, dos antecedentes, da personalidade do acusado, e é isso que justifica que em um mesmo crime pessoas acabem, ao final, por receberem penas distintas.

Isto, porém, em nada fere o princípio da isonomia, porquanto, como dito, apresentavam condições pessoais distintas e esta diferenciação deve ser, sim, considerada pelo juiz, sob pena, do contrário, do cometimento de injustiças.

Diferente seria se o juiz, seja pela nacionalidade ou por qualquer outro fator, condenasse qualquer dos acusados por delito distinto, quer para protegê-lo, quer para prejudicá-lo.

A correta utilização deste princípio tem notável importância para se conferir ao condenado estrangeiro os mesmos direitos conferidos ao condenado nacional, na forma a ser desenvolvida no capítulo seguinte.

Sobre este princípio diz FRANCO (2007, p. 58-59):

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. 'Não pressupõe outorgar a todos um tratamento uniforme, mas não discriminatório. E a não discriminação não é outra coisa que a justificação do trato desigual'. Bem por isso, proíbe o 'arbitrio, ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas'. Destarte ocorre desrespeito ao princípio da igualdade quando situações fáticas iguais são arbitrariamente cuidadas, pelo legislador, como desiguais, ou situações fáticas desiguais recebem, de modo arbitrário, tratamento igual. Assim, 'quando não houver motivo racional evidente, resultante da 'natureza das coisas', para desigual regulação de situações de facto iguais ou igual regulação de situações de facto desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária', e, portanto, como violadora do princípio constitucional da igualdade.

---

<sup>37</sup> Art. 59, do CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas (...).

Na Bolívia, sobretudo em relação ao direito dos estrangeiros, o princípio se localiza no artigo 14, *caput*, V e VI, da Constituição da República<sup>38</sup>.

Cabe destacar, ainda, o princípio da proporcionalidade (também conhecido como princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso), implicitamente previsto na CF, e que funciona como orientação para que o intérprete, para que o aplicador da lei ou o legislador, conforme o caso exerça sua tarefa de forma adequada, racional, prudente, evitando tanto o abuso de poder quanto o arbítrio.

Decorre, como princípio implícito que é, da boa utilização do princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV<sup>39</sup>, da CF) e da própria natureza democrática do Estado brasileiro (artigo 1º, *caput*<sup>40</sup>, da CF).

No dizer de NUCCI (2010, p. 210-211):

A proporcionalidade indica a harmonia e boa regulação de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas (...). Aponta-se, paralelamente, com perfeita identidade, devam as penas ser individualizadas, ao mesmo tempo em que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida. Por isso, há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de conduta proibidos; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação da pena e os concretos modos de realização do crime. O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador ou quando pretende alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal (...); desumana seria a sanção penal, quando aplicada em nítida desproporção entre o fato e o dano gerado.

Finalmente, cuida citar o princípio da individualização da pena, que é, no que tange à cominação, à aplicação e à execução da pena, o “princípio dos princípios”.

Vem expressamente previsto na primeira parte do inciso XLVI, do artigo 5º<sup>41</sup>, da CF.

---

<sup>38</sup> Artigo 14, V e VI, da Constituição da Bolívia. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica com arreglo a las leyes y goza dos derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna (...). V – Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas (...), bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano. VI – Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tiene los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución (...).

<sup>39</sup> Art. 5º, LIV, da CF. Ninguém sera privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>40</sup> Art. 1º, *caput*, da CF. A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

<sup>41</sup> Art. 5º, XLVI. A lei regulará a individualização da pena (...).

O princípio em tela, na forma do indicado acima, tem incidência em três momentos sucessivos e distintos, a saber: a) quando da cominação da pena (individualização legislativa): momento em que o legislador, ao criar ou modificar determinado tipo penal (crime ou contravenção penal), indica a pena mínima e máxima abstratamente considerada na hipótese; b) quando da aplicação da pena (individualização judicial): que se dá no momento em que o juiz, ao sentenciar o processo e optar pela condenação do réu, vai indicar, dentre o mínimo e o máximo da pena prevista para o ilícito, qual a adequada para aquele caso específico; c) quando da execução da pena (individualização na fase de execução da pena): que ocorre ao longo do cumprimento da pena, ao se negar ou ao se deferir benefícios prisionais ao condenado, forma de cumprimento da pena etc.

É pela correta utilização deste princípio que cada pessoa, ao ser julgada, ao ser condenada e ao cumprir a respectiva pena, será tratada de modo individualizado, de modo particular, em respeito às suas condições pessoais (favoráveis ou não).

É este princípio que impede, quando da aplicação da pena e no momento de sua execução, que pessoas distintas, com históricos distintos, com comportamentos distintos, com personalidades distintas, tenham, por parte do Estado, tratamento idêntico.

Para ilustrar, suponha-se o seguinte e hipotético caso: X e Y, condenados pelo mesmo crime de roubo simples (artigo 157, *caput*, do CP<sup>42</sup>), recebem a idêntica pena de 6 (seis) anos de reclusão (na hipótese não havia motivo que justificasse penas diversas).

Ao longo do cumprimento da pena os dois, após cumprirem 1/6 da pena – na forma do disposto no artigo 112 da LEP<sup>43</sup>, considerando que não se trata de crime hediondo – pleiteiam progressão de regime, ou seja, a mudança do regime fechado para o regime semiaberto.

X apresenta excelente comportamento carcerário, sem envolvimento em faltas no presídio, exercendo atividade laboral etc.

---

<sup>42</sup> Art. 157, *caput*, do CP. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

<sup>43</sup> Art. 112, da LEP. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo direito do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Y, por sua vez, tornou-se líder de facção criminosa, participa de atos de insubordinação, não estuda, não trabalha.

O juiz da execução penal – responsável pela concessão ou denegação de benefícios prisionais – aprecia a situação dos dois apenados, deferindo somente a X a progressão de regime.

No exemplo, o que fez o juiz? Apenas se utilizou do princípio da individualização da pena para tratar, de modo separado e isolado, cada um dos processos, cada um dos apenados, agindo, no caso, de modo correto, em respeito ao citado princípio.

É por força deste princípio que se impede – tal como anteriormente fazia o artigo 2º, § 1º<sup>44</sup>, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), cuja inconstitucionalidade<sup>45</sup>, justamente por afronta a este princípio, foi reconhecida pelo STF no julgamento do HC 82.959 – a aplicação de regime integralmente fechado (sem direito à mudança de regime prisional) para qualquer tipo de condenação criminal.

Ainda sobre este princípio é oportuno transcrever as lições de BARROS (2001, p. 242-243):

O crime é fato passado e esgotado com a imposição da pena; a individualização na execução penal deve ter por prioridade o sentenciado. Juízo de reprovação (análise de culpabilidade) só cabe ao juiz do processo de conhecimento; na execução penal, a reprovação já foi feita (tanto que já imposta a pena); portanto, não se pode mais falar em juízo de reprovação ou culpabilidade. O que há na execução penal é a individualização da pena imposta, tendo em vista o homem que a cumpre. E o fato de juiz da execução adequar a pena ao homem de forma alguma pode ser confundido com a culpabilidade do autor. Para a correta individualização da pena na execução, já não é mais possível considerar a gravidade do fato, o comportamento passado do agente, o *quantum* da pena a ser cumprida. **A individualização da pena na execução penal determina ajustar-se a pena ao homem, tendo em vista o livre desenvolvimento de sua personalidade e a sua não-dessocialização. O princípio da individualização determina que o cumprimento da pena é alterável no tempo.** Cabendo à autoridade judicial viabilizar a correta aplicação dos princípios constitucionais, compete-lhe, na execução penal, conformar a pena à realidade e às condições pessoais do condenado. Portanto, a individualização da pena na execução penal não tem nada de estanque, e, para a realização da justiça, no processo de execução a autoridade judicial não pode estar adstrita a dogmas insuperáveis, devendo

---

<sup>44</sup> Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (redação original): Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e droga afins e o terrorismo são insuscetíveis: § 1º - As penas pelos crimes previstos neste artigo serão cumprida em regime integralmente fechado.

<sup>45</sup> Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecendo que determinado texto de lei é incompatível com a Constituição Federal.

ser guiada, no exercício de sua função, pelos princípios norteadores do Estado de direito. (sem destaque no original)

Resumidamente - até porque, insista-se, o presente trabalho científico não é específico da área do direito e nem, tampouco, do direito penal – são estes alguns dos princípios constitucionais que cuidam da aplicação e da execução da pena no Brasil – alguns deles também previstos na legislação boliviana.

No próximo capítulo, já após a devida análise feita neste, será especialmente averiguada a situação do estrangeiro, mais especialmente do boliviano, preso no Brasil.

Necessário se faz, contudo, em complemento ao já exposto neste capítulo, traçar, mesmo que brevemente, algumas linhas a respeito de normas internacionais que interessam ao trabalho.

De início cuida salientar que, sobretudo após o fim da 2ª guerra mundial, em 1.945, surgiu importante movimento de internacionalização dos direitos humanos, inclusive contando com a criação da própria Organização das Nações Unidas (ONU).

Passou-se a entender que a defesa dos direitos humanos – aqui incluídos os apenados e os estrangeiros – não deveria ficar a cargo apenas da legislação interna de cada país, sendo importante a confecção de normas internacionais que reforçassem o respeito e a defesa a estes direitos.

Para AMARAL e GUTIERREZ (2011, p. 39):

A preocupação com a alteridade e o favorecimento de uma concepção de mundo centrada na dimensão da consideração do outro e de sua dignidade evidenciam a evolução do homem por meio do cuidado, da responsabilidade, do respeito e do conhecimento. Nessa perspectiva, o cultivo desses valores é de fundamental importância para o desenvolvimento de uma genuína forma de interação social e de respeito ao homem, na qual, de fato, se possa falar em relevo de democracia e de direitos humanos, exatamente porque *egi* e *alter* se colocam no centro das preocupações da técnica, do progresso da economia e da política.

Segundo estes mesmos autores (2011, p. 38) ao citar Hanna Arendt:

A condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito, no sistema de direito, no sistema do Direito Internacional de Direitos Humanos, deixa de ser seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu status jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como pessoa humana, seja homem, mulher ou criança.

É nesta perspectiva que em 1948 é firmada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a indicação, logo em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, dizendo mais adiante, em seu artigo 7º, “que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que surge logo após o triste período da 2ª guerra mundial (1939-1945), a proteção internacional dos direitos humanos ganha enorme impulso.

Neste particular BOBBIO (1992, p. 30) destaca:

Com a Declaração de 1948, tem início uma (...) fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: **universal** no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou aquele Estado, **mas todos os homens**; **positiva** no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final **os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado**. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquele cidadão que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (o destaque não é o do original)

A partir daí, em anos posteriores, diversos outros tratados internacionais são firmados sempre com o intuito de fortalecer a proteção dos direitos humanos, merecendo destaque, dentre outros, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, etc.

No Brasil houve, com o fim da ditadura militar de 1964, o início da ratificação – última etapa necessária para que o tratado produza efeitos jurídicos (artigos 49, I<sup>46</sup> e 84, VIII<sup>47</sup>, da CF) - de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, o que ganhou ainda mais impulso com o advento da CF de 1988.

---

<sup>46</sup> Art. 49, I, da CF. É de competência exclusiva do Congresso Nacional. I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (...).

<sup>47</sup> Art. 84, VIII, da CF. Compete privativamente ao Presidente da República (...). VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

A própria CF, em seu artigo 5º, §§§§ 1º a 4º<sup>48</sup>, dedica-se ao tema, ao dizer, respectivamente, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; que os direitos e garantias expressos (ou implícitos) na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados tal como se aprova emenda constitucional, serão equivalentes a estas, e que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional ao qual tenha aderido.

Inegável, pois, que o Brasil está sintonizado, em boa hora, com a nova realidade mundial de proteção internacional – não só nacional – aos direitos humanos, sem embargo de que, como é cediço, a adesão a esta novel realidade, bem como a elaboração de textos normativos belíssimos, não garante, aqui ou acolá, a efetiva proteção a estes direitos.

Basta citar, como exemplo, o que foi constatado, em 2009, pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário Brasileiro.

Consta do relatório da CPI (BRASIL, 2009) a indicação de inúmeras atrocidades cometidas contra os apenados no Brasil, em terrível desrespeito aos mais elementares princípios de proteção e preservação da dignidade humana e que servem para demonstrar como são atuais as advertências e exortações que eram feitas por Beccaria no Século XVIII, e como são demagógicas as apontadas “finalidades benéficas da pena de prisão”.

Do relatório da CPI (2009, p. 191-248), à guisa de mera ilustração, vale destacar alguns trechos:

**Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...).** Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas (...). Nos estabelecimentos penais inspecionados pela CPI, em muitos deles, os presos não têm acesso a água, e quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade. Igualmente, não são tomadas medidas suficientes para assegurar

---

<sup>48</sup> Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 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. § 3º. 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. § 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

que a água fornecida seja limpa. Em muitos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre (...). Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia. Muitos estabelecimentos são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso (...). Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorventes (...). **O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança à sociedade.** São muitas as causas da superlotação, destacando-se: a) a fúria condenatória do poder judiciário; b) a priorização do encarceramento, ao invés de penas e medidas alternativas; c) aparato judiciário voltado para o endurecimento das penas; d) falta de construção de unidades prisionais; e) falta de construção de estabelecimentos penais destinados a presos em regimes semi-aberto e aberto; f) número insuficiente de casas de albergado, e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico nas unidades federadas, consoante determina a LEP, obrigando internados a permanecerem alocados com presos condenados a penas privativas de liberdade (...). (sem destaque no original)

Especificamente sobre a situação do preso estrangeiro no Brasil, diz o relatório que “os estrangeiros (...), vivem na mesma penúria dos presos brasileiros. A eles também falta tudo, especialmente atendimento médico e judiciário” (2009, p.281).

Seja como for, é inegável que diversos instrumentos normativos internacionais, que contaram com a adesão do Brasil e da Bolívia, reforçam a proteção da defesa dos direitos humanos.

Merece destaque, neste ponto, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de *San José* da Costa Rica, que segundo PIOVESAN (2009, p. 255), “é o instrumento de maior importância no sistema interamericano”.

Ainda segundo PIOVESAN (2009, p. 256):

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o

direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei o direito à proteção judicial.

Dos 82 (oitenta e dois) artigos desta Convenção merecem destaque, por melhor interessarem ao presente trabalho, o artigo 1º, o artigo 5º e o artigo 24.

No artigo 1º, item “1”<sup>49</sup>, os Estados-partes na convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, sem qualquer discriminação, inclusive em decorrência de origem nacional.

Comentando este artigo, GOMES E MAZZUOLI (2009, p. 25-26) asseveram:

Deverão os Estados-partes na Convenção garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição todos os direitos e liberdades nela reconhecidos ‘sem discriminação alguma, por motivo de (...) origem nacional (...). Perceba-se a locução amplíssima da Convenção Americana ‘sem discriminação alguma’. A vontade da Convenção foi acabar definitivamente com a personalidade jurídica condicionada, segundo a qual apenas algumas pessoas, satisfeitas certas condições, poderiam estar protegidas pelo Estado. Tal foi o que ocorrera no período sombrio do Holocausto, que ensanguentou a Europa entre 1939 e 1945, onde se garantiam direitos apenas àqueles que satisfizessem a condição de pertencer à ‘raça pura ariana’. A locução ‘sem discriminação alguma (...)’, é também mais ampla que a presente na Carta das Nações Unidas, que apenas se refere (em vários de seus dispositivos), à distinção de raça, sexo, língua e religião (...).

O artigo 5º, por seu turno, fala a respeito da integridade pessoal, dizendo, em seu item “1”<sup>50</sup>, que toda pessoa tem direito a ser respeitada em sua integridade física, psíquica e moral. No item “6”<sup>51</sup> menciona, diretamente, que as penas de prisão devem ter por finalidade a reforma e a readaptação social do condenado.

GOMES E MAZZUOLI (2009, p. 39-45), a esse respeito, esclarecem:

**O respeito à integridade física (biológica), psíquica (mental) e moral (relacionada com a honorabilidade) nada mais significa que expressão da dignidade da pessoa humana (...). Cuida-se a dignidade humana do valor-síntese do modelo de Estado (constitucional e de Direito) que adotamos (...). De modo enfático o art. 5º, 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos (ora sob análise) proclama o seguinte: ‘As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados’.** No momento da sentença, como se vê,

---

<sup>49</sup> Art. 1º, 1, da CADH. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Oes Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (...) sem discriminação alguma, por motivo de (...), origem nacional (...).

<sup>50</sup> Artigo 5º, 1, da CADH. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

<sup>51</sup> Artigo 5º, 6, da CADH. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

a pena deve ser aplicada com o sentido retributivo e preventivo. No momento da execução, firmou-se a orientação primordial da integração social (prevenção especial). (sem destaque no original)

Já o artigo 24<sup>52</sup> da Convenção menciona, de modo expresso, que todos são iguais perante a lei e, sem discriminação alguma, têm direito à igual proteção da lei, o que reforça o contido expressamente na Constituição brasileira e na Constituição boliviana quando cuidam do princípio da isonomia (já analisando anteriormente).

GOMES E MAZZUOLI (2009, p. 169-170), mais uma vez, ao comentarem este dispositivo, deixam assentado:

O princípio da igualdade perante a lei (ou princípio da isonomia) é um dos pilares estruturantes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. **Quando se diz que ‘todas as pessoas são iguais perante a lei’ (...), se está querendo dizer ao menos duas coisas: a) primeiro, que as leis devem ser executadas sem fazer acepção às pessoas, ou seja, que devem ser aplicadas igualmente a todos; b) segundo, que o próprio legislador não pode criar leis desiguais (...), a menos que a implantação dessa desigualdade seja necessária à efetividade da igualdade material, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual (...).** Como se percebe, o comando ‘todas as pessoas são iguais perante a lei’ dirige-se ao aplicador da lei e ao próprio legislador. De fato, não só perante a norma em vigor igualam-se as pessoas, mas também perante o órgão responsável pelo processo legislativo que a elabora (...). **Sendo ‘iguais perante a lei’, devem todas as pessoas ter direito, sem qualquer discriminação, à idêntica proteção da lei.** Aqui, também, fica o Estado impedido de criar direito discriminatório em relação à proteção da lei de forma igual (e sem discriminação, a menos que razoavelmente justificável) a todas as pessoas. Em outras palavras, as leis do país devem proteger igualmente todas as pessoas, sem qualquer discriminação. Uns não podem ser mais protegidos que os outros se estiverem em situação de igualdade (...). As garantias concedidas pela lei a uma pessoa são extensíveis a todas as demais em situação igual (...). (sem destaque no original)

É mister citar, neste mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966 pela Assembléia Geral da ONU e ratificado pelo Brasil em 1.992.

Neste pacto os Estados-partes assumem o compromisso de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos.

Segundo PIOVESAN (2009, p. 166):

---

<sup>52</sup> Art. 24, da CADH. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Os principais direitos e liberdades cobertos pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos são: o direito à vida, o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (...); o direito à liberdade (...); o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei (...).

Dentre os 53 (cinquenta e três) artigos que compõem o Pacto, cabe destacar o artigo 2º, item “1”<sup>53</sup>, e o artigo 14, item “1”<sup>54</sup>.

No primeiro observa-se que os Estados-partes comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição, todos os direitos nele contemplados, sem qualquer discriminação, inclusive em decorrência da origem nacional.

No segundo, também de modo expresso, reza que todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e Cortes de Justiça.

Por todo o exposto observa-se que o Brasil – assim como a Bolívia – quer pelo previsto em sua atual Constituição, quer pelo previsto em normas internacionais às quais aderiu, assumiu inúmeros compromissos que dizem respeito, justamente, à aplicação e à execução de penas, e ao respeito aos direitos humanos dos apenados, sem qualquer discriminação – mesmo discriminação por nacionalidade.

### **2.3 A forma de cumprimento da pena de prisão**

É inegável que a pena de prisão, sobretudo em face da situação carcerária que atinge boa parte do mundo, incluindo Brasil e Bolívia – como é fato público e notório -, com notícias de superlotação, violações, das mais diversas, aos direitos humanos, criação e atuação de facções criminosas, corrupção etc., impõe inúmeros sofrimentos aos apenados, isto se não bastasse o sofrimento que decorre, já diretamente, do tão só fato de se estar enclausurado, sem contato com o mundo exterior, com pouco – quando se tem – relacionamento com a família etc.

---

<sup>53</sup> Artigo 2º, I, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de (...), origem nacional (...).

<sup>54</sup> Artigo 14, I, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça.

Para que se tenha uma idéia consta, da última informação carcerária do Brasil apresentada pelo Ministério da Justiça e que foi considerada nesta dissertação, que é datado de junho de 2011, que o número total de presos no Brasil é de 513.802, existindo 304.702 vagas prisionais.

Ainda segundo dados do mesmo Ministério, em junho de 2009 havia 469.546 presos, para 299.392 vagas; em junho de 2010 havia 494.237 presos, para 299.587 vagas, tudo a indicar, pois, que o acréscimo anual do número de presos é bem superior ao acréscimo de número de vagas, donde é possível concluir que a superlotação carcerária no Brasil é um problema que só tende a se agravar.

CARRANZA (2010, p. 56), em estudo realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD)<sup>55</sup>, denominado Cárcere e justiça penal na América Latina, menciona:

A partir da década de 80 lamentavelmente, é certo que em geral, nos países há mais delitos (...) e também é certo que frequentemente vemos novas leis ou projetos de lei que pretendem resolver o problema do delito e, inclusive, outros problemas sociais com penas severas, em muitos casos, com o único objetivo de superar conjunturas políticas, respondendo ao alerta social e, às vezes, alimentando o alerta a partir de informação falsa ou exagerada. O resultado da junção de ambos os fatores foi o acelerado aumento das populações penitenciárias (...). Com a única exceção da Venezuela, todos os países elevaram suas taxas de encarceramento, alguns de maneira impressionante (...). O Brasil triplicou sua taxa (...).

Este fenômeno, o do aumento do encarceramento, é fruto, em boa parte do mundo, do endurecimento das leis penais e da falta de enfrentamento das causas geradoras da criminalidade, dentre elas, a desigualdade social, a redução dos investimentos social, o uso demagógico do direito penal para resolver questões sociais etc.

WACQUANT (2001, p. 81), ao comentar este fenômeno – o do contínuo crescimento do número de encarcerados no mundo -, apresenta informações a respeito dos EUA, reforçando a afirmação de que se trata de um tema que ultrapassa os limites do Brasil. Cite-se:

Durante os anos 60, a demografia penitenciária do país se inclinara para a baixa, de modo que, em 1975, o número de detentos caiu para 380.000, depois de um decréscimo lento mas regular de cerca de 1% ao ano. Debatia-

---

<sup>55</sup> CARRANZA, Elías (Coord.). Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe, p. 56.

se então sobre ‘desencarceramento’, penas alternativas e sobre reservar apenas para os ‘predadores perigosos’ (isto é, 10 a 15% dos criminosos). Alguns chegavam a anunciar com audácia o crepúsculo da instituição carcerária (...). Mas a curva da população carcerária iria se inverter bruscamente, e logo dispararia: 10 anos mais tarde, os efetivos encarcerados haviam saltados para 740.000 antes de superar 1,5 milhão em 1995 para roçar os dois milhões no final de 1998, ao preço de um crescimento de quase 8% durante a década de 90. Se fosse uma cidade, o sistema carcerário americano seria hoje a quarta maior metrópole do país.

A recorrente questão da superpopulação carcerária só vem a reforçar, ainda mais, os já apontados malefícios da pena de prisão.

Para MAZZILI NETO (2007, p. 27):

Ao apontar o endurecimento das penas, preferindo sempre a privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado, o movimento de Lei e Ordem parece esquecer-se da realidade em que se encontra o sistema prisional no nível penitenciário, onde se executam as penas preconizadas como solução para a questão da violência. Um rápido balanço das mortes ocorridos nos últimos seis meses no interior dos estabelecimentos prisionais demonstra o quão ilusória é a saída do encarceramento. **A questão da reincidência, por sua vez, é tão acintosa que desmoraliza a tese de que a repressão, pelo meio do encarceramento puro e simples, possa ter algum efeito benéfico para fins de reduzir a taxa de criminalidade.** A cadeia ‘fabrica delinquentes’ e não é crível que esta realidade possa modificar-se, passando a política carcerária a ser eficaz e reeducadora, capaz de recuperar o apenado e garantir sua reinserção no meio social. (o destaque não é do original)

Na opinião de BARATTA (2002, p. 167):

**A função do cárcere na produção de indivíduos desiguais é, hoje, não menos importante. Atualmente o cárcere produz, recrutando-o principalmente das zonas mais depauperadas da sociedade, um setor de marginalizados sociais particularmente qualificado para a intervenção estigmatizante do sistema punitivo do Estado e para a realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar o seu efeito marginalizador e atomizante (...).** O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa. (sem destaque no original)

Justamente com a intenção de obviar o tempo de permanência do apenado no cárcere, sobretudo no regime prisional mais rigoroso que é o regime fechado, modernamente se tem em boa parte do mundo, incluindo o Brasil e a Bolívia, o chamado sistema progressivo, por meio do qual se possibilita ao apenado, após cumprir

algumas condições – que variam de país para país – deixar o regime fechado e passar a cumprir sua pena em outros regimes prisionais mais brandos, até que alcance a total liberdade.

No Brasil, por força do contido no artigo 33 do CP<sup>56</sup>, são previstos três regimes prisionais para o cumprimento da pena de prisão, a saber: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto, além do chamado instituto do livramento condicional.

O regime fechado, disciplinado no artigo 34 do CP<sup>57</sup>, é o mais rigoroso dentre todos eles.

Neste, o apenado fica recluso o tempo todo, em presídios, somente tendo contato com o mundo exterior em situações especiais e mediante escolta.

O contato com o mundo exterior se dá nas seguintes hipóteses: a) atendimento médico e funeral ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão (artigo 120<sup>58</sup> da LEP); b) trabalho, excepcional, em serviço ou obra pública (artigo 34, § 3º, do CP); c) autorização para correspondências e contato, no presídio, com familiares próximos (artigo 41, X e XV, da LEP<sup>59</sup>).

No regime semiaberto, que é intermediário entre o fechado e o aberto, o apenado cumpre sua pena em colônia penal agrícola, industrial ou similar, com maiores oportunidades de deixar o estabelecimento penal.

Neste regime é possível – e normalmente é a regra – trabalho ou estudo externo (artigo 35, § 2º<sup>60</sup>, do CP) e algumas saídas temporárias, sem escolta, para visita à

---

<sup>56</sup> Art. 33, do CP. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

<sup>57</sup> Art. 34, do CP. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da pena. § 1º. O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º. O trabalho externo será admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

<sup>58</sup> Art. 120, da LEP. Os condenados que cumprem pena em regime fechado (...) poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I – falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; II – necessidade de tratamento médico (...).”

<sup>59</sup> Art. 41, X e XV, da LEP. Constituem direitos do preso: (...); X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (...); XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (...).

<sup>60</sup> Art. 35, § 2º, do CP. O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

família, freqüência a cursos ou participação em outras atividades socializantes (artigo 122 da LEP<sup>61</sup>) etc.

No regime aberto, por sua vez, a regra é o apenado passar o tempo todo fora do estabelecimento penal, apenas se recolhendo durante a noite e os dias de folga, nos termos do artigo 36 do CP<sup>62</sup>.

É certo que em boa parte do país, até hoje, as regras para o cumprimento das penas nos mais diversos regimes são improvisadas, insuficientes, e não correspondem àquilo que preconiza a lei.

Existe, ainda, a previsão do chamado livramento condicional, quando o apenado, após o cumprimento de boa parte de sua pena (que varia de 1/3 a 2/3, conforme o crime e conforme a primariedade ou reincidência do condenado, exceto aos que forem reincidentes específicos em crimes hediondos, aos quais não se admite a concessão deste benefício) – em quaisquer dos regimes prisionais referidos acima – assume o compromisso de cumprir algumas condições em substituição ao cumprimento da pena, condições estas que são previstas no artigo 132 da LEP, e importam no seguinte: a) obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se apto ao trabalho; b) comparecimento periódico em juízo para informar suas atividades; c) não mudar de residência sem comunicação ao juiz; d) recolhimento à residência em hora fixada; e e) não freqüentar determinados lugares.

Na Bolívia, por força do contido nos artigos 48<sup>63</sup>, 49<sup>64</sup> e 66<sup>65</sup> do Código Penal, a situação é parecida com a prevista no Brasil.

---

<sup>61</sup> Art. 122, da LEP. OS condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – freqüência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

<sup>62</sup> Art. 36, do CP. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º. O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (...).

<sup>63</sup> Art. 48, do Código Penal da Bolívia. La pena de presidio se cumplirá em uma penitenciaria organizada de acuerdo a los principios del sistema progresivo.

<sup>64</sup> Art. 49, do Código Penal da Bolívia. Si hubieran cumplido más de la mitad de la pena en una penitenciaria y observado buena conducta, los condenados podrán ser transferidos a uma colonia penal agricola industrial.

<sup>65</sup> Art. 66, do Código Penal da Bolívia. Libertad condicional.

Analisando a situação mais relevante para este trabalho e a mais importante para o cumprimento da pena, qual seja, a chamada progressão de regime – mudança de regime prisional – do fechado para o semiaberto e deste para o aberto, é preciso dizer que a matéria vem regulada no artigo 112 da LEP e no artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90<sup>66</sup>.

Pelo artigo 112 da LEP o sentenciado, quando cumpre pena por delito não hediondo ou assemelhado – que são os delitos classificados pela lei brasileira como sendo os mais graves, elencados no artigo 1º da Lei 8.072/90 e no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal -, pode mudar de regime prisional quando cumprir, simultaneamente, requisitos objetivo (tempo de cumprimento de pena) e subjetivo (bom comportamento carcerário).

O requisito objetivo previsto para os chamados “crimes comuns” – não hediondos ou assemelhados – é de 1/6 do total da pena imposta, cuja contagem deste lapso se inicia quando do início da pena de prisão – mesmo no caso de prisões que ocorrem antes de uma sentença condenatória definitiva (que não comporta mais recursos).

Em um caso, portanto, de crime não hediondo cuja pena é de 6 (seis) anos, o apenado, após cumprir 1 (um) ano desta, ou seja, 1/6 dela, e desde que apresente bom comportamento carcerário, mudará de regime prisional.

É bom que se diga que o inverso também é verdadeiro, ou seja, o mesmo apenado, desde que descumpra as condições de seu atual regime prisional, poderá regredir de regime, ou seja, deixar o regime mais brando e voltar – ou iniciar – a cumprir pena no regime mais rigoroso.

Quando se trata, todavia, de crime hediondo ou assemelhado – caso, por exemplo, do crime de tráfico de drogas – o requisito objetivo (lapso temporal) para que se obtenha a progressão de regime é mais extenso, variando de 2/5 (caso de sentenciado primário, ou seja, que quando desta punição não registra qualquer punição anterior já devidamente julgada) a 3/5 (caso de réu reincidente).

---

<sup>66</sup> Art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...); § 2º. A progressão de regime, nos casos dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

O requisito subjetivo, por outro lado, permanece inalterado, tal como já exposto anteriormente.

Em caso, portanto, de alguém, primário, ser condenado, por tráfico de drogas, a uma pena de 5 (cinco) anos de prisão em regime fechado, após o cumprimento de 2 (dois) anos – 2/5 do total desta pena – passará a cumprir a reprimenda, desde que tenha bom comportamento, em regime semiaberto.

É preciso lembrar que no Brasil, desde o advento da Lei 8.072/90, houve grande debate jurídico acerca da possibilidade ou não de progressão de regime nos casos de condenação por crimes hediondos ou assemelhados.

É que na citada lei, em sua versão original, havia previsão, em seu artigo 2º, § 1º, que os condenados por estes crimes cumpririam toda a pena em regime fechado.

A lei expressamente falava em cumprimento de pena em “regime integralmente fechado”.

A questão foi definitivamente solucionada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959<sup>67</sup>, quando, por maioria de votos, dos Ministros, 6x5, entendeu-se que a citada previsão legal era inconstitucional, porquanto feria, sobretudo, os princípios da individualização da pena e da humanidade da pena – já apreciados neste capítulo.

Posteriormente, em 28/3/2007, entrou em vigor a Lei 11.464/2007, que passou expressamente a permitir progressão de regime também nestes casos, prevendo, agora, que a progressão, consoante exposto linhas atrás, se faz após o cumprimento de 2/5 e 3/5 da pena, conforme o caso.

Pacificou-se o entendimento, portanto, que todo e qualquer condenado, seja pelo crime que for, tem a possibilidade de obter progressão de regime, de antecipar sua saída do cárcere, desde que preencha os requisitos objetivo (lapso de tempo cumprido) e subjetivo (bom comportamento carcerário).

Sobre a importância da progressão de regime prisional, diz MIRABETE (2004, p. 387):

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mudanças ditadas pela

---

<sup>67</sup> Cujo julgamento se deu em 23 de fevereiro de 2006.

resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a ‘forma progressiva’, estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave (...). **Não havendo condições de promover-se o fim da pena da pena no ambiente agressivo do cárcere em regime fechado e sendo necessária a gradual integração social do condenado, possibilita-se que ele conquiste a progressão quando dê sinais de modificação de comportamento depois de ter recebido orientação adequada, instrução e ensinamentos com vistas a sua profissionalização ou aperfeiçoamento.** (sem destaque no original)

Não há nenhuma hipótese, pois, do apenado – seja ele quem for – cumprir sua pena em regime integralmente fechado, tal como inicialmente se admitia por força do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 em sua primitiva redação, exceto se apresentar, ao longo de todo o cumprimento, mau comportamento.

É importante mencionar que em nenhum momento o legislador brasileiro previu qualquer distinção no cumprimento da pena pelo fato da nacionalidade do apenado, o que importa em dizer que, para a lei brasileira – o que decorre, inclusive, dos diversos princípios constitucionais e tratados internacionais já citados – todos, nacionais e estrangeiros, fazem por merecer o mesmo tratamento ao longo do cumprimento da pena.

Em análise à legislação boliviana se chega a esta mesma conclusão, estando, ambos os países, seguindo o chamado “sistema progressivo” de cumprimento de pena.

Aliás, além do aspecto legal acima apreciado, é inegável que a vedação de benefícios prisionais elementares, como é, por exemplo, a concessão de progressão de regime, faz aumentar o atroz sofrimento, o atroz e desnecessário sofrimento do apenado, e em nada beneficia o restante da população, pelo contrário, pois esta voltará a conviver, mais cedo ou mais tarde, com a pessoa encarcerada, e quanto mais violador e mais extenso for o encarceramento, pior, mais embrutecido e mais “desumanizado” será o retorno dele ao convívio social.

### **3 SITUAÇÃO PRISIONAL DO ESTRANGEIRO NO BRASIL**

Como visto a legislação brasileira, incluindo, de modo destacado, a Constituição Federal, não traçou distinção acerca dos direitos prisionais dos apenados nacionais e dos apenados estrangeiros.

A rigor, pois, tudo o que pode ser aplicado ao brasileiro preso também pode ser ao estrangeiro encarcerado, seja de que nacionalidade este for.

Ocorre que existe entendimento – que por muito tempo foi praticamente unânime no Brasil – dando conta que o estrangeiro condenado – inclusive os oriundos de Estados fronteiriços – por poder ser expulso<sup>68</sup> do território nacional em face de seu envolvimento em crime – nos termos do artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80<sup>69</sup>) -, não pode cumprir pena em regime prisional que não o fechado.

---

<sup>68</sup> Ato de soberania do Estado brasileiro, da alçada do Presidente da República, que visa retirar do território nacional pessoas que são tidas como nocivas ao país.

<sup>69</sup> Art. 65, do Estatuto do Estrangeiro. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento se torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (...).

Isto porque, pelo que consta do aludido Estatuto, artigo 98<sup>70</sup>, este estrangeiro não pode exercer atividade laboral no Brasil, condição esta, sustentam, indispensável para que o cumprimento da pena se dê em regime diverso do fechado.

Por força deste entendimento – e pouco importando, ressalte-se, de que país é natural o estrangeiro apenado – criou-se no Brasil uma única hipótese de cumprimento de pena em regime integralmente fechado, sem direito à progressão de regime, qual seja, a hipótese decorrente da nacionalidade do apenado.

Para ilustrar: suponha-se que por um mesmo crime de tráfico de drogas duas pessoas, uma brasileira e uma boliviana, restem condenadas ao cumprimento de 5 (cinco) anos de prisão em regime inicialmente fechado.

O brasileiro, primário e de bons antecedentes, após cumprir 2/5 desta pena – 2 (dois) anos no total – mudará do regime prisional fechado para o semiaberto, o que é fundamental em seu processo de readaptação social.

O boliviano, também primário e de bons antecedentes, mesmo após cumprir este mesmo lapso temporal (2/5), continuará – segundo este entendimento – em regime fechado, tão só em virtude de sua nacionalidade.

Para bem ilustrar este entendimento, vale transcrever, por oportuno, a seguinte decisão judicial<sup>71</sup>:

TJSP: Pena – Regime prisional – Progressão – Estrangeiro – Alienígena que tem contra si decreto de expulsão já expedido – Circunstância que faz com que a concessão do benefício para um regime de frágil vigilância, propício à evasão, configure num risco que a sociedade não pode ser obrigada a suportar. (...) Não há falar em direito à progressão de regime prisional para o condenado estrangeiro que tem contra si um decreto de expulsão já expedido, uma vez que essa circunstância faz com que a progressão para um regime de frágil vigilância, propício à evasão, configure num risco que a sociedade não pode ser obrigada a suportar.

Por este entendimento não se dá valor aos princípios da isonomia, da individualização da pena, da humanidade da pena, da proporcionalidade, fazendo distinção entre os apenados exclusivamente em face de sua nacionalidade.

---

<sup>70</sup> Art. 98, do Estatuto do Estrangeiro. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário (...), é vedado o exercício de atividade remunerada (...).

<sup>71</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS (RT) 811/606.

O que se tem, portanto, é que pessoas envolvidas em um mesmo delito, que receberam a mesma pena, que experimentam as mesmas agruras ao longo do encarceramento – isto em deixando de lado o fato do estrangeiro, afastado de sua cultura, língua, família, costumes, sofrer ainda mais – passam a ser tratadas de modo distinto tão só em razão de suas distintas nacionalidades.

O assunto é deveras relevante porque importa em tratamento distinto para considerável contingente de pessoas, ou seja, mais de 3.000 apenados atualmente, conforme consta do último levantamento do Ministério da Justiça e já referido anteriormente.

Nos últimos anos, contudo, o entendimento passou a mudar, ganhando força – como será melhor apreciado no capítulo seguinte – a corrente que sustenta a possibilidade, em respeito aos citados princípios, do deferimento dos mesmos benefícios prisionais ao apenado estrangeiro, muito embora a matéria ainda não esteja pacificada nos Tribunais, havendo ainda decisões que continuam a sustentar que ao preso estrangeiro não são conferidos os mesmos direitos que aos reconhecidos aos presos brasileiros.

É interessante mencionar que as decisões que negam possibilidade de benefícios prisionais ao apenado estrangeiro, ainda que oriundo de região fronteira, utilizam, em suma, os seguintes fundamentos: a) que existe efetivo risco de fuga caso o apenado seja encaminhado para regime prisional que não o fechado; b) que ele não pode exercer atividade laboral lícita no Brasil, exercício este que é condição obrigatória para o cumprimento de pena em regime semiaberto, aberto ou em livramento condicional; c) que o estrangeiro em ditas situações será expulso do país pelo Presidente da República, na forma do artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro, e que, por isso, não pode haver “brechas” para que fuja do território nacional.

Em relação ao risco de fuga é preciso salientar que o argumento parte de uma mera suposição e que este risco pode ser evitado se o Estado tomar as providências que lhe competem neste caso, como o recolhimento do passaporte do estrangeiro; a inserção de sua peculiar situação (preso estrangeiro em regime diverso do regime fechado) nos bancos de dados das policiais brasileiras (federal, militar e civil); efetiva fiscalização (locais, datas e horários) das saídas do apenado estrangeiro do estabelecimento penal etc.

Ademais, como é sabido, existem inúmeras fugas também por parte de apenados brasileiros, e isto não é utilizado como fundamento para, genericamente, se negar progressão de regime aos apenados nacionais.

De outro lado, sobretudo quando se trata de cumprimento de pena em regime semiaberto, é possível que o estrangeiro cumpra este regime sem saídas temporárias ou sem saídas para trabalho externo, bastando que exerça esta atividade no próprio estabelecimento prisional, desde que este seja dotado – como deve ser – de locais apropriados ao exercício da atividade laboral.

Estes argumentos, que em verdade são inconsistentes, foram rebatidos por SOUZA (2007, p.230-231):

Em que pese a relevância da preocupação das autoridades em velar pela correta aplicação da lei penal, restringindo as chances de evasão de qualquer um que se encontre legalmente preso, evasão que – no caso do estrangeiro – inviabilizaria, indiretamente, a efetivação do decreto expulsório, não se pode chegar ao extremo de criar um paradigma válido em qualquer outra hipótese, sempre em desfavor do custodiado não-nacional. Não se pode olvidar, como exposto no início deste capítulo, que a expulsão nem sempre se consuma com a prévia privação de liberdade do forasteiro. O próprio Estatuto do Estrangeiro prevê o regime de liberdade vigiada ao qual se submete aquele que responde ao procedimento de expulsão quando não necessária ou já expirada a sua prisão administrativa (...). Ademais, essa corrente jurisprudencial desfavorável ao estrangeiro que cumpre pena no Brasil, nada mais importa do que uma presunção *juris et de jure*, inaceitável num Estado Democrático de Direito.

Quanto à proibição de exercício de atividade laboral pelo estrangeiro em situação irregular no país, o que inviabilizaria a progressão de regime nestes casos, o certo é que, sobretudo no regime prisional semiaberto, se admite o exercício de atividade laboral no interior do próprio estabelecimento prisional, ou seja, em situação diferenciada.

Ademais, por óbvio, a situação do estrangeiro apenado não é a mesma do estrangeiro que ingressa no país ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário, mas, isto sim, está no país em situação extrema, cumprindo pena, e que, ao final, por força do contido no artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro, será expulso do território nacional.

Sua permanência no Brasil, portanto, também interessa ao Estado brasileiro, a fim de que este estrangeiro cumpra a pena que lhe foi imposta – pena esta que deve ser

cumprida em estrita observância aos já analisados princípios constitucionais e com obediência aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

Outrossim, ao menos no que tange ao estrangeiro natural de país limítrofe – na expressão do próprio Estatuto do Estrangeiro -, que é o objeto deste trabalho, existe regra especial contida no artigo 21, § 1º<sup>72</sup>, deste Estatuto, admitindo o exercício de atividade remunerada por parte dele no município fronteiriço.

Portanto, o boliviano preso em Corumbá, por exemplo, sobretudo se oriundo de região fronteiriça, pode, sim, exercer atividade laboral, em caráter especial, ao longo do cumprimento de sua pena em regime semiaberto, aberto ou em livramento condicional.

Ainda a respeito da vedação de trabalho externo ao apenado estrangeiro, diz SOUZA (2007, p. 232-236):

Ainda que se tratasse de pretensão que objetivasse o deferimento de direito prisional que expressamente alude ao exercício de atividade laborativa fora do cárcere, seria questionável, segundo o posicionamento ora sustentado, o indeferimento em razão da incidência do art. 98, do Estatuto do Estrangeiro. Isso porque, tendo sido promulgada em 1980, no estertor do Regime Militar, o Estatuto do Estrangeiro refletiu o pensamento autoritário daquele período, consubstanciado (...), na ideologia da Segurança Nacional (...). Denominada extremamente severa e draconiana por João Marcello Araújo Júnior, sua ideologia foi superada pela redemocratização do país, coroada com a citada Carta Política de 1988. Com a abertura econômica, quebra de monopólios, derrogação de reservas de mercado etc., permitindo o ingresso de capital e mão-de-obra estrangeiros em áreas até então exclusivas de nacionais, as vedações contra o exercício de atividade remunerada por estrangeiros no Brasil perderam significado, tornando-se, nesse entender, fora do contexto sócio-econômico contemporâneo (...). Dentro desse enquadramento teórico, vê-se como reducionismo o argumento de que, pelo Estatuto do Estrangeiro vedar o exercício de trabalho por parte do estrangeiro irregular, dever-se-ia, por conseguinte – como a Lei de Execução Penal impõe o dever de trabalho – ser indeferida qualquer pretensão prisional por incompatibilidade normativa. Acresce-se, por fim, o fato de que a maioria dos presos estrangeiros exerce atividade laborativa dentro do estabelecimento prisional (...). Em suma, se é permitido o trabalho interno, como se poderia vedar o desempenho da mesma atividade no ambiente externo?

Quanto ao decreto de expulsão a ser expedido em desfavor do estrangeiro condenado no Brasil, é correto se afirmar que se trata de providência administrativa,

---

<sup>72</sup> Art. 21, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro. Ao natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos Municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade. § 1º. Ao estrangeiro, referido neste artigo, que pretenda exercer atividade remunerada ou freqüentar estabelecimento de ensino naqueles Municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracterize a sua condição, e, ainda, Carteira de Trabalho e Previdência Social, quando for o caso.

conferida ao Presidente da República, e que em nada atinge os direitos conferidos ao apenado, inclusive o decorrente do princípio da individualização da pena – já apreciado.

Demais disto, por força do contido no artigo 67 do Estatuto do Estrangeiro<sup>73</sup>, a ordem de expulsão pode-se efetivar ainda que haja processo contra o estrangeiro ou mesmo que ele esteja no cumprimento de alguma pena. Desta forma, e como o ato de expulsão é independente do cumprimento da pena, não faz sentido que esta expulsão, ainda não decretada ou que, por conveniência do Presidente da República, aguarda o cumprimento integral da sanção penal para ser efetivado, crie obstáculo à correta execução da pena – incluindo o direito de se obter progressão de regime e livramento condicional.

Se tudo isto não bastasse tem-se que o artigo 73 do Estatuto do Estrangeiro<sup>74</sup>, justamente quando cuida do instituto da expulsão, traz a possibilidade do estrangeiro aguardar a efetivação da expulsão em liberdade vigiada, quando sua prisão não se torne necessária.

Ora, se o próprio Estatuto do Estrangeiro menciona a hipótese do estrangeiro, prestes a ser expulso, permanecer em liberdade vigida – ou seja, longe de qualquer prisão -, é claro que não tornou a prisão dele obrigatória, muito menos a prisão em regime fechado.

Também deve ser mencionado que nem todo estrangeiro que está preso no Brasil será expulso ao longo ou ao final do cumprimento de sua pena.

Tal se dá, em primeiro lugar, porque a expulsão é ato discricionário do Presidente da República e a quem ele delegar esta atribuição, conforme Decreto 86.715, de 1981, o que importa em dizer que poderá, segundo seu critério de oportunidade e conveniência, não expulsar do território nacional o preso estrangeiro.

Ademais, o artigo 75 do Estatuto do Estrangeiro<sup>75</sup> prevê hipóteses em que a expulsão do estrangeiro é absolutamente vedada.

---

<sup>73</sup> Art. 67, do Estatuto do Estrangeiro. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

<sup>74</sup> Art. 73 do Estatuto do Estrangeiro. O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministro da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas (...).

<sup>75</sup> Art. 75 do Estatuto do Estrangeiro: Não se procederá à expulsão:

Estas hipóteses, aliás, vêm sendo ampliadas pelos Tribunais brasileiros à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988, mormente no que tange ao reconhecimento da união estável – não somente do casamento – como entidade familiar (artigo 226, § 3º, da CF<sup>76</sup>) e da necessidade de se dar prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes (artigo 227, caput, da CF<sup>77</sup>), dentre eles o de ter garantia sua convivência familiar.

Neste sentido, para ilustrar, o seguinte julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. LEI 6.815/80. EXPULSÃO. ESTRANGEIRO COM PROLE NO BRASIL. FATOR IMPEDITIVO. TUTELA DOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. ARTS. 227 E 229 DA CF/88. DECRETO 99.710/90. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. 1. A regra do art. 75, II, b, da Lei 6.815/80, deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios da CF/88, da Lei 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. 2. A proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais (...). 4. Ordem concedida<sup>78</sup>.

Além disso, por certo, a negação dos aludidos benefícios prisionais ao apenado estrangeiro faz tábula rasa da mais importante função da penal, qual seja, a função ressocializadora.

É no mínimo afrontoso à dignidade da pessoa humana e a princípios elementares do direito constitucional e das relações internacionais entre os países, que determinado apenado, unicamente por não ser nacional, seja tratado de maneira muito mais gravosa que o condenado nacional.

---

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;

II – quando o estrangeiro tiver:

- a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou
- b) Filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

<sup>76</sup> Art. 226, da CF – A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado:

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...) como entidade familiar.

<sup>77</sup> Art. 227 da CF – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à (...) convivência familiar (...).

<sup>78</sup> STJ – HC 102.459/DF – S1 – Primeira Seção – maioria de votos. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki – Data do Julgamento: 25/6/2008.

A par de tudo isso outra questão tem sido alvo de preocupações não só no Brasil, não só na Bolívia, mas em diversos outros países do mundo.

É o caso do condenado estrangeiro poder cumprir sua pena, ao menos em parte, em seu país de origem, a fim de que, em sua terra natal, com contato com sua cultura, com seus costumes, com sua língua, com sua família, tenha maiores condições de ser integrado ou reintegrado socialmente.

Esta hipótese de transferência para o país de origem certamente em muito alivia a tensão no carregado ambiente prisional, e cria expectativa positiva para que o sentenciado cumpra com mais tranquilidade e disciplina sua pena.

Diante disto o Brasil, nos últimos anos, celebrou diversos acordos internacionais tratando deste tema, possibilitando, assim, a transferência de sentenciados aos seus países de origem – inclusive brasileiros presos em outras partes do mundo.

Dentre estes acordos destacam-se os firmados com a Argentina, com o Chile, com o Paraguai, com o Peru, e mui especialmente, com a Bolívia.

O acordo com a Bolívia foi firmado em La Paz, no dia 26/7/1999, passando a vigorar em 21/6/2007.

Diz o acordo, logo em seu preâmbulo, que sua preocupação é justamente o da reinserção social das pessoas condenadas – novamente menção à importantíssima função ressocializadora da pena.

Dispõe, em seus 17 (dezesete) artigos, o procedimento que deve ser adotado para que o boliviano preso no Brasil passe a cumprir sua pena na Bolívia e vice-versa.

As principais regras do acordo que merecem destaque são as seguintes: a) deve haver pedido expresso do próprio apenado; b) ele já deve ter sido definitivamente condenado, sem mais direito a recurso; c) o remanescente de pena a ser cumprido quando do pedido de transferência não pode ser inferior a 1 (um) ano; d) a decisão final é do Estado que sentenciou o condenado; e) as despesas com o transporte e custódia do apenado ficarão a cargo de seu Estado de origem, onde passará a cumprir a pena; f) a execução da pena passará a ser regida pela lei do país para o qual o apenado será transferido, exceto no que tange a eventual anulação, modificação ou perda de efeito da sentença.

Na prática, todavia, não só o acordo com a Bolívia como os demais acordos em geral não estão sendo cumpridos a contento, sendo bastante diminuto o número de presos que foram transferidos para seus países de origem ou, em sentido inverso, que vieram cumprir suas penas no Brasil.

Em estudo relativo ao tema, SOUZA (2007, p. 260-265) apresenta o seguinte cenário:

Segundo informado pelo Departamento de Estrangeiro do Ministério da Justiça, encontram-se em tramitação aproximadamente 120 pedidos de transferência, sendo cerca de 70 relacionados com transferências do Brasil para o exterior e 50 no sentido inverso. Já foram efetivas 20 transferências passivas, vale dizer, do Brasil para o estrangeiro, e oito ativas, isto é, do estrangeiro para o Brasil. Apesar do conjunto de tratados e dos dados ora apresentados, a transferência de presos ainda inspira injustificável desconfiança, especialmente em determinados segmentos sociais. Ou seja, segundo determinado ponto de vista, ela se oporia ao interesse de que o infrator estrangeiro deva – sempre – cumprir aqui a pena pelo delito que cometeu até o final do prazo fixado na sentença condenatória (...). Insista-se, portanto, na assertiva de não ser procedente a sensação de impunidade por detrás da transferência de presos (...). Não há, assim, impunidade na utilização, entre nós, do instrumento da transferência de presos, tendo em vista que o detento deverá cumprir o restante da pena que lhe foi imposta, embora esse cumprimento se dará no sistema carcerário de seu país de origem. Objetiva-se, em suma, atingir o duplo postulado contido no art. 1º, da Lei de Execução Penal, vale repetir: efetivar as disposições da sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (...). Registre-se que, apesar de priorizar a questão humanitária, a transferência de presos não deixa de ser uma questão a ser ponderada no curso de determinada execução penal, posto que dependente do interesse dos Estados envolvidos (...). Em suma, o Estado brasileiro continua soberano para acatar ou não a solicitação que lhe foi dirigida e, acresça-se, sequer necessita fundamentar eventual indeferimento da transferência.

Recentemente esta questão fez parte de seminário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no dia 9 (nove) de março de 2012, inclusive com expressa menção à situação do acordo Brasil – Bolívia, conforme site do Conselho Nacional de Justiça. Veja-se:

Em outros casos, como o da Bolívia, o acordo até existe, mas o país vizinho não aceita receber seus cidadãos atualmente presos no Brasil em troca de enviar os brasileiros sob custódia em território boliviano. Colega de Losekann no Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF/CNJ), o juiz Márcio Fraga defende um intercâmbio simétrico de presos. “A Bolívia podia nos mandar todos os presos brasileiros lá e nós enviaremos a mesma quantidade de presos bolivianos abrigados no nosso sistema carcerário”, propõe. A Bolívia é o país com maior número de cidadãos presos no Brasil. Segundo as informações mais recentes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (InfoPen), de junho de 2011, dos

3.161 presos estrangeiros no país, 537 deles são bolivianos.

Especificamente em relação aos bolivianos presos em Corumbá não há nenhuma notícia até agora de transferência de presos entre os dois países.

A esse respeito, aliás, a Diretora do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça do Brasil, Izaura Maria Soares, informou a este Mestrando, por email, no dia 11 de julho deste ano, que até hoje não houve nenhum boliviano preso no Brasil, em qualquer lugar do Brasil, que tenha sido transferido ao seu país de origem para cumprir parte de sua pena e nem, tampouco, algum preso brasileiro que tenha feito o caminho inverso.

Esclareceu, ainda, que existem aproximadamente 250 (duzentos e cinquenta) brasileiros cumprindo pena na Bolívia e mais de 500 (quinhentos) bolivianos cumprindo pena no Brasil, e que a grande dificuldade para a efetivação das transferências dos bolivianos decorre do fato de se exigir que a transferência se dê concomitantemente com a efetivação de sua expulsão do território nacional e esta, via de regra, é bastante demorada, pois depende da conclusão de processo administrativo aberto especificamente para isto.

Citou, também, que a falta de vagas nos presídios dos dois países é outro entrave para a concretização da transferência.

Apesar das apontadas dificuldades, é inegável que a possibilidade aberta com a transferência dos apenados para os seus países de origem abre, de fato, considerável expectativa para a melhoria na condição de cumprimento de pena e, sobretudo, no almejado processo de reintegração social do condenado, mesmo porque, como certamente voltará ao seu país de origem, é lá que o processo de reintegração deve ser incrementado.

A despeito do avanço existente com a celebração do acordo entre o Brasil e a Bolívia, seria de fundamental importância que o assunto ganhasse maior repercussão nas regiões de fronteira, mui especialmente na fronteira Corumbá-Ladário-Puerto Quijarro-Puerto Suares, buscando-se alternativas para a facilitação de ditas transferência quando o caso versar sobre presos habitantes desta região.

É que um dos obstáculos a ser superado em acordos desta natureza é justamente a demora na tramitação do pedido e na efetivação da transferência.

Os atores locais, mormente por ser esta fronteira inegável espécie de fronteira viva, poderiam exercer papel de maior destaque nestas situações, intermediando a atuação dos dois Estados nacionais, auxiliando no custeio da transferência do apenado, diligenciando a existência de vaga prisional do outro lado da fronteira, ou seja, eliminando os eventuais obstáculos que poderiam ser utilizados pelas autoridades centrais para a inviabilização da transferência.

É fato que o acordo – e ele é expresso a respeito – concede poderes às autoridades federais – Ministério da Justiça do Brasil e Ministério de Governo da Bolívia – para decidirem acerca de ditas transferências; isto, todavia, não impede, pelo contrário, que as autoridades locais melhor se articulem para dar visibilidade e efetividade a este importante acordo bilateral, fundamental para a humanização da pena e para o atingimento de sua função ressocializadora.

Seria, aliás, exemplo claro de articulação e atuação das forças locais desta importante região fronteiriça, numa verdadeira demonstração de integração funcional, de fronteira vibrante, e que em muito poderia ajudar no convencimento das autoridades centrais dos dois países a atuarem, neste grave assunto, de maneira mais efetiva.

## **4 A GARANTIA DOS DIREITOS DOS BOLIVANOS PRESOS NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Por muitos anos, quase que de modo unânime, prevaleceu o entendimento nos tribunais brasileiros, inclusive nos Tribunais Superiores – STF e STJ – de que não seria possível conceder os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional aos estrangeiros presos no Brasil.

Em linhas gerais se argumentava – e ainda se argumenta, em parte dos julgamentos – que os estrangeiros aqui presos não poderiam exercer atividade laboral lícita e nem fixar residência no Brasil, e que, em regime diverso ao fechado, colocariam em risco a efetivação da ordem estatal de sua expulsão do território nacional, como já referido no capítulo antecedente.

Nos últimos anos, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988, da vigência, no Brasil, a partir de 1.992, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e do entendimento de que a permanência no cárcere, em regime fechado, por tempo muito prolongado, é sinônimo de pena cruel – pena esta vedada pelo artigo 5º, XLVII, “e”, da CF – passou a ganhar força o entendimento contrário, qual seja, o de se possibilitar, a qualquer apenado, nacional ou estrangeiro, o deferimento dos aludidos benefícios.

Para melhor compreender a matéria fez-se estudo individualizado, acerca desta evolução, em três dos tribunais brasileiros que a enfrentam e cuja atuação diz respeito ao objeto deste trabalho científico.

### **4.1 Evolução do entendimento no Supremo Tribunal Federal**

O STF, por muitos anos, no papel de “guardião da Constituição Federal” – sua principal tarefa - entendeu que os benefícios prisionais da progressão de regime e do livramento condicional não eram cabíveis aos estrangeiros, não importando sua nacionalidade, se valendo dos argumentos supramencionados.

Neste sentido é o seguinte julgado (1991):

HABEAS CORPUS. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semiaberto. A progressão ao regime semiaberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. ‘HC’ conhecido, mas indeferido<sup>79</sup>.

Mais recentemente, o entendimento vem se modificando, muito embora ainda não pacificado.

Passou-se a entender que o estrangeiro preso não pode ser genericamente tratado como um “risco” aos interesses da sociedade e do Estado brasileiro ou como o “grande responsável” pelos atos de violência que tanto preocupa a população brasileira.

Passou-se a priorizar o respeito à dignidade da pessoa humana, sem qualquer distinção, mesmo a de nacionalidade, e a enxergar com maior cuidado as mazelas que decorrem de qualquer encarceramento.

A esse respeito será transcrito, logo a seguir, quando da análise de caso concreto, emblemático e relativamente recente julgado do STF sobre a matéria.

## **4.2 Evolução do entendimento no Supremo Tribunal de Justiça**

O STJ tem como principal tarefa a de dirimir conflitos interpretativos a respeito da lei federal – não da CF -, dentre elas, por exemplo, a respeito da Lei de Execução Penal e do Estatuto do Estrangeiro.

---

<sup>79</sup> STF – HC 68.135/DF – Segunda Turma – Rel: Ministro Paulo Brossard – Data do julgamento: 20/8/1991. Votação unânime. Diário da Justiça de 13/9/91, p. 12.489.

Justamente por isso é chamado, inúmeras vezes, para apreciar questões atinentes à concessão ou não de progressão de regime e de livramento condicional aos apenados estrangeiros, haja vista ser matéria que, ao menos indiretamente, vem tratada nestas duas leis federais.

Também no STJ, por muitos anos, vigorou o entendimento, praticamente sem grandes controvérsias, de que ditos benefícios prisionais eram indevidos aos estrangeiros presos no Brasil, mormente em relação aquele que já contava em seu favor com ordem de expulsão decretada ou, ao menos, com processo administrativo de expulsão já deflagrado.

Para demonstrar o posicionamento que então se seguia no STJ, transcreve-se:

HABEAS CORPUS. Hipótese em que a postulação substitui o recurso ordinário. Estrangeiro condenado e cumprindo pena em regime fechado. Progressão ao regime semiaberto. Impossível a concessão do benefício reclamado, sem tornar vulnerável a expulsão, já decretada, logo após o cumprimento da pena. Precedentes do STF. Ordem denegada.<sup>80</sup>

Hodiernamente o STJ, muito embora sem pacificar a matéria, inclina-se pelo deferimento da progressão ao estrangeiro, tratando-o de modo idêntico ao apenado brasileiro.

Neste sentido é o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. 1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis. 3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. 4. Ordem concedida<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> STJ – HC 1.875/SP – Sexta Turma – Rel: Min. José Cândido de Carvalho Filho – Data do Julgamento: 26/10/1993 – v.u. – Diário da Justiça de 20/6/1994, p. 16.123.

<sup>81</sup> STJ – HC 164.744/SP – Sexta Turma – Rel: Min. Maria Thereza de Assis Moura – Data do Julgamento: 30/6/2010 – v.u. – Diário da Justiça Eletrônico de 16/8/2010.

A matéria, todavia, como exposto, ainda não está pacificada no STJ, tal como se infere, para exemplificar, deste julgado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, manifestou-se no sentido de não ser possível deferir ao condenado estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional enquanto contra ele houver processo de expulsão em andamento. 2. Habeas corpus denegado.<sup>82</sup>

Fica demonstrado, portanto, que ainda que o STJ atualmente se incline em reconhecer ao sentenciado estrangeiro os mesmos direitos prisionais do sentenciado brasileiro, tida inclinação ainda encontra resistência no próprio Tribunal, sobretudo quando se trata de estrangeiro que já conta, em seu desfavor, com o decreto de expulsão do território nacional.

#### **4.3 Evolução do entendimento no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**

Cuida também apreciar a evolução do entendimento do TJMS a respeito da matéria em enfoque.

A importância em se conhecer o entendimento do TJMS acerca do tema se justifica porque é o Mato Grosso do Sul, consoante já exposto, um dos estados que possui o maior número de bolivianos em cumprimento de pena no Brasil, além de apresentar um destacado número de paraguaios e peruanos nas mesmas condições.

---

<sup>82</sup>STJ – HC 143.413/MS – Quinta Turma – Rel: Min. Laurita Vaz – Data do Julgamento: 03/12/2009 – v.u. – Diário da Justiça Eletrônico de 8/2/2010.

Outrossim, até mesmo por força da Súmula<sup>83</sup> 192 do STJ<sup>84</sup>, compete à Justiça Estadual – no caso, juízes estaduais e Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – a execução das penas de todos os sentenciados que estão recolhidos em estabelecimentos prisionais estaduais, pouco importando de onde proveio sua condenação, ou seja, se da justiça estadual, da justiça federal, da justiça militar ou da justiça eleitoral.

Em Corumbá, que é o que mais interessa ao estudo que se ora se está a desenvolver, não existe nenhum estabelecimento prisional federal, havendo, por outro lado, 3 (três) estabelecimentos prisionais estaduais, a saber: estabelecimento prisional masculino de regime fechado, estabelecimento prisional masculino de regime semiaberto e estabelecimento prisional feminino de regimes fechado e semiaberto.

Por tais razões resta evidente a importância em se conhecer o posicionamento do TJMS acerca do deferimento ou não de progressão de regime e livramento condicional aos sentenciados estrangeiros.

Tal como se verificou com o STF e o STJ, o TJMS, por muitos anos, seguiu o firme entendimento da impossibilidade em se deferir tais benefícios aos estrangeiros presos no estado.

Para exemplificar, vale transcrever o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE ESTRANGEIRO CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. ENTRADA ILEGAL NO PAÍS. DECRETO DE EXPULSÃO EXPEDIDO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 115 DA LEP. ORDEM DENEGADA. Não se concede progressão de regime prisional a estrangeiro, condenado no Brasil por tráfico de entorpecentes que tem expedido em seu desfavor decreto de expulsão, em face da impossibilidade de aquele cumprir as condições do benefício, consistente em fixar residência no território brasileiro e conseguir trabalho lícito, requisito objetivo exigido pelo artigo 115 da LEP<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Reiteradas decisões de um Tribunal em um mesmo sentido. Em regra, exceção feita às chamadas Súmulas Vinculantes (que podem apenas ser editadas pelo STF, nos termos do artigo 103-A da CF), as súmulas são apenas orientadoras, não comprometendo o livre entendimento de cada juiz a respeito da mesma matéria.

<sup>84</sup> Súmula 192 do STJ: Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

<sup>85</sup> TJMS – HC 2007.022667-4/0000-00 – Primeira Turma Criminal – Rel: Des. Gilberto da Silva Castro – v.u. - Data do Julgamento: 28/8/2007.

Atualmente o entendimento, muito embora ainda não de modo unânime, vem se cambiando, deferindo-se aos estrangeiros, na maioria dos julgamentos, os apontados benefícios prisionais.

É o que se deu, por exemplo, no seguinte julgamento:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇIADO ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PRETENDIDA A PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA (...). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I) Reunidos os requisitos legais e inexistindo decreto de expulsão, torna-se imperativa a concessão da progressão ao sentenciado estrangeiro, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena (...)<sup>86</sup>

Curioso ressaltar que o julgado acima transcrito – bastante atual - é oriundo da Comarca de Corumbá, ou seja, indica que ainda há decisões nesta Comarca sustentando o entendimento de que o estrangeiro preso no país, apenas por sua nacionalidade, não faz por merecer a obtenção de benefícios prisionais.

De todos os julgados acima transcritos, que procuraram retratar a instabilidade de entendimento que perdura nos tribunais brasileiros, se pode, sinteticamente, extrair as seguintes conclusões: a) os que se opõem à concessão de benefícios prisionais aos estrangeiros o fazem, em regra, por entenderem que eles não podem exercer atividade laboral lícita no Brasil e nem aqui fixar residência, fatores estes fundamentais para que cumpram penas nos outros regimes prisionais que não o fechado; ainda, que o deferimento dos benefícios põe em risco a autoridade do Estado brasileiro quando da execução do decreto de expulsão do estrangeiro; b) os que são favoráveis à concessão dos benefícios sustentam, em suma, que a execução da pena no Brasil rege-se, sobretudo, pelos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, sendo que a negação dos ditos benefícios é verdadeira afronta aos princípios; ainda, que é possível que os estrangeiros, mesmo que em situação irregular no país, exerçam atividades laborais e aqui fixem residência ao longo e durante o cumprimento da pena.

#### **4.4 Estudo de caso**

---

<sup>86</sup> TJMS – HC 2011.026026-0/0000-00 – Primeira Turma Criminal – Rel: Des. Francisco Gerardo de Souza – v.u. – Data do Julgamento: 26/9/2011.

Para ilustrar as conseqüências que advém da controvérsia sob enfoque faz-se análise de um caso que diz respeito a uma sentenciada de nacionalidade boliviana.

Janeth Vaca Sanches foi presa, em Cáceres (MT) – que também faz fronteira com a Bolívia -, no dia 22/8/7, acusada do crime de tráfico de drogas.

Restou condenada a uma pena final de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, na forma do disposto nos artigos 33, *caput* e 40, I e III, da Lei 11.343/2006<sup>87</sup>.

Após cumprir 2/5 do total de sua pena, eis que primária, e mesmo apresentando bom comportamento carcerário (requisitos exigidos para, em ditas hipóteses, obter a mudança do regime prisional fechado para o semiaberto), teve negado, pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Cáceres/MT, a progressão de regime.

O magistrado responsável pelo caso entendeu, em linhas gerais, que:

Contudo, estudando melhor a matéria, passei a entender que referido benefício é insuscetível de ser concedido aos referidos penitentes, haja vista que os reeducandos estrangeiros, condenados no Brasil, a teor da Lei 6.815/80, não podem permanecer no território brasileiro, devendo ser expulsos, sendo assim, não poderão exercer atividade lícita e remunerada, nem ter residência fixa, devendo, portanto, cumprir custodiado até o final sua reprimenda, para posteriormente serem expulsos<sup>88</sup>.

A sentenciada ingressou com *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), sendo que a 1ª Câmara Criminal desse Tribunal, por unanimidade e seguindo o parecer do Ministério Público Estadual, indeferiu o benefício por ela pleiteado.

---

<sup>87</sup> Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/6. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Artigo 40, I e III, da Lei 11.343/6. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito (...). III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizarem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

<sup>88</sup> Trecho extraído do HC 54315/2008 - Primeira Câmara Criminal – Rel: Des. Rui Ramos Ribeiro – Data do Julgamento: 1º/7/2008.

A ementa do acórdão do TJMT – o resumo do julgamento – está assim redigida:

*HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR – CONDENAÇÃO – CRIME HEDIONDO – PROGRESSÃO DE REGIME – PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXPULSÃO EM TRAMITAÇÃO – IMPEDIMENTO – ORDEM DENEGADA*<sup>89</sup>.

A condenada, irresignada, continuou batendo às portas dos tribunais brasileiros para deixar o regime fechado e ingressar no regime semiaberto.

A questão, então, foi julgada pelo STJ que, tal como os julgamentos anteriores, negou a Janeth a progressão de regime.

No julgamento do STJ constou o seguinte entendimento:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. PACIENTE ESTRANGEIRO. PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional quando, contra ele, houver processo de expulsão em andamento. 2. Ordem denegada*<sup>90</sup>

Finalmente, a questão foi submetida à apreciação da Segunda Turma do STF, sob a relatoria da então Ministra Ellen Gracie.

A relatora, perfilhando do entendimento do Ministério Público, do juízo de 1º grau, do TJMT e do STJ, negou o benefício pleiteado pela presa boliviana, sustentando, em síntese, o seguinte:

Com efeito, mostra-se incompatível a concessão do regime semi-aberto ao condenado estrangeiro submetido a processo de expulsão, sob pena de frustrar-se a própria medida expulsória (...); ora, seria contraditório conceder ao estrangeiro contra o qual foi instaurado processo de expulsão, por ser considerado nocivo ao país, o benefício do regime semi-aberto, que permite saídas temporárias e trabalho externo; ademais, a condição irregular do estrangeiro no país e a vedação do art. 98 da Lei 6.815/80, impedem o exercício de atividades laborais externas<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> TJMT – HC 54315/2008 – Primeira Câmara Criminal – Rel: Des. Rui Ramos Ribeiro – Data do Julgamento: 1º/7/2008.

<sup>90</sup> STJ – HC 112.935/MT – Quinta Turma – Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima – Data do Julgamento: 11/11/2008, v.u.

<sup>91</sup> STF – HC 97.147. 2ª Turma – Rel: Min. Ellen Gracie – voto da relatora: 31/3/2009.

O voto da Ministra Relatora foi inicialmente acompanhado pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa.

Ocorre que o outro Ministro presente no julgamento, qual seja, Antônio Cezar Peluso, pediu vista<sup>92</sup> para melhor analisar a questão e, em data posterior, em continuidade ao julgamento, apresentou voto contrário ao entendimento da Ministra Relatora e conseguiu convencer os Ministros Eros e Joaquim a reconsiderarem seus votos iniciais, permitindo, então, que o pleito da nacional boliviana fosse finalmente atendido.

Do emblemático voto do Ministro Peluso, no que é mais essencial, extrai-se a seguinte fundamentação:

**Donde se vê não ser lícito cogitar de proibição genérica de progressão de regime a nenhuma pessoa pelo só fato de ser estrangeiro, em particular à vista da cláusula constitucional que impõe individualização da pena;** passemos, então, à análise dos outros fatores, específicos, que vedariam a progressão, quais sejam: a) impossibilidade de residência fixa; b) impossibilidade de obter ocupação lícita; c) pendência de procedimento de expulsão. No tocante à necessidade de residência fixa, pode dizer-se que o fundamento e seu escasso valor jurídico seriam os mesmos dos casos em que se decreta a prisão preventiva de moradores de rua pelo simples fato de não terem residência fixa. Mais ainda, não há por onde inferir necessariamente dessa condição circunstancial que a paciente não possa providenciar residência para estabelecer-se até o fim do cumprimento da pena, durante cujo período seria contra os princípios não lhe garantir tal oportunidade. Ademais, a LEP estatui, no art. 95, que, ‘em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado’, donde considero superado esse obstáculo. No que diz respeito à necessidade de ocupação lícita, é mister estimar de maneira objetiva se estaria presente, ou não, eventual impedimento à progressão. O art. 114, I, da LEP, estabelece que somente ingressará no regime aberto o condenado que ‘estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente’. Apesar de o texto sugerir que seria obrigatória a condição de trabalho, não se exaure aí o alcance da norma. Vejamos. Com relação à sua primeira cláusula, a de que o condenado esteja trabalhando, não se aplica, é óbvio, à situação, até porque a lei foi idealizada como sistema, em que ao regime semi-aberto deve seguir-se o aberto. No caso, tendo em vista deficiências do próprio Estado, estamos a cogitar de progressão direta do regime fechado ao aberto, donde ser impertinente toda referência à condição de o condenado já estar trabalhando. A mesma consequência tira-se, *mutatis mutandis*, à segunda locução, concernente à exigência de ‘comprovar a possibilidade imediata’ de trabalhar. É que, estando o condenado encarcerado, sobretudo quando estrangeiro, não mantém contato com o mundo exterior que lhe permita obter propostas imediatas de emprego. E não custa lembrar que, nos termos do art. 115, *caput*, da LEP, pode o juiz estabelecer outras condições que repute necessárias. Deve, pois, entender-se que o mais curial é que fixe o juiz, conforme lhe faculta a lei, prazos e condições para que, já estando em regime aberto, o condenado demonstre o cumprimento do requisito exigido, sob pena de regressão. Ora, no caso, a

---

<sup>92</sup> Quando um dos julgadores, no caso, Ministro do STF, que não atuava como relator do recurso (o primeiro a votar), solicita, antes de proferir seu voto, mais tempo para estudar a questão.

paciente provou ser apta para o trabalho, pois logrou remissão de dias em virtude de trabalho consistente em artesanato de crochê. Nem se objete que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho. Sobre o tema, colho a lição de GUEIROS SOUZA, que demonstra a compatibilidade entre a LEP e o Estatuto, sobretudo se observada a finalidade do trabalho para o caso: ‘(...); cabe acrescentar que a atividade laborativa ,na Execução Penal, tem trajetória e pressupostos diversos da discussão geral daquele Estatuto (...); se a socialização do recluso é essencialmente prevenção da reincidência, há fundadas esperanças de que aquela capacidade contribua decisivamente para que o recluso consiga praticar a sua vida futura sem praticar crimes; Dentro desse enquadramento teórico, vê-se como reducionismo o argumento de que, pelo Estatuto do Estrangeiro vedar o exercício de trabalho por parte do estrangeiro irregular, dever-se-ia, por conseguinte – como a Lei de Execução Penal impõe o dever do trabalho – ser indeferida qualquer pretensão prisional por incompatibilidade normativa. Acresce-se, por fim, o fato de que a maioria dos presos estrangeiros exerce atividade laborativa dentro do estabelecimento prisional (...). Em suma, se é permitido o trabalho interno, como se poderia vedar o desempenho da mesma atividade no ambiente externo? De todo o exposto, é de se concluir que, diante da corrente jurisprudencial dominante em nossos Tribunais, o preso estrangeiro, mormente em razão da tramitação de procedimento de expulsão ou mesmo desta já decretada, sofre discriminação no exercício de direitos relacionados com a execução de sua pena privativa de liberdade, isto é, ao gozo do livramento condicional, da progressão de regime, da suspensão condicional da pena, dentre outros instrumentos jurídicos pertinentes’. E a alegada incompatibilidade de normas, tida como razão específica de suposta vedação legal, não se sustenta de outro ângulo. O art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, invocado pelo juízo de primeiro grau para negar o pedido, assim dispõe: ‘Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o art. 13, item IV, bem como aos seus dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art. 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira’. Da leitura do texto, já se depreende, como pré-compreensão, não existir proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro. É que sua situação não se subsume a nenhuma dessas hipóteses normativas. Não está ele em território nacional sob amparo de qualquer das modalidades de visto ali mencionadas, senão apenas pela força inexorável de sentença, que é o título que lhe justifica e impõe a permanência no território nacional. E é desse mesmo título jurídico que lhe advém a obrigação de trabalhar, como uma das condições do cumprimento da pena (...). Resta afastar o óbice que a apontada jurisprudência vincula à pendência de procedimento de expulsão, o qual, doutro modo, segundo o entendimento pretoriano dominante, se frustraria. E não é custoso afastá-lo. À uma, porque é do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que, por conveniência do interesse nacional, a expulsão deva efetivar-se, independentemente de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. **A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade.** A duas, o próprio Poder Executivo previu a possibilidade de cumprimento da pena em regime mais benéfico. É que fez constar do Decreto nº 98.961/90, que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, a seguinte regra: ‘Art. 4º. Nos casos em que o Juízo de Execução conceder ao estrangeiro, de que trata este Decreto, regime prisional mais benigno do que aquele fixado na decisão condenatória, caberá ao Ministério da Justiça requerer ao Ministério Público providências para que seja restabelecida a

autoridade da sentença transitada em julgado'. Não obstante sua redação pouco técnica, da norma resulta claro possa ser concedido regime mais benéfico e, se o entender inadmissível ou impróprio, o Ministério da Justiça poderá requerer ao Ministério Público que lhe restabeleça a regressão. Não há, pois, proibição teórica, ou a *priori* (...) <sup>93</sup>.

O voto paradigmático do Ministro Peluso sintetizou tudo o que está sendo sustentado nesta dissertação, mormente no que tange aos inafastáveis princípios constitucionais, que regem, no Brasil, o cumprimento de pena por qualquer pessoa, seja da nacionalidade que for.

O aludido voto destacou, dentre outros, que a individualização da pena – a adequação do cumprimento da pena ao perfil e ao mérito de cada condenado, e não à sua nacionalidade – e a função ressocializadora da pena – a preparação do retorno do apenado à sociedade – são questões que devem ser garantidas ao preso, a todo e qualquer preso, não podendo ser desprezadas em razão de sua nacionalidade.

É preciso destacar, até mesmo na esteira do pensamento do Ministro Peluso, que a nacionalidade do apenado não pode servir de fundamento, não pode ser utilizado como pretexto para negar-lhe, ao menos, a fruição de direitos próprios de sua condição humana.

Ainda que a CF, no *caput* de seu artigo 5º, ao menos aparentemente, traga limitação à titularidade dos direitos fundamentais previstos neste mesmo artigo e nos demais artigos da Carta Magna, ao dispor que se garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade etc., o certo é que a melhor interpretação à Constituição e aos Tratados internacionais de direitos humanos não admite dita limitação, porquanto manifestamente ofensiva à dignidade da pessoa humana que, como já exposto ao longo desta dissertação, é princípio basilar e regente do funcionamento e da própria existência de qualquer Estado Democrático de Direito.

A mesma CF, aliás, em seu artigo 4º apresenta, como um dos princípios que regem as relações internacionais mantidas pela República Federativa do Brasil, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, da CF), prevalência esta que não será

---

<sup>93</sup> STF – HC 97147. 2ª Turma. Rel p/acórdão: Min. Antônio Cezar Peluso – Data do Julgamento: 04/08/2009.

alcançada caso se distinga, naquilo que não cabe distinção, a situação de seus nacionais e dos estrangeiros que aqui se encontrem, mesmo que na condição de encarcerado.

Para SARLET (2011, p.213):

A tese de que em face da ausência de disposição constitucional expressa os estrangeiros não residentes não poderiam ser titulares de direitos fundamentais, podendo apenas gozar dos direitos que lhes forem atribuídos por lei, visto a ‘consciente omissão’ por parte do constituinte de 1988 apenas poderia ser corrigida por emenda constitucional, não pode prevalecer em face do inequívoco (ainda que implícito) reconhecimento do princípio da universalidade, de acordo com a exegese imposta pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Além disso, a recusa da titularidade de direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes, que, salvo nas hipóteses expressamente estabelecidas pela Constituição, poderiam contar apenas com uma tutela legal (portanto, dependente do legislador infraconstitucional) viola frontalmente o disposto no art. 4º, inciso II, da CF, que, com relação à atuação do Brasil no plano das relações internacionais, estabelece que deverá ser assegurada a prevalência dos direitos humanos, posição que inclusive encontra respaldo em diversos julgados do STF. Também aqui deve valer a máxima de que na dúvida há de se assegurar a proteção dos direitos humanos e fundamentais a qualquer pessoa, ainda mais quando a sugerida ‘consciência da omissão’ não corresponde visivelmente, em se procedendo a uma interpretação teleológica e sistemática, à resposta constitucionalmente adequada. **Ainda neste contexto, por se cuidar de aspecto relativo aos estrangeiros de um modo geral, é preciso destacar que eventual ilegalidade da permanência no Brasil por si só não afasta a titularidade de direitos fundamentais, embora não impeça (respeitados os direitos, inclusive o do devido processo legal) eventuais sanções, incluindo a deportação ou mesmo extradição.** (o destaque não é do original)

Na mesma linha é a opinião de CAMBI (2011, p. 67):

**Os direitos humanos são supranacionais, devendo ser reconhecidos independentemente da nacionalidade ou dos direitos que compõem a cidadania (...).** As convenções internacionais de direitos humanos fazem com que os direitos fundamentais existam não somente no interior dos Estados, nas Constituições onde são positivados. **Tornam-se direitos supranacionais, vinculando e subordinando Estados em nível internacional, a fim de que os direitos das pessoas prevaleçam, independentemente da nacionalidade ou da cidadania.** A construção de uma cidadania mundial está fundada nos valores da solidariedade e da harmonização éticas da humanidade. Caso contrário, a concentração do gênero humano sobre si mesmo, acelerada pela evolução tecnológica, levaria à desagregação social, em que os mais fortes prevaleceriam sobre os mais fracos. (o destaque não é do original)

A despeito da excelência do voto proferido pelo Ministro Peluso, o certo é que a sentenciada Janeth Vaca, pelo simples fato de ser estrangeira, cumpriu toda sua pena em regime fechado, ainda que tenha preenchido – pelo lapso de tempo cumprido e pelo

seu bom comportamento carcerário – os requisitos legais exigidos para cumprir parte de sua pena em regime diverso do fechado.

Isto porque o julgamento do STF só foi concluído em 4 de agosto de 2009, ou seja, poucos dias do vencimento integral da pena imposta à sentenciada – vencimento este que, mesmo em se desconsiderando os dias remidos (desconto de um de pena a cada três dias de trabalho do apenado, na forma do disposto no artigo 126, § 1º, da LEP<sup>94</sup>), ocorreu em 21/8/9.

Seja como for, e este é ponto fulcral para a exata compreensão do tema sob enfoque, se a sentenciada Janeth fosse brasileira teria, já no julgamento proferido em Cáceres (MT), obtido a progressão de regime prisional do fechado para o semiaberto.

Se brasileira fosse – e novamente desprezando-se eventuais dias de pena por ela remidos – estaria, desde 9/6/8 (após o cumprimento de 2/5 do total de sua pena), cumprindo pena em regime semiaberto; ocorre que por ser estrangeira, apenas e tão somente por ser estrangeira, permaneceu em regime fechado até a decisão proferida pelo STF, ou seja, até agosto de 2009.

O entendimento que parece estar ganhando força nos tribunais pátrios, sobretudo nos Tribunais Superiores, é mais adequado com os princípios constitucionais que foram apreciados nos capítulos anteriores, e muito mais próximo da compreensão adequada que se deve ter da realidade do perfil dos encarcerados no Brasil, inclusive dos encarcerados estrangeiros, mui especialmente daqueles que, por poucos “tostões”, são recrutados pelo tráfico de drogas para tão só servirem de “mulas”, ou seja, para fazer o transporte da droga de um local para outro, dentro, ou fora, do território nacional.

Ademais, é entendimento também mais adequado à nefasta realidade que se verifica, como é fato público e notório, em qualquer estabelecimento prisional de regime fechado, que pouco ou quase nada contribui no processo de ressocialização do apenado.

É por força das conhecidas mazelas e da facilmente constatável ineficiência do sistema carcerário que FOUCAULT (2002, p. 221-222) assevera:

---

<sup>94</sup> Art. 126, § 1º, da LEP. O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º. A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta (...). A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos (...). **A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira ‘não pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza. A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder. Arbitrário da administração: o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter.** Quando se vê assim expostos a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado, acusa a própria justiça. (o destaque não é do original)

Entendimento contrário, negando benefícios prisionais ao sentenciado estrangeiro, seria o mesmo que tratá-lo como “inimigo”, como alguém “diferenciado”, com menos direitos e com menos valor.

É como diz ZAFFARONI (2001, p. 11):

**O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.** (o destaque não é do original)

As mais recentes decisões dos referidos tribunais estão em conformidade, tal como já exposto, com os princípios constitucionais que regem o tema, com a normativa internacional que também trata da questão e, sobretudo, mais de acordo com a realidade humana e social que marca as relações entre os povos, mormente dos povos que vivem em região de fronteira.

Importante que não se perca de vista que, ao julgador, modernamente, já ultrapassada a etapa pós Revolução Francesa, que o colocava como mera “boca da lei”, se deve exigir muito mais do que simples e fiel seguimento à letra “fria e abstrata da

norma legal”, mas, isto sim, que ocupe destacado e relevante papel de efetivo realizador de justiça, até porque a lei e sua produção não são neutras.

Para WOLKMER (2000, p. 176-181):

O Juiz possui papel bem maior do que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora (...). A atitude do Juiz, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade nem tampouco será a lei considerada como elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial (...). O legislador faz leis, mas lei não é Direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o Direito é necessariamente pessoal, particular (...). A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa (...). O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. Consequentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só validade formal, como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz (...). O papel do juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. **É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo (...). Neste quadro, igualmente, o magistrado pode e deve afastar-se da legalidade quando esta obstaculizar a efetividade da justiça (...).** (o destaque não é do original)

O papel de mero aplicador da lei, sem entender o desigual jogo de forças que norteia a escolha dos representantes políticos do Estado – mormente de Estado com conhecida e recente tradição ditatorial e com enorme e brutal quadro de desigualdade social, regional etc. – e, por conseguinte, da elaboração e definição de leis e de políticas públicas, faz do juiz, mesmo que por vias transversas, um propagador de injustiças.

É compreendendo este seu novo papel que o juiz, no exercício de sua relevante tarefa no Estado Democrático de Direito, deverá, sim, pautar sua atuação não na mera “concretização da lei”, mas, isto sim, ao se deparar com situações de violações aos direitos humanos, buscar a “concretização daquilo que é justo”.

Conforme diz PORTANOVA (2000, p. 123 e 127):

**A lei não é fim em si mesma. É mero critério de apreciação do Direito, e sua interpretação muito varia no tempo e no espaço, tudo de acordo com a índole de um povo em determinada época. São setas indicadoras do caminho justo, e não o caminho mesmo (...). A lei injusta se dá quando contrária aos princípios gerais do Direito ou da justiça e quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico e o sentimento de justiça preponderante na sociedade.** A lei opera o esvaziamento e a debilidade do jurídico na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. Só assim o Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do Direito positivo para ser um garantidor dos princípios de justiça. **O juiz não pode furtar-se à busca do justo.** (o destaque não é do original)

No campo da elaboração das normas penais e do reconhecimento dos direitos dos apenados, inclusive dos apenados estrangeiros, a situação é ainda mais relevante porquanto, como é cediço, existe uma nítida atuação das forças conservadoras, com amplo apoio midiático, para o endurecimento das leis de repressão ao crime, para o não reconhecimento de lícitos direitos dos apenados, ainda que esta política penal seja reconhecidamente fracassada.

Se o julgador não formar sua convicção “além da lei”, conhecendo os meandros do jogo e dos interesses políticos, os malefícios concretos e reais do encarceramento etc., continuará, mesmo que não o faça propositalmente, a permitir toda sorte de violências e de injustiças.

Como diz GRAU (2003, p. 151 e 153), “o direito é prática social que expressa historicamente os conflitos dos grupos sociais (...) que atuam em uma formação social determinada (...); por certo o direito é uma arena em que se joga a luta social”.

No que tange à violação dos direitos humanos pelo próprio Estado, que muitas vezes ocorre na tarefa de aplicar e executar as penas, sobretudo as penas de prisão, o atuar do juiz deve ser ainda mais corajoso, independente e decisivo, nunca perdendo de vista que o sistema penal, em sua própria essência, é socialmente injusto e altamente seletivo.

Para HERKENHOFF (1998, p. 40-41):

**A violência da prisão e as violências na prisão avultam quando se constata que a prisão atinge, primordialmente, as classes oprimidas, os estratos mais pobres da população.** Os pobres não são apenas as principais vítimas da prisão, como das maiores violências nas prisões. **E justamente porque a clientela das prisões é constituída quase que absolutamente de pobres, sem vez e sem voz, é que apresentam elas um quadro tão**

**aberrantemente desumano (...). Não obstante toda a violência que carrega, a prisão é mantida como instituição social.** Não obstante sua reconhecida falência, aí esta em plena vitalidade (...). Dentro dessa estratégia, a prisão realça certos atos ilegais, põe em relevo determinados comportamentos para que a comunidade os tenha como os mais perniciosos. Cria o estereótipo do criminoso e deixa a descoberto de punição inúmeros atos anti-sociais, incomparavelmente mais graves e lesivos à coletividade. O problema da prisão não é, pois, só jurídico, ou predominantemente jurídico. **A prisão sustenta o sistema econômico, enfatiza os crimes que o ameaçam ou que abalam seus valores e seus dogmas, ao mesmo tempo em que chancela condutas altamente atentatórias aos interesses do povo. Afinal, se a grande população das cadeias é constituída de batedores de carteira, vadios, prostitutas, são esses os grandes inimigos sociais (...).** A mudança desse esquema desumano implica uma radical transformação da estrutura econômica, social e política, que o Direito não tem forças para operar. **O problema da prisão há, pois, de ter uma resposta política, ou seja, uma resposta que implica opções políticas. É um problema que ultrapassa os muros da prisão. Sua raiz está na estrutura econômica, política e social.** Como problema político que é, a prisão exige o posicionamento de toda a sociedade civil, com destaque para os partidos, a imprensa, as Igrejas, os sindicatos, os movimentos populares em geral. (o destaque não é do original)

A figura de um juiz menos “escravo da lei” e mais cômico de suas modernas responsabilidades exige, inegavelmente, uma formação acadêmica que também caminhe neste sentido, mesmo porque, por certo, ele, como qualquer profissional de qualquer outra área, é resultado de sua formação – inclusive de sua formação profissional (mas não só).

Uma formação que ultrapasse o mero exercício de interpretação descompromissada dos textos legais, que o coloque como partícipe e responsável pela formação política do Estado, como agente de transformação social, certamente passando por uma formação mais interdisciplinar, certamente resultará, majoritariamente, em uma alteração do próprio resultado final do trabalho do julgador: o trabalho de proferir decisões.

No mesmo sentido do que aqui se sustenta, FARIA, já há muito, (1983, p. 166-167) asseverava:

Esta mentalidade ortodoxa e conservadora do bacharel se deve, em grande parte, a uma formação dogmática, disciplinar e uniforme oferecida pelas faculdades de Direito, que continuam a desconhecer a demanda por profissionais especializados, o conhecimento empírico e a interpretação que faz progredir as ciências (...). **As Faculdades de Direito se esquecem das mudanças sociais, comportando-se como sistemas fechados tanto em relação a outras faculdades quanto em relação à sociedade. O ensino dogmático é ainda a pedra fundamental da educação jurídica, entendida atividade que pretende estudar o Direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo qualquer juízo de valor, a partir de uma aceitação**

**acrítica que tenta explicar a coerência do ordenamento. Parte, assim, do pressuposto de descrever a ordem legal sem interferências ideológicas, marginalizando suas incoerências e compromissos políticos. É neste sentido que se pode visualizar a razão do tratamento propedêutico dado a disciplinas como Economia, Sociologia e mesmo Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia do Direito: são vistas como ‘perfumarias jurídicas’, disciplinas subsidiárias e sem um objeto determinado. Além disso, a exclusão perpetuada de matérias de interpretação e hermenêutica e a ausência de preocupações metodológicas fazem com que o ensino se baseie única e exclusivamente no aspecto formal da lei e não no seu conteúdo, que conserve o espírito escolástico e que trate a lógica com vistas a ‘preparar o estudante para disputas retóricas e ornamentais’, desvinculando o bacharel do contexto em que irá atuar. (...). Tenta-se esquecer que a verdadeira educação jurídica deve colocar o estudante, não em face de um corpo de normas a que se procura conferir caráter lógico e ordenado, mas em face de controvérsias e conflitos de interesses em busca de soluções. Ou seja: a educação dogmática veiculada por nossas Faculdades não contribui para o desenvolvimento do raciocínio jurídico e do senso crítico do bacharel; prepara-o, apenas, com uma técnica para lidar com um conjunto de normas que, por sua própria estrutura e natureza, irá chocar-se com o fato social.** (o destaque não é do original)

Claro que a mudança de mentalidade do povo e, por extensão, de seus representantes, passa, necessariamente, pela assunção de uma nova atitude, pelo pensar coletivo, pela construção de um novo catálogo de interesses que ultrapasse o predominante individualismo, como se o sofrimento do outro, sobretudo do “distante”, ainda mais quando este é um “mero boliviano preso”, a nós não dissesse respeito.

CHALITA (2005, p. 125-126), em estudo sobre o pensamento de Etiené La Boétie, com seu conhecimento repúdio à apatia e ao comodismo, argumenta:

La Boétie também se tornou imprescindível ao estudo do comportamento político e humano. Não se conforma com a servidão, quer entender o porquê do abandono à liberdade. Considera medíocres os que, por migalhas, por se sentirem próximos dos poderosos e deles obterem alguns favores, preferem abandoná-la (...). La Boétie se coloca a favor da defesa da liberdade humana. Mostra que a utopia realiza um papel fundamental na história, a realidade está a serviço do homem, a história continua em construção.

O reconhecimento dos direitos dos presos estrangeiros passa, sem dúvida, para uma melhor compreensão do modelo de Estado – Democrático de Direito – assumido pelo Brasil com o advento da CF de 1988, que se pauta, inegavelmente, por respeito efetivo à proteção dos direitos humanos e ao respeito à dignidade da pessoa humana.

O tratamento desigual tão só por força da nacionalidade do apenado, tal como se verificou no caso trazido nesta dissertação, vai justamente em sentido oposto à

natureza, aos compromissos e objetivos do Estado brasileiro e em nada, pelo contrário, contribui para a redução da criminalidade.

É preciso que a sociedade compreenda que o fenômeno da violência privada, deveras complexo, não é enfrentado com a manutenção da “violência estatal” e com o desprezo às normas nacionais e internacionais já estudadas ao longo deste trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a dissertação buscou-se demonstrar que a negação da progressão de regime e, ainda, a não viabilização da transferência do apenado estrangeiro ao seu país de origem, é o mesmo que retirar deste ser humano o direito de ser tratado como pessoa, reduzindo-lhe, tão só em razão de sua nacionalidade, à condição de “objeto”, ou, ao

menos, à condição de “pessoa de segunda classe”- como se classificação desta natureza, em pleno século XXI, fosse admissível.

Este equívoco no tratamento confiado ao preso estrangeiro, mui especialmente aos oriundos de países fronteiriços, possivelmente se assenta na equivocada compreensão que ainda se tem da realidade enfrentada nas fronteiras ou, mais especificamente, na equivocada compreensão do próprio significado de fronteira.

Parece claro que ainda resiste, muito embora não mais de modo majoritário, a equivocada compreensão da fronteira como algo sempre perigoso e pernicioso aos interesses nacionais, o que acaba resultando, em várias ocasiões, em tratamento desumano aos que, mesmo oriundos das fronteiras existentes com o Brasil, aqui cumprem pena.

Não se está defendendo na dissertação, absolutamente, que o estrangeiro obtenha “perdão estatal e oficial” pelo crime que cometeu. O que se está a dizer é que os princípios maiores e mais elementares da Constituição Federal, dos Tratados e Convenções Internacionais dos Direitos Humanos e que as finalidades das penas, inclusive a da ressocialização do apenado, sejam cumpridas pelo Estado brasileiro em sua integralidade, diminuindo o tratamento desproporcional confiado aos estrangeiros presos no Brasil.

Uma adequada visão do Estado brasileiro acerca da realidade vivida nas fronteiras - mesmo porque boa parte dos presos estrangeiros é oriunda de países que fazem fronteira com o Brasil e que fica encarcerada nas Comarcas brasileiras situadas justamente na fronteira -, certamente em muito contribuirá para a mudança do mencionado tratamento prisional e muito nos aproximará dos nacionais destes Estados-irmãos.

Com o trabalho também se buscou demonstrar a absoluta disparidade que ainda existe – pelo menos em parte das decisões judiciais – entre o cumprimento de pena pelo brasileiro e pelo boliviano preso em Corumbá, assim como pelos demais estrangeiros presos no Brasil.

Benefícios prisionais são constantemente negados somente em razão da origem nacional do apenado, em criação, mesmo que de forma indireta, de inegável e odiosa discriminação em razão da nacionalidade, o que é absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e com um dos objetivos expressos e fundamentais da República Federativa do Brasil que é, efetivamente, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem, inclusive de origem (artigo 3º, IV, da CF<sup>95</sup>).

Também se buscou demonstrar que o tratamento conferido aos estrangeiros presos no Brasil – incluindo-se os bolivianos presos em Corumbá -, acarreta-lhes enormes prejuízos jurídicos, sociais e humanos, porquanto não lhes é permitido – ao menos em várias das decisões judiciais – alcançar objetivos prisionais (progressões de regime e livramento condicional) que são essenciais para o processo de ressocialização destes apenados, descumprindo-se, por conseguinte, com a principal função da pena.

Ademais, o prolongamento do encarceramento é extremamente danoso a qualquer ser humano, mantido que é em situação artificial, distante de sua realidade, com pouco ou nenhum contato com o mundo exterior, e submetido às mais diversas formas de violência.

Tanto é assim que o Brasil não admite, por mais grave que seja o crime cometido pelo sentenciado, que a pena seja cumprida em regime integralmente fechado, porquanto isto equivaleria a cumprimento de pena cruel, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal.

De outro lado, a existência de acordo bilateral entre Brasil e Bolívia, em vigor há quase 5 (cinco) anos, assim como outros já firmados pelo Brasil com outros países, e que permite que seus nacionais cumpram suas penas, ao menos parcialmente, quando condenados no outro país, em seus Estados de origem, representa importante conquista no processo de humanização no cumprimento da pena e em verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana condenada.

Todavia, ao menos até aqui, o citado acordo não se tornou efetivo, perdendo-se nos trâmites burocráticos e na insensibilidade das autoridades federais dos dois países

---

<sup>95</sup> Art. 3º, § IV, da CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...); IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

com aquilo que se passa em seus presídios, inclusive nos presídios situados nas fronteiras existentes entre eles.

Muito provavelmente, sobretudo pelo que sói acontecer nas relações internacionais entre os países tidos como hegemônicos e aqueles em desenvolvimento ou em subdesenvolvimento, a situação poderia ser outra se os apenados estrangeiros presos no Brasil, em sua maioria, fossem oriundos daqueles países, obedecendo-se, então, a lógica, muitas vezes nefasta, preconceituosa e desigual, da ordem das nações, nas quais as nações ricas e seus nacionais são tratados de modo “privilegiado” em se comparando com os oriundos das demais nações mundiais.

Pela natureza profissionalizante do Mestrado em Estudos Fronteiriços da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), necessário se faz, nesta etapa, a apresentação de algumas propostas que podem ser úteis no enfrentamento do tema que aqui se desenvolveu.

Neste sentido e pelo que foi observado ao longo da dissertação, os operadores do direito pouco conhecem a respeito de fronteira, incluindo sua conceituação, sua classificação e sua importância atual.

Seria de extrema importância que os profissionais do direito, sobretudo os que lidam ou podem vir a lidar com execução penal – juízes, promotores, defensores públicos, delegados de polícia e advogados – tivessem formação, ao menos básica, a respeito desta temática, a fim de que pudessem compreender a realidade das relações humanas, lícitas e ilícitas, que ocorrem neste destacado espaço do território nacional.

As escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia, e as academias de polícia, deveriam realizar curso de especialização, ou, ao menos, curso de extensão, para seus membros, a fim de que pudessem, então, levar em conta esta realidade quando do exercício de suas atividades profissionais.

O tema, aliás, como já mencionado, ganhou recente destaque em um dos principais órgãos do Poder Judiciário, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça, que realizou dois seminários, um em São Paulo, outro no Rio de Janeiro, em que se discutiu a transferência de presos estrangeiros para seus países de origem e o recebimento, no Brasil, de brasileiros presos no exterior – com especial destaque para a situação dos

presos bolivianos. Tal fato é alvissareiro por indicar que as autoridades centrais do Brasil começam a voltar seus olhos para esta grave questão.

Seria também de suma importância que os acordos bilaterais de transferências de presos – mormente o que envolve o Brasil e a Bolívia – fossem mais conhecidos e estudados.

A realização de atividades educativas, envolvendo os consulados dos dois países, os estabelecimentos prisionais, a pastoral carcerária e outras organizações não governamentais, o mestrado em estudos fronteiriços, os citados profissionais do direito e outros segmentos, seria de fundamental importância para esta divulgação e para sua efetiva implantação ao menos nesta fronteira.

Também se apresenta salutar a criação de um conselho da comunidade da fronteira, a fim de estreitar as relações entre os profissionais e interessados em execução penal dos dois países, com o intuito de buscar alternativas para minorar as condições de cumprimento de pena pelos bolivianos – e outros presos de Estados fronteiriços com o Brasil - que aqui estão presos e vice-versa.

O conselho da comunidade, que é previsto no artigo 80 da LEP<sup>96</sup>, é um dos órgãos da execução penal, e tem a importante função de chamar a sociedade para atuar como parceira no atendimento ao apenado, até mesmo para possibilitar sua reintegração social.

O conselho da comunidade da fronteira, sobretudo pelo grau de integração funcional que marca esta fronteira, poderia dar maior dinamismo na relação entre as autoridades dos dois países, abrindo espaços para a formulação de políticas públicas comuns, de atividades comuns de atendimento aos apenados e aos seus familiares.

Um dos pleitos poderia ser o de desburocratizar a transferência dos apenados para seus países de origem, mormente nesta região de fronteira, emprestando maior autonomia para as autoridades locais.

---

<sup>96</sup> Art. 80, da LEP. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMARAL, Ana Paula Martins; GUTIERREZ, José Paulo. *A implementação dos direitos humanos nos sistema jurídicos estrangeiros: uma análise de direito comparado*. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins Amaral. *Coletânea de direito constitucional: artigos*. Campo Grande: Alvorada, 2011, p.15-42.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz Alternativo e poder judiciário*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Néelson Coutinho. 19ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOLÍVIA. *Código Penal* (1972). Vicepresidencia de la República. Presidencia del honorable congreso nacional. Bolivia.

BOLIVIA. *Nueva Constitución Política del Estado* (2008). Vicepresidencia de la República. Presidencia del honorable congreso nacional. Bolivia.

BONESSANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad: Paulo M. Oliveira. Bauru: EDIPRO, 2003.

BRASIL. *Código Penal* (1940). Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. *Vade mecum compacto*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição Federal* (1988). Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. *Vade mecum compacto*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *CPI Sistema Carcerário*. Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009.

BRASIL. *Estatuto do Estrangeiro* (1980). Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. *Vade mecum compacto*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Lei de Execução Penal* (1984). Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. *Vade mecum compacto*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen-Estatística* (informações penitenciárias). Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Transferência de Pessoas Condenadas*, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMARGO, Osmar de. *Dicionário das drogas e termos afins*. SI.:s.n., 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARRANZA, Elías; *Prisão e justiça penal: o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito*. In: CARRANZA, Elías (coord.); COYLE, Andrew; ISAKSSON, Christer; *et al.. Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe . sine die*.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição*. Direito constitucional positivo. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CATAIA, Márcio. *A relevância das fronteiras no período atual: unificação técnica e compartimentação política dos territórios*. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1º de agosto de 2007, vo. XI, num. 245. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-24521:htm>>. Acesso em: 21 mar 2012.

CHALITA, Gabriel. *O poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Edgar Aparecido da. *Ordenamento territorial em área de fronteira*. In: COSTA, Edgar Aparecido da e OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado de. (Coord.). *Seminário de estudos fronteiriços*. Campo Grande: Editora UFMS, 2009.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. São Paulo: Forense, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et alli*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução: Raquel Ramallete. 26ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução: Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

IANNI, Octavio. *Capitalismo, violência e terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Lia Osório. *Limites, fronteiras e redes*. Disponível em: <<http://www.igeo.ufrj.br/fronteiras/pdf/LimitesPAlegre1998.pdf>>. Acesso em: 10 fev 2012.

MATO GROSSO DO SUL. AGEPEN (Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul). *Mapas carcerários dos presídios de Corumbá*. Janeiro de 2011.

MAZZILLI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado. *Os imigrantes e as fronteiras: armadilhas interpretativas*. In: COSTA, Edgar Aparecido da e OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado de. (Coord.). *Seminário de estudos fronteiriços*. Campo Grande: Editora UFMS, 2009.

OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. *A lógica espacial do território fronteiriço – os casos das aglomerações de Ponta Porã – Pedro Juan Caballero e Ladário – Corumbá – Puerto Quijarro – Puerto Suarez*. S.L., s.d., Cadef. UFMS.

\_\_\_\_\_. *Os elos da integração: o exemplo da fronteira Brasil-Bolívia*. In: COSTA, Edgar Aparecido da e OLIVEIRA, Marco Aurélio Machado de. (Org.). *Seminário de estudos fronteiriços*. Campo Grande: Editora UFMS, 2009, p. 25 - 44.

\_\_\_\_\_. *Tipologia das relações fronteiriças: elementos para o debate teórico-práticos*. In: OLIVEIRA, Tito C. M. (org.). *Territórios sem limites*. Campo Grande: Editora UFMS, 2005, p. 377-408.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins (org.). *Coletânea de direito constitucional*. Campo Grande: Alvorada, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAFFESTIN, Claude. A ordem e a desordem ou os problemas da fronteira. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado. *Territórios sem limites*. Campo Grande: UFMS, 2006.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9ª ed. São Paulo: Record, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

STEIMAN, Rebeca; MACHADO, Lia Osório. 2002. *Limites e fronteiras internacionais. Uma discussão histórico – geográfica*. Terra Limitanea: Atlas da Fronteira Continental do Brasil: Rio de Janeiro: Grupo RETIS/CNPq/UFRJ. Disponível em: <<http://www.retis.igeo.ufrj.br/index.php/producao/artigos/limites-e-fronteiras-internacionais-uma-discussao-historico-geografica/>>. Acesso em: 21 fev 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## **ANEXO**

DECRETO Nº 6.128, DE 20/06/2007 - DOU 21/06/2007

Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia sobre a Transferência de Nacionais Condenados, celebrado em La Paz, em 26 de julho de 1999.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia celebraram, em La Paz, em 26 de julho de 1999, Acordo sobre a Transferência de Nacionais Condenados;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou esse Acordo por meio do Decreto Legislativo nº 244, de 28 de junho de 2001;

Considerando que o Acordo entrou em vigor internacional em 20 de março de 2007, nos termos de seu art. XVII, parágrafo 1;

DECRETA:

**Art. 1º** O Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia sobre a Transferência de Nacionais Condenados, celebrado em La Paz, em 26 de julho de 1999, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

**Art. 2º** São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

**Art. 3º** Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de junho de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Ruy Nunes Pinto Nogueira

ACORDO ENTRE GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA BOLÍVIA SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE NACIONAIS CONDENADOS

O Governo da República Federativa do Brasil

e

O Governo da República da Bolívia

(doravante denominados "as Partes"),

Desejosos de fomentar a cooperação mútua em matéria de justiça penal;

Estimando que o objetivo das penas é o da reinserção social das pessoas condenadas;

Considerando que para a consecução desse objetivo seria conveniente dar aos nacionais privados da sua liberdade no exterior, como resultado da prática de um delito, a possibilidade de cumprirem a pena no país de sua nacionalidade;

Acordam o seguinte:

#### **ARTIGO I**

1. As penas impostas na República Federativa do Brasil a nacionais da República da Bolívia poderão ser cumpridas na Bolívia em conformidade com as disposições do presente Acordo.
2. As penas impostas na República da Bolívia a nacionais da República Federativa do Brasil poderão ser cumpridas no Brasil em conformidade com as disposições do presente Acordo.
3. A condição de nacional será considerada no momento da solicitação da transferência.

#### **ARTIGO II**

Para os fins deste Acordo, entende-se que:

- a) "Estado Remetente" é a Parte que sentenciou o condenado e da qual o condenado deverá ser transferido;
- b) "Estado Receptor" é a Parte para a qual o condenado será transferido;
- c) "Condenado" é a pessoa que está cumprindo uma sentença condenatória, de pena privativa de liberdade, em estabelecimento penitenciário.

#### **ARTIGO III**

A autoridade encarregada de dar cumprimento às disposições do presente Acordo é, no caso da República Federativa do Brasil, o Ministério da Justiça, no caso da República da Bolívia, o Ministério de Governo.

#### **ARTIGO IV**

Para que se possa proceder na forma prevista neste Acordo, deverão ser reunidas as seguintes condições:

- a) a sentença seja definitiva e transitada em julgado, isto é, que não esteja pendente qualquer recurso legal, inclusive procedimentos extraordinários de apelação ou revisão;
- b) a condenação não seja à pena de morte, a menos que essa tenha sido comutada;
- c) a pena que esteja cumprindo o condenado tenha duração determinada na sentença condenatória ou tenha sido fixada posteriormente pela autoridade competente;
- d) o remanescente da pena a ser cumprida no momento de efetuar o pedido não seja inferior a um ano; e
- e) o condenado tenha cumprido com o pagamento de multas, custas judiciais, reparação cível ou condenação pecuniária de qualquer natureza a serem cobertas por ele, em conformidade com o disposto na sentença condenatória; ou que garanta seu pagamento de forma satisfatória para o Estado Remetente.

#### **ARTIGO V**

1. As autoridades competentes das Partes informarão a todo condenado nacional da outra Parte sobre a possibilidade decorrente da aplicação deste Acordo e sobre as conseqüências jurídicas derivadas de sua transferência.
2. Caso o solicite, o condenado poderá comunicar-se com o Cônsul do seu país, que, por sua vez, poderá contatar a autoridade competente do Estado Remetente para pedir-lhe a preparação de antecedentes e informações relativas ao condenado.
3. A vontade do condenado de ser transferido deverá ser expressamente manifestada, por escrito. O Estado Remetente deverá permitir, caso solicitado pelo Estado Receptor, que este comprove que o condenado conhece as conseqüências legais da transferência e que o seu consentimento foi dado voluntariamente.

#### **ARTIGO VI**

1. O pedido de transferência deverá ser dirigido pelo Estado Receptor ao Estado Remetente, por via diplomática.
2. Para dar curso ao pedido de transferência, o Estado Receptor avaliará o delito pelo qual a pessoa tenha sido condenada, os antecedentes penais, seu estado de saúde, os vínculos que o condenado tenha com a sociedade do Estado Receptor e qualquer outra

circunstância que possa ser considerada como fator positivo para a reabilitação social do condenado caso venha a cumprir sua pena no Estado Receptor.

3. O Estado Receptor terá absoluta discricção para dirigir ou não o pedido de transferência ao Estado Remetente.

#### **ARTIGO VII**

1. O Estado Remetente avaliará o pedido e comunicará sua decisão ao Estado Receptor.

2. O Estado Remetente poderá negar a autorização de transferência sem indicar a causa de sua decisão.

3. Negada a autorização de transferência, o Estado Remetente poderá rever sua decisão posteriormente, a pedido do Estado Receptor, para viabilizar a transferência.

#### **ARTIGO VIII**

1. Caso o pedido seja aprovado, as Partes acordarão o lugar e a data de entrega do condenado e a forma como será efetuada a transferência. O Estado Receptor será responsável pela custódia, transporte e gastos decorrentes da transferência do condenado, de acordo com sua legislação interna, a partir do momento da entrega.

2. O Estado Receptor não terá direito a reembolso algum por gastos decorrentes da transferência ou do cumprimento da pena em seu território.

3. O Estado Remetente fornecerá ao Estado Receptor os dados relativos à sentença e documentação adicional que possa ser necessária para o cumprimento da pena, bem como os relatórios complementares que o Estado Receptor julgar pertinentes. Tais dados e documentação deverão ser legalizados, quando solicitado pelo Estado Receptor.

4. A pedido do Estado Remetente, o Estado Receptor fornecerá relatórios sobre o estado de execução da sentença do condenado transferido com base no presente Acordo, inclusive aspectos relativos a sua liberdade condicional ou outras sub-rogações penais.

#### **ARTIGO IX**

O condenado transferido não poderá ser novamente julgado no Estado Receptor pelo delito que motivou a condenação imposta pelo Estado Remetente e sua posterior transferência.

## **ARTIGO X**

1. O Estado Remetente terá jurisdição exclusiva sobre quaisquer procedimentos, de qualquer caráter, que tenham como objetivo anular, modificar ou tornar sem efeito as sentenças ditadas por seus tribunais.
2. Apenas o Estado Remetente poderá anistiar, indultar, rever, perdoar ou comutar a pena imposta. Caso o Estado Remetente assim proceda, comunicará a decisão ao Estado Receptor, informando-o sobre as conseqüências da decisão tomada, de acordo com a legislação do Estado Remetente.
3. O Estado Receptor deverá adotar de imediato as medidas correspondentes a tais conseqüências.

## **ARTIGO XI**

A execução da sentença será regida pelas leis do Estado Receptor, inclusive as condições para a outorga e revogação da liberdade condicional, antecipada ou vigiada.

## **ARTIGO XII**

Nenhuma sentença de prisão será executada pelo Estado Receptor, de modo a prolongar a duração da privação da liberdade além da pena imposta pela sentença do tribunal do Estado Remetente.

## **ARTIGO XIII**

1. Caso um nacional de uma Parte esteja cumprindo pena imposta pela outra Parte, sob o regime de condenação condicional ou de liberdade condicional, antecipada ou vigiada, poderá cumprir essa pena sob a vigilância das autoridades do Estado Receptor.
2. A autoridade judicial do Estado Remetente solicitará as medidas de vigilância de seu interesse, por via diplomática.
3. Para os efeitos do presente Artigo, a autoridade judicial do Estado Receptor poderá adotar as medidas de vigilância solicitadas e manterá informadas as autoridades judiciais do Estado Remetente sobre a aplicação de tais medidas, comunicando de imediato o descumprimento, por parte do condenado, das obrigações por este assumidas.

#### **ARTIGO XIV**

Nenhuma das disposições deste Acordo será interpretada no sentido de limitar a faculdade que as Partes possam ter, independentemente do presente Acordo, para outorgar ou aceitar a transferência de menor de idade infrator.

#### **ARTIGO XV**

As Partes comprometem-se a adotar as medidas legislativas necessárias e estabelecer os procedimentos administrativos adequados para o cumprimento dos propósitos deste Acordo.

#### **ARTIGO XVI**

Este Acordo será aplicável ao cumprimento de sentenças proferidas antes ou depois de sua entrada em vigor.

#### **ARTIGO XVII**

1. O presente Acordo entrará em vigor na data do recebimento da última nota diplomática pela qual as Partes notifiquem o cumprimento de seus respectivos requisitos constitucionais.

2. Este Acordo terá duração indefinida. Qualquer das Partes poderá denunciá-lo mediante notificação escrita, por via diplomática.

A denúncia será efetiva cento e oitenta (180) dias após a data da notificação.

Em testemunho do que, os representantes das Partes, devidamente autorizados, assinam o presente Acordo.

Feito na cidade de La Paz, em 26 de julho de 1999, em dois exemplares originais, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

LUIZ FELIPE LAMPREIA

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA DA BOLÍVIA

JAVIER MURILLO DE LA ROCHA

