

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

PEDRO CARVALHO GOMES DA SILVA

**A (IN)EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DO ACUSADO
MIGRANTE NO BRASIL: um estudo à luz do garantismo penal.**

Recife

2021

PEDRO CARVALHO GOMES DA SILVA

**A (IN)EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DO ACUSADO
MIGRANTE NO BRASIL: um estudo à luz do garantismo penal.**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à
Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.

Recife

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

S586i Silva, Pedro Carvalho Gomes da.
A (In)efetividade das garantias processuais penais do acusado migrante no Brasil: um estudo à luz do garantismo penal / Pedro Carvalho Gomes da Silva. - Recife, 2021.
42 f. : il. color.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Imigrantes presos. 3. Garantismo. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2021.1-012)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

PEDRO CARVALHO GOMES DA SILVA

A (IN)EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DO ACUSADO
MIGRANTE NO BRASIL: um estudo à luz do garantismo penal.

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

AGRADECIMENTO

Agradeço antes de tudo aos meus pais e ao meu irmão, pelas sempre presentes discussões acerca do meu tema, de direito, política e tantos outros assuntos que permeiam os estudos das ciências sociais em geral, sem eles a paixão e o fôlego para realizar esta pesquisa provavelmente não existiria.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer à minha namorada, por todo o apoio e motivação que me foi dado durante a confecção deste trabalho. Muitas vezes me encontrei cansado e sem muita esperança de terminar a pesquisa, mas com o incentivo que ela me deu, pude seguir em frente, pensando não nas dificuldades do momento, mas sim nas perspectivas do futuro.

Em terceiro, agradeço à minha família, meus amigos e em especial aqueles que chamo de irmãs e irmãos, que o escotismo me deu. São muitos nomes e muitas lembranças e cada uma dessas pessoas e memórias fizeram de mim aquilo que eu sou.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os professores que me acompanharam na faculdade, tanto em Brasília quanto em Recife, agradecimento este que faço às figuras dos meus respectivos orientadores, Professor Miguel Ivan e Professor André Carneiro. Não poderia prosseguir pelos tortuosos caminhos da pesquisa sem as sábias indicações e intervenções feitas por eles e tantos outros mentores com os quais tive contato em minha trajetória acadêmica, até o momento.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar, a partir de uma leitura garantista, quais direitos acabam por serem cerceados durante o curso do processo penal aplicado aos imigrantes presos no Brasil. Ao fazer uma análise da origem do conceito garantista, da legislação aplicável aos imigrantes e do contexto fático no qual estes indivíduos se encontram quando submetidos ao âmbito penal brasileiro, percebe-se que, apesar de existirem no país e no mundo previsões legais garantistas, ainda são observadas diversas inconsistências na aplicação destas normas. Por fim, depreende-se dos estudos realizados que a hipótese levantada na introdução, de que o estado brasileiro, que possui dificuldades até na aplicação das punições aos presos nacionais, deixa ainda mais vulnerável o estrangeiro em conflito com a lei foi parcialmente confirmada, pois observou-se que garantias, como a da tradução, tem sido cada vez mais oferecido a essas pessoas. Contudo, ainda existe a necessidade de evoluir demais procedimentos inerentes à persecução penal, dentre eles uma integração maior das políticas de migração e dos órgãos intervenientes nacionais e internacionais

Palavras chaves: Direito Penal; Imigrantes presos; Garantismo.

ABSTRACT

The present work aims to present, from a guaranteeist reading, which rights end up being curtailed during the course of the criminal procedure applied to imprisoned immigrants in Brazil. When analyzing the origin of the guarantee concept, the legislation applicable to immigrants and the factual context in which these individuals find themselves when subjected to the Brazilian penal environment, it is clear that, despite the existence of guarantee legal provisions in the country and in the world, still several inconsistencies in the application of these standards are observed. Finally, it appears from the studies carried out that the hypothesis raised in the introduction, that the Brazilian state, which has difficulties even in applying punishments to national prisoners, makes foreigners in conflict with the law even more vulnerable, was partially confirmed, as it was observed that guarantees, such as that of translation, have been increasingly offered to these people. However, there is still a need to evolve other procedures inherent to criminal prosecution, including a greater integration of migration policies and national and international intervening bodies.

Keywords: Penal Law; Arrested Immigrants; Garantism

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PARADIGMA HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO GARANTISMO.	10
2.1. Escolas penalistas clássicas - Cesare Beccaria, Francesco Carrara.	10
2.2. Vigiar e Punir - Michel Foucault.	12
2.3. O garantismo - Luigi Ferrajoli.	14
2.4. O garantismo penal no Brasil.....	18
3. GARANTIAS PROCESSUAIS DO RÉU MIGRANTE NO CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL.	21
3.1. Das regras e garantias internacionais	21
3.2. Das regras e garantias da legislação brasileira.....	23
3.3. O réu imigrante no Brasil.....	25
4. AS INCONSISTÊNCIAS DOS SISTEMAS PENAIIS PARA OS IMIGRANTES..	29
4.1. Diferentes perspectivas sobre o processo de encarceramento de imigrantes.....	29
4.2. As principais dificuldades na defesa dos réus imigrantes.....	34
5. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS	40

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar quais as deficiências do processo penal brasileiro no cumprimento das garantias estendidas ao réu imigrante, bem como avaliar as consequências de tais descumprimentos, à luz do garantismo penal, para o infrator estrangeiro e o processo migratório como um todo.

De forma objetiva, pretende-se analisar como a privação ao direito a tradução no decorrer do processo, acaba por prejudicar o seu andamento estrito, privando o acusado não só de um entendimento pleno da situação, mas também da capacidade paritária que é essencial para o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa.

A ideia de que a pena tem uma função social importantíssima para reparar o dano causado à sociedade e corrigir o indivíduo delinquente tem sido apresentada desde o nascimento do direito penal em si. Para os teóricos clássicos do direito penal (como Beccaria, Carrara e Lombroso), a pena tem o papel de tanto corrigir quanto reinserir o indivíduo na sociedade, quando esse processo for possível, ou então de reparar na forma da punição em si o mal que acometeu a sociedade. Contudo, o desrespeito ao devido processo legal em dados casos pode não ter o efeito desejado na sociedade, fato que Michel Foucault apresenta em seu livro *Vigiar e Punir*.

Por fim, pretende-se apresentar como os vícios presentes nos processos penais dos imigrantes encarcerados no Brasil tem um efeito negativo que se estende por todo o processo migratório, tornando o ato de imigrar um crime em si mesmo.

Ante o exposto, tem-se como problema de pesquisa a seguinte questão: os imigrantes encarcerados no Brasil têm direito às garantias básicas, previstas na Constituição Nacional e nas Convenções Internacionais no que tange o processo penal?

O sistema penal brasileiro sofre com diversas deficiências e inconsistências, seja relacionado à impossibilidade da aplicação da pena de acordo com os valores e princípios previstos na Constituição Federal devido ao sucateamento de sua estrutura, seja pela morosidade (causada pelo grande volume existente de processos e pessoas) do poder judiciário em acompanhar o crescimento da população carcerária no País.

Diante dessa realidade, é fato conhecido que o cumprimento da pena se torna desumano, além de deixar para sempre marcadas as pessoas que passam por ele, deixando o preso (ainda mais) marginalizado aos olhos da sociedade. Tal consequência, contudo, se agrava

ainda mais quando tratamos dos presos que chegaram há pouco no território nacional. Não importa se o indivíduo vem de um processo migratório forçado, por plena vontade, ou mesmo já inserido no contexto “desviante”, o estigma gerado pela sua própria natureza estrangeira e pelo seu encarceramento no território nacional, se estende aos demais que se encontram em uma situação semelhante de deslocamento, tornando-os assim um modelo quase de criminoso “natural” que ameaça a soberania do Estado, sua segurança e a sua ordem social. Dessa forma, para garantir o devido processo legal e os direitos mínimos ao imigrante encarcerado, é necessário se discutir e modernizar o sistema penal, em especial no que diz respeito a tais indivíduos.

O despreparo do sistema penal brasileiro para processar e aplicar de forma “eficiente” a pena aos imigrantes, deixa esses indivíduos em uma situação ainda mais precária do que a dos presos domésticos, dando a eles e ao processo migratório um estigma negativo, penalizando muito mais a migração do que o ato em si cometido.

O objetivo geral deste trabalho será, portanto, demonstrar como a política penal brasileira e o processo ao qual o imigrante é submetido causam a estes indivíduos danos descabidos sobre a óptica do garantismo penal, desrespeitando assim diversos direitos inerentes ao devido processo penal. Os objetivos específicos deste trabalho serão: a) apresentar um desenvolvimento histórico do sistema punitivo e da teoria do garantismo penal; b) discorrer sobre os direitos e as garantias que são estendidos ao imigrante pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais de direitos humanos, durante o decorrer do processo penal; c) demonstrar por meio de dados e de entrevistas com autoridades da área, qual é o real impacto do descumprimento destas garantias para o correto seguimento do processo e para o indivíduo processado.

A presente monografia será dividida em 3 capítulos, sendo o primeiro intitulado de “Paradigma histórico do direito penal e a teoria do garantismo”, no qual será abordado o primeiro objetivo específico, apresentando assim um contexto histórico e ideológico do desenvolvimento da penologia, tratando de autores como Beccaria, Carrara e Foucault, bem como do garantismo penal de Ferrajoli.

O segundo objetivo específico será abordado no capítulo subsequente, denominado de “Garantias processuais do réu migrante no contexto nacional e internacional”, onde serão apresentados os institutos jurídicos, nacionais e internacionais, que tutelam os direitos dos presos imigrantes e quais são as contribuições da teoria garantista para os seus desenvolvimentos.

Por fim, a terceira parte do trabalho se dispõe a trabalhar “As inconsistências dos sistemas penais para os imigrantes”, utilizando de uma pesquisa empírica realizada a partir dos materiais colhidos das organizações, governamentais ou não, que trabalham com esse público e da entrevista feita com o especialista na área, Dr. João Chaves, Defensor Público e coordenador do grupo de trabalho da Defensoria Pública da União para estrangeiros em conflito com a lei.

O trabalho irá se desenvolver na forma de uma pesquisa descritiva construída a partir do método dedutivo, fato pelo qual, para estudar quais as consequências do desrespeito às garantias processuais dos imigrantes no Brasil, serão exploradas pesquisas e materiais cedidos por entidades governamentais e não governamentais, tanto brasileiras quanto internacionais, com o intuito de ampliar as fontes de conhecimento e se estudar como os sistemas penais formalmente garantistas. Devido ao caráter multidisciplinar do estudo, e de sua premissa de buscar fomentar a discussão acerca do desenvolvimento de um modelo punitivo mais efetivo e humano, os materiais acima indicados foram utilizados para garantir uma análise zetética do conteúdo proposto, e contarão com dados estatísticos, emitidos pelas organizações que tratam diretamente deste tema, com o objetivo de auxiliar na visualização do cenário real, quantificando o número de estrangeiros em conflito com a lei no Brasil e no mundo. Por fim, para acrescer ao trabalho informações empíricas que ajudem a melhor delinear essa realidade fática e as suas consequências, será feita entrevista com a autoridade na área, o Defensor Público Federal João Chaves, coordenador do grupo de trabalho da Defensoria Pública da União para presos estrangeiros.

2. PARADIGMA HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO GARANTISMO.

O direito é um fenômeno antigo e de muita importância para o desenvolvimento das sociedades, a existência de regras a serem cumpridas para manter o vital funcionamento das instituições do governo e das relações entre as pessoas é um pressuposto que vem acompanhando o ser humano desde a antiguidade. Contudo, a simples existência da regra não garante o respeito dos indivíduos à mesma, sendo às vezes necessário que medidas sancionadoras sejam tomadas para reprimir atos lesivos à ordem social. Dessa forma, impera como a *ultima ratio* de proteção à estrutura da sociedade o direito penal, uma forma mais agressiva de reprimir atos e comportamentos que vão contra os modelos e parâmetros que balizam a coexistência do ser humano.

Data venia a sua importância para a organização social, o uso desse poder-dever do Estado deve ser levado muito a sério, pois a punição por si só não garante a manutenção do *status quo* da sociedade. Como bem pontuado pelo professor Dr. Cesar Roberto Bitencourt “Falar de direito penal é, de alguma forma, falar de violência” (2012), sendo assim, a discussão acerca da sua necessidade, aplicação e eficácia é de extrema importância para garantir a ele o papel de última linha de proteção do ordenamento social. Todavia, desde o seu surgimento se discute quais seriam os melhores procedimentos para atingir tal finalidade, discussão essa que pode vir a tornar o direito penal um mecanismo garantidor dos direitos estendidos aos indivíduos ou inquisitorial e autoritário.

A criação de um punitivismo justificado pelos atos desviantes das pessoas e previsto em um ordenamento jurídico (mesmo que primitivo) pode ser datada do próprio Código de Hamurabi, onde o famoso olho-por-olho, dente-por-dente, instituíra o modelo e o método de punição aplicados. Todavia, a concepção de um estudo acerca desses métodos e do sentido que eles tinham para a sociedade só veio a ser feita muito posteriormente.

2.1. Escolas penalistas clássicas - Cesare Beccaria, Francesco Carrara.

O que nós chamamos hoje em dia de criminologia surgiu por volta do século XVII e trouxe consigo uma concepção diferente da realidade do direito que até então se tinha. Dentre os muitos aspectos que essa ciência estuda estavam o criminoso, a vítima e o ato desviante, ou

simplesmente “crime” contudo, da interação entre esses três sujeitos nascia uma nova ramificação a ser estudada, a penologia. Com o intuito de entender quais seriam as consequências não só do crime praticado perante a sociedade, o estudo das penas e do direito penal, também se importava com o efeito que o cumprimento da ação sancionadora iria causar para todo o contingente social e para o indivíduo ao qual ela se destinava.

Um dos primeiros pensadores a tratar desse tema foi Cesare Beccaria, que no século XVII, munido dos ideais filosóficos e éticos do iluminismo, tratou das práticas desviantes a partir de um ponto de vista utilitarista e contratualista. Em sua obra, Beccaria define que o direito penal deve ter por base estipular, dentro dos parâmetros do contrato social, o que seria uma postura moral, baseada nos constructos deste contrato e caracteriza o ato desviante como sendo “naturalmente patológico” para a sociedade e que deveria ser considerado como irracional. Segundo o Professor Dr. Cesar Roberto Bitencourt, tal linha de pensamento era oriunda diretamente dos conceitos da teoria contratualista clássica:

Pode-se considerar que a teoria clássica do Contrato Social (o utilitarismo) fundamenta-se em três pressupostos fundamentais: 1) Postula um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade da atual distribuição de bens. 2) Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade — produto de um contrato social — é essencialmente patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos. 3) Os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato. Tais critérios iriam definir-se através do conceito de utilidade (BITENCOURT. 2012. p. 35.)

A visão de Beccaria quanto a pena era por tanto utilitarista, tendo então uma importante função de punir o transgressor, sem que trata-se tal punição como sendo apenas um castigo aplicado ao ator, mas sim como um mecanismo de humanização e racionalização, tanto do agente delitivo, quanto da sociedade. Para o autor, o respeito ao contrato social deveria ser papel de todos, inclusive do estado no exercício de sua função, devendo ele zelar pela aplicação de medidas sancionadoras que sejam proporcionais ao ato cometido e ao impacto por ele gerado.

De forma complementar à teoria de Beccaria e tendo trabalhado os demais teóricos do início da criminologia Italiana, Francesco Carrara desenvolveu sua tese quanto à criminologia e o direito penal. Para o autor, não bastava apenas considerarmos que o delito seria um desrespeito ao pacto social instituído nas relações humanas pertencentes a um grupo social específico, mas sim, tendo o delito sua natureza de “ente jurídico”, o mesmo acabaria por

ofender todo o constructo de humanidade, ameaçando assim o próprio sentido do direito como um todo.

Sendo assim, segundo conceitua Alessandro Baratta, a pena dentro da teoria carrariana, teria a função (já mencionada anteriormente nesse estudo) de manter o *status quo* da sociedade. Assim apresenta o autor em seu livro, denominado “Criminologia crítica e crítica do direito penal”:

A distinção entre consideração jurídica do delito e consideração ética do indivíduo torna-se, pois, a base da qual parte Carrara para proceder a uma nova afirmação da tese de que a função da pena é, essencialmente, a defesa social. (BARATTA. 2002. p. 37)

Depreende-se então que nesse momento inicial do surgimento da criminologia a base filosófica racionalista e jusnaturalista da Escola clássica levou à idealização de um direito penal no qual, o delito seria considerado como um ente propriamente jurídico. Isso significa, segundo Baratta (2002), abstrair o contexto ontológico que liga o autor do desvio e sua historicidade biológica e psicológica, mas trazendo para tal discussão, a herança social e natural do desenvolvimento do indivíduo.

2.2. Vigiar e Punir - Michel Foucault.

Finda esta breve análise do contexto da escola penalista clássica italiana, com seu viés positivista, passamos então para a análise das teorias mais modernas, tendo como base o teórico francês, Michel Foucault. Para o autor, a necessidade da punição como uma forma física de punir o criminoso (o suplício) deixou de existir devido a urgência de se controlar as sociedades mais complexas da modernidade, que detinham de um nível antropológico muito mais intrincado do que as sociedades mecânicas e simples onde surgiram os meios mais horrendos e espalhafatosos de punição. É importante pontuar, no entanto que, para o presente trabalho, a teoria de Foucault tem como objetivo demonstrar o processo evolutivo do pensamento sociológico acerca do direito penal e dessa forma, não se contrastar as demais teorias presentes neste estudo.

Diante da intolerância que se instaura sobre as penas físicas e voltadas para uma vingança pura que Foucault atribui a um ímpeto furioso do "príncipe" e do povo, que era intermediado entre o carrasco e do suplicado (2014. p. 73), o filósofo francês levanta uma nova forma de se controlar a sociedade e o delincente, baseada não mais na punição do corpo, mas

sim na capacidade de controle sobre o indivíduo, tornando-o a partir do uso da disciplina no que o autor chama de “corpo dócil” (FOUCAULT. 2014. p. 132), uma teoria construída desde a era clássica, tendo como fundamentação teórica o “culto” à forma do corpo, uma disciplina para a construção do corpo como sendo objeto máximo e ao mesmo tempo alvo, do poder.

O amadurecimento dessa ideia foi tão bem quisto por alguns grupos, que tornara-se então um condutor comum para a concepção político-filosófica, e que segundo o autor, veio depois a caracterizar o conceito de “homem-máquina”. Tal conceito segundo Foucault foi construído em torno de uma funcionalidade comum a vários campos do conhecimento, a ideia de disciplina.

Um dos pontos-chaves da obra de Michel Foucault, gira em torno da forma de se manter a disciplina como sendo o objeto de controle dos corpos que fazem parte da sociedade. Para atingir tal feito, o escritor propõe então a criação de um modelo de observação que faça com que o indivíduo perceba que está a todo tempo sendo observado, colocando sobre ele os olhos hipotéticos do seu carcereiro (o Estado de forma direta e a Sociedade de forma indireta), e esse sistema o “Panoptismo”, funcionava da seguinte forma:

[...] de um modo geral todas as instâncias de controle individual funcional num duplo modo: o da divisão binária e da marcação (louco-não louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal); e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (quem é ele; onde deve estar; como caracterizá-lo, como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante, etc). (FOUCAULT. 2014. p. 136)

Ainda segundo o autor francês, a representação física do panóptico fora dada por Jeremy Bentham e consistiria na criação de uma estrutura periférica circular, construída ao redor de uma torre repleta de janelas. Dessa torre, o “carcereiro”, que exerce o controle das pessoas que se encontram na periferia (em unidades que o filósofo inglês chama de celas), por ter, devido a arquitetura do espaço, a capacidade de enxergar a todas as unidades da parte interna dessa construção circular, mas contudo, sem dar ao indivíduo dentro de cada cela a “liberdade” de saber se está ou não sendo observado, poderia exercer de forma amplificada o seu domínio, fazendo que as pessoas mantivessem a disciplina por meio da ideia (e do medo) da constante vigilância.

A ideia final por trás da teoria de Michel Foucault seria a de que, o sistema de vigilância constante e de doutrinação do indivíduo (fazendo-se cumprir aquele modelo disciplinar), poderia ser aplicado tanto na pena quanto antes do cometimento do delito,

poupando assim a sociedade da violência do crime e da aplicação do direito penal, visto pelo autor como uma forma de desrespeito a sociedade tão grave quanto o delito em si.

2.3.O garantismo - Luigi Ferrajoli.

De forma a complementar a discussão acerca da justificativa, aplicação e eficácia da pena, aproveitando em determinado grau tudo o que foi dito anteriormente, Luigi Ferrajoli propõe uma teoria que tem como principal balizador a garantia não só do cumprimento da pena, mas também da sua extensividade tanto lesiva (a sociedade e ao condenado) quanto repressiva (ao desvio), a esse teorema sócio-jurídico o autor deu o nome de “Garantismo Penal”.

É importante pontuar inicialmente os pressupostos que diferenciam para Ferrajoli um ordenamento jurídico-penal garantista de um modelo autoritário de direito penal. Em primeiro lugar, o autor traz o conceito de um “princípio da legalidade estrita”, que teria como objetivo, garantir que só fossem punidos os crimes que são devidamente previstos na lei não abrindo espaço para uma subjetividade sobre o discernimento de quais fatos constituem um delito e quais não, por conseguinte, qualquer estado que impusesse sanções a fatos relacionados ao que o autor chama de “substancialismo”, viria a consubstanciar um estamento jurídico-penal autoritário.

Para complementar essa ideia, o teórico italiano traz exemplos do que seriam tais perspectivas ontológicas de delito, dentre eles estão as doutrinas moralistas, naturalistas, pragmáticas e utilitaristas. A partir do desenvolvimento das linhas de pensamento supramencionadas, Ferrajoli explica o processo de desvalorização da lei como forma de se definir os atos delitivos que causam danos à sociedade e pontua:

No plano das técnicas jurídicas, estas representações se refletem em uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. A técnica mais difundida é a previsão de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idôneas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio - como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares - em vez de indicar univocamente tipos de delito empiricamente determináveis. (FERRAJOLI. 2002. p. 35-36)

O autor chama ainda, atenção para o fato de existirem formas ainda mais graves de depreciação do princípio da estrita legalidade e lembra que de forma ainda mais cogente do que nós países com uma suposta democracia instaurada, nos governos puramente autoritários e

totalitários (cito o facismo italiano, o nazismo alemão e o comunismo russo), onde institutos jurídicos como “delinquente natural”, “o tipo de autor” e o “inimigo do povo”, imputavam ao ser humano que detinha de uma determinada característica fisionômica, uma nacionalidade ou uma ideologia política o título de criminoso, fazendo recair sobre eles a pretensão punitiva do Estado sem uma justificativa diversa que a do não pertencimento ao grupo dominante.

Em segundo lugar, Ferrajoli apresenta a questão jurisprudencial estrita, que podemos entender como sendo o princípio do livre convencimento motivado do julgador, que segundo ele, precisa estar desvinculado das concepções paradigmáticas do juiz e focar na análise do caso concreto, estendendo ao réu e ao fato, não só a possibilidade de ampla defesa e paridade de armas, garantindo ao acusado a capacidade de produzir provas ao seu favor, como também de que tais provas sejam levadas em conta para fornecer o retrato mais fiel possível da verdade fática do caso.

O autor italiano afirma em seu texto que se um julgador faz a sua análise a partir de um caráter potestativo, fugindo dos elementos de cognição que lhe são ofertados no decorrer do processo, esse julgador estaria agindo de maneira decisionista. Esse tipo de ação, condicionada à interpretação dos fatos mediante uma ótica dogmática, iria fornecer um conceito de justiça estritamente subjetiva e conseqüentemente, uma penalização descabida para o ato lesivo praticado.

Quanto a esse critério de descabimento da pena imposta por um juízo decisionista, o autor complementa, dizendo que a desvirtuação sofrida no momento da sentença transforma a punição em um ato, segundo o próprio autor, meramente “administrativo” ou “político”, *in verbis*:

Se, com efeito, "juris-dição" designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição. Trata-se, precisamente, de uma atividade substancialmente "administrativa" - ou, se quisermos, "política" ou "governativa" - caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso. (FERRAJOLI. 2002. p. 37)

Tendo como ponto de partida essa distinção entre o garantismo penal e um modelo penal autoritarista, entende-se de forma basilar qual o cerne da questão garantista, dentro do direito penal. Ferrajoli em seu livro dá 3 significados distintos (embora complementares) do que seria efetivamente o garantismo. Primeiramente, apresenta o garantismo como sendo um conjunto fático de leis (garantias) que tenham por premissa o direito estrito (2002. p. 684), ou

seja, um arcabouço jurídico pautado no cumprimento da estrita legalidade, a fim de se manter a condição de respeito e minimizar a violência que o estado utiliza para punir os criminosos, tendo assim uma efetividade pura, no sentido da norma positivada.

O autor faz uma ressalva a este respeito, lembrando que a efetividade real da norma pode não seguir alinhada com o contexto fático do estado, no qual, a despeito da previsão normativa dos direitos, a falta de respeito com os princípios presentes em dado ordenamento viria a criar um *déficit* na sua aplicação fática. Em suma, aquela famosa máxima de que determinada lei “não pegou” seria a concretização de um modelo antigarantista, que se instaura no ordenamento social, apesar do esforço do legislador para proteger a integridade do “agente paciente” da norma penal.

A segunda definição dada pelo autor ao garantismo trata justamente de remediar as falhas e inconsistências da primeira definição, constituindo-se então um ordenamento jurídico pautado, nas palavras de Ferrajoli na “ [...] "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. ” (pág 684, 2002.). Ou seja, nesta definição, o direito garantista tende a separar o “ser” do “dever-ser” na avaliação de efetividade da norma, tratando então justamente da divergência existente entre a norma positivada (que o autor coloca como tendencialmente garantista) e as práticas operacionais (tendencialmente anti-garantistas).

A partir dessa análise de aplicabilidade fática das normas, construir-se-ia uma teoria pautada na dissonância entre elas e que teria por objetivo, policiar o uso da norma penal, assegurando assim a utilização comedida da violência institucionalizada que o estado detém.

Por fim, o autor traz como última definição do garantismo, a exposição de uma teoria jus-política e filosófica acerca da aplicabilidade e da criação do ordenamento jurídico. Para o escritor, exalta-se nessa teoria a diferenciação e o distanciamento (segundo as suas palavras a “pressuposição de uma doutrina laica”) entre o direito e a moral, cisaõ essa que viria do desenvolvimento do direito a partir das perspectivas e do antropocentrismo iluministas do séc XVII.

Luigi Ferrajoli acrescenta que existe um ponto de vista externo à construção do direito, que se caracteriza como sendo a análise política do ordenamento jurídico, feita com o sentido de discernir qual seria a real efetividade da norma (ser) e da sua aplicação (dever-ser). Somado a esse fator externo, o teórico menciona também um fator interno, que seria traçado a partir da própria existência do ordenamento jurídico e teria como objetivo institucionalizar os resultados e as observações feitas pela visão externa. As consequências desta perspectiva

exterior (do ponto de vista jurídico) é estudada pelos pesquisadores Vitor Gonçalves Machado e Pedro Machado Ribeiro Neto em seu artigo denominado “Presos Estrangeiros No Brasil E O Problema Da Seletividade Penal”, no qual os autores apontam como a seletividade penal no país está diretamente correlata ao processo informacional e de desenvolvimento psicológico da sociedade em relação aos indivíduos migrantes (p.13. 2014).

Finalmente, o autor encerra a sua explanação do que seria essa última definição do garantismo atentando para o fato de que o afrontamento direto destas duas formas de visão poderia gerar (como já o fez) um terreno propício para a instauração de um governo antigarantista, *ipsi litteris*:

Entretanto, o atrofiamento de um autônomo ponto de vista externo, ou pior, a sua explícita confusão com aquele interno, forma a conotação específica todas as culturas políticas autôritárias, de vários modos comuns reunidos nas idéias de autofundação e de autojustificação do direito e do Estado como valores em si: não meios, mas eles mesmos o fim. (FERRAJOLI. 2002. p. 37)

Ante a exposição feita, depreende-se da obra de Luigi Ferrajoli que a criação da teoria garantista não é recente, mas se trata de uma construção conjunta e histórica, marcada pela luta entre a sociedade, que ao se desenvolver de forma complexa, precisou encontrar mecanismos para garantir a manutenção de seu *status quo* e a visão antropocêntrica da necessidade de se tratar de forma humanizada o criminoso, tratando o ato como principal objeto do direito penal.

Ao observar toda a argumentação do autor quanto a um direito penal garantista, percebe-se a importância de se construir um processo não só para a aplicação do direito penal, mas também para a sua criação. Essa importância pode ser observada a partir dos 10 axiomas (apresentados e classificados pelo autor de A1 a A10) que Ferrajoli propõe como sendo indispensáveis para a formação de um Sistema Garantista (SG), são eles:

- A1 Nulla poena sine crimine
- A2 Nullum crimen sine lege
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- A4 Nulla necessitas sine injuria
- A5 Nulla injuria sine actione
- A6 Nulla actio sine culpa
- A7 Nulla culpa sine judicio
- A8 Nullum judicium sine accusatione
- A9 Nulla accusatio sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione¹ (FERRAJOLI. 2002. p. 74-75)

Deste modo, podemos perceber que estes 10 princípios axiológicos se tratam da sumarização dos parâmetros ideais para a criação de um direito penal garantista, que segundo o próprio autor, tem suas limitações e deve ser tratado como um modelo tendencialmente aplicável, mas que necessita de alterações para que possa ser aplicado em um ordenamento jurídico real.

2.4.O garantismo penal no Brasil

Com o intuito de institucionalizar essa teoria garantista, várias constituições foram montadas, tendo ela como principal linha de raciocínio no seu desenvolvimento a exemplo da constituição italiana. Essa corrente também fora adotada no Brasil, onde, segundo Cesar Roberto Bitencourt:

Adotamos aqui a distinção de base sociológica referida tanto por Ferrajoli como por Feijoo Sánchez, segundo a qual o fim ou finalidade da pena está relacionado com os efeitos sociais buscados desde a perspectiva jurídico-normativa de tipo axiológico, enquanto a função da pena está relacionada com a análise descritiva dos efeitos sociais produzidos, inclusive quando estes se distanciam das finalidades previamente postuladas para a pena (BITENCOURT. 2012. p. 54)

Contudo, a aplicação da lei penal em muito se distancia da previsão normativa que estabelece tal ponto de vista garantista. Do uso desmedido da força, até graves atos de cunho meramente político, que são cometidos pelos nossos julgadores, o País sofre com uma aguda síndrome de descumprimento das garantias penais que são estendidas *erga omnes*. Tal fato, aliado com a falta de infraestrutura e investimento no processo de detenção e ressocialização que está previsto constitucionalmente faz com que viva-se uma crise carcerária.

Percebe-se então que a situação no Brasil se encaixa num contexto autoritarista, pelo menos no que diz respeito ao desenvolvimento das normas penais. Embora o país detenha um arcabouço jurídico que prevê garantias bastante amplas, a execução dos processos penalistas toma um rumo arbitrário e inquisitorial, perseguindo determinados grupos de uma maneira desproporcional.

¹ [Tradução livre do autor] A1 Não há pena sem crime; A2 Não há crime sem lei; A3 Não há lei penal sem necessidade; A4 Não há necessidade sem dano; A5 Não há dano sem ação; A6 Não há ação sem culpa; A7 Não há culpa sem julgamento; A8 Não há julgamento sem acusação; A9 Não há acusação sem prova; A10 Não há prova sem defesa.

Ainda mais grave são os descumprimentos destes direitos na aplicação do processo penal. É um fato amplamente discutido que o Brasil possui um inchaço carcerário e dessa grande população de “presos” muitos deles não têm acesso sequer ao julgamento de forma célere e devidamente legal, seguindo todos os ritos necessários para que possam cumprir as suas penas com o mínimo de dignidade possível. Nesse escopo, percebe-se a importância da conceituação da teoria garantista e como ela deve ser aplicada no caso concreto. Para Aury Lopes Júnior, a importância das previsões garantistas no processo penal trazem celeridade para a obtenção da jurisdição necessária ao cumprimento da pena e da reparação ou mitigação do dano causado pelo delito. O autor afirma em seu livro de direito processual penal que:

O garantismo seria assim um sistema de limite, de constrangimento à evidência, na medida em que a submete ao tempo do processo, com suas etapas de investigação, acusação, defesa e decisão. Isso serve para evitar os juízos imediatos, realizados ainda no calor da (irracional) emoção e contaminados pelo sentimento de vingança. (LOPES JUNIOR. 2020. p. 980)

Segundo o que foi visto quanto aos conceitos da teoria garantista, a justiça e a sociedade brasileira (por meio da sua representação) vem o “ser” e o “dever-ser” da norma penal como entes demagogicamente separados, que devem coexistir, mas nem sempre basilar um ao outro. O conflito dos pontos de vista interno e externo é tamanho que se reconhece no Brasil (e fora dele, como provado por diversas condenações que o País tem em diversas cortes internacionais) uma aporia. De um lado, existe a estipulação normativa que se traduz num sistema garantista e do outro existe um sistema executor que, devido ao seu próprio sucateamento, não tem a capacidade de funcionar de forma plena, servindo como um paliativo irrisório para as graves violações feitas pelo sistema.

Data vênua o uso do termo garantista por diversos teóricos do direito penal brasileiro, a sua aplicabilidade está longe de ser considerada fática e cai no escopo utópico de um sistema jurídico perfeito, que jamais teria lugar num ordenamento jurídico real. A tentativa de desmistificar o uso do garantismo no Brasil é uma tarefa árdua, que muitas vezes se distancia da capacidade de preconização dos autores nacionais. A afirmação do autor Geraldo Prado nas notas feitas na segunda edição do seu livro “Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais” reflete o âmago do problema doutrinário que é o desenvolvimento da teoria garantista no Brasil:

O Garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder e criar condições para que este mesmo poder possa integrar as pessoas, eliminando dentro do possível todas as formas de discriminação. (PRADO. 2005. p. 9)

Para finalizar a primeira parte deste trabalho, ressalta-se que o modelo garantista teve ampla aceitação no ponto de vista teórico, sendo inserido em vários ordenamentos jurídicos e dentro dos documentos internacionais, como sendo inerente para a proteção da dignidade humana, fato que será melhor explorado a seguir.

3. GARANTIAS PROCESSUAIS DO RÉU MIGRANTE NO CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL.

Para dar continuidade ao assunto proposto, faz-se necessário agora analisar quais seriam efetivamente as garantias previstas no ordenamento jurídico atual, tanto no campo internacional quanto nacional, que devem ser estendidas aos encarcerados e em especial ao imigrante. Primeiramente, serão analisadas a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que em conjunto com documentos acessórios (tal como as “Regras Nelson Mandela” para o tratamento dos presos), formam o arcabouço legal internacional de proteção ao ser humano encarcerado. Posteriormente, se dará a análise das normas e garantias previstas no direito brasileiro, tendo como principais objetos de estudo a Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal - CP) e o Decreto-Lei nº 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal - CPP).

3.1. Das regras e garantias internacionais

Dando início ao estudo das regras de direito internacional que incidem sobre a proteção dos indivíduos presos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, que prevê em seus artigos 5º, 8º, 9º, 10º e 11º as garantias que devem ser estendidas a todos os seres humanos que venham a passar por um julgamento e por uma eventual penalização, em virtude de seus atos. Tais previsões na DUDH tem por objetivo, respectivamente, vedar a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes na aplicação das sanções; garantir o direito ao recurso na jurisdição da qual está sendo acusado; impedir a penalização arbitrária, seja por meio da prisão, da detenção ou do exílio; garantir a publicidade e a disposição das informações quanto às acusações imputadas ao indivíduo e do seu julgamento, de forma a proporcionar-lhe um processo imparcial; e por fim garantir a presunção de inocência e o direito a não retroatividade da norma penal.

Ao analisar o conteúdo do que está contido na supramencionada declaração, percebe-se que as suas disposições são muito abrangentes, não prevendo ações, condutas ou processos que fundamentam um SG internacional, mas estabelece os parâmetros mínimos que devem ser respeitados para a organização de qualquer sistema penalista. De forma complementar às estipulações da DUDH, a UNODC, agência das nações unidas para assuntos

ligados a crimes e a drogas, publicou um manual, com regras que devem ser obedecidas por todos os países quanto ao tratamento de seus presos.

O manual que recebe como “apelido” o nome de *Nelson Mandela Rules*, contém 123 regras mínimas que devem ser observadas para garantir ao indivíduo preso o mínimo de segurança e dignidade inerente a todos os seres humanos. O documento deixa claro que a sua intenção não é criar um modelo específico de sistema penal, mas sim, fornecer à comunidade internacional todos os meios possíveis para aplicar em suas legislações específicas, as técnicas e os elementos mais contemporâneos, *in verbis*:

Observação preliminar 1

As regras que a seguir se enunciam não pretendem descrever em pormenor um modelo de sistema prisional. Procuram unicamente, com base no consenso geral do pensamento atual e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados, estabelecer o que geralmente se aceita como sendo bons princípios e práticas no tratamento dos reclusos e na gestão dos estabelecimentos prisionais. (CNJ. 2016. p. 20)

As Regras de Mandela (como apresenta o CNJ) são divididas em duas partes, I as “Regras de Aplicação Geral” e II as “Regras Aplicáveis a Categorias Especiais”. Dentre algumas das estipulações presentes na primeira parte que estão contidas no documento, encontram-se as vestimentas, alimentação, direito à comunicabilidade, dentre outros. Por fim, o documento traz as divisões dos presos em 5 itens, são eles: A. Reclusos Condenados; B. Reclusos com transtornos mentais e/ou com problemas de saúde; C. Reclusos detidos ou a aguardar julgamento; D. Presos civis; e E. Pessoas presas ou detidas sem acusação. Embora o documento tenha um perfil garantista, o mesmo apresenta dois pontos de atenção, são estes os itens D e E da Parte II, uma vez que eles tratam de uma possibilidade de se estender a aplicação da sanção penal à esfera civil e a pessoas que não tenham acusações formais, ambos fatos comuns em sistemas penais autoritários.

Outro instrumento internacional importante e que traz previsões acerca de garantias estendidas ao preso é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto San José da Costa Rica. Essa norma regional, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 678 de 1992, traz de modo semelhante ao da DUDH pressupostos mínimos de tratamento para todas as pessoas, se estendendo assim aos indivíduos encarcerados.

As previsões do pacto referentes às garantias inerentes aos indivíduos que venham a sofrer uma persecução penal e eventualmente sejam punidos encontra-se em especial na parte II do documento, e seguem em grande parte as previsões feitas pela declaração universal dos

direitos do homem, prezando pela dignidade e pelo tratamento mínimo garantido a estas pessoas. O artigo 8 da supramencionada convenção apresenta, de forma mais concentrada, as garantias judiciais previstas no instrumento, como podemos ver a seguir:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (BRASIL. 1992.)

Diante da análise das disposições feitas pela comunidade internacional, percebe-se que de forma ampla, os Estados reconhecem a necessidade de se estender ao infrator direitos mínimos para que ele tenha condição de cumprir a sua pena de forma digna e “humana”, visão que é replicada em vários ordenamentos jurídicos, como é o caso do Brasil.

3.2. Das regras e garantias da legislação brasileira.

Conforme mencionado acima, o Brasil reflete em suas legislações internas muitas das definições e garantias presentes nas normas de direito internacional no que diz respeito aos

direitos humanos, em especial dos presos. As estipulações acerca destas prerrogativas podem ser encontradas desde a Constituição Federal, que no seu artigo 5º traz princípios tais como a inviolabilidade da correspondência e da incomunicabilidade do preso, da legalidade, da irretroatividade e da ampla defesa, dentre muitos outros que tecem a construção do nosso sistema penal.

De forma geral, observa-se que a constituição cria uma base propícia para a criação de um SG, porém existem ressalvas quando chegamos ao processo de comunicabilidade e de recepção das normas penais infraconstitucionais. Apesar da diferença temporal entre o CP (1940) e o CPP (1941) em relação ao texto constitucional, é possível observar que ambos os códigos possuem uma base vanguardista, que pode ser considerada bastante moderna para o seu tempo, porém, devido a essa grande diferença e ao natural processo de evolução da hermenêutica jurídica, alguns conflitos são inevitáveis.

Muito embora o CP preveja grande parte dos princípios garantistas, a exemplo do seu artigo 1º que trata da anterioridade da lei penal (previsão que remete diretamente aos axiomas A1 e A2 da teoria garantista de Ferrajoli), o fato de várias reformas terem sido feitas e ainda assim existirem elementos que acabam por ser analogamente estendidos ou judicialmente inválidos (como as discussões acerca da criminalização da homotransfobia e da legítima defesa da honra, respectivamente) demonstram que a legislação infraconstitucional vigente necessita de um processo de modernização.

O mesmo também pode ser dito do Código de Processo Penal, que mostra as suas falhas de forma cada vez mais grave, como já mencionado no item 2.4 do presente trabalho. O instrumento supracitado tem uma importância gritante para a aplicação efetiva da teoria garantista, uma vez que, inseridos nele estão princípios como o da duração razoável do processo, direito à presunção de inocência, ampla defesa e paridade de armas, e tantos outros que de forma correlata, moldam o sistema penalista e a forma como ele é aplicado na sociedade. Dada essa sua importância, percebe-se a fragilidade que se tem na adequação do processo penal à realidade social cuja qual ele se propõe a proteger, fato este que é levantado pelo teórico Nereu José Giacomolli, que afirma o seguinte em sua obra:

As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias, bem como pela ausência da

esperada capacidade reguladora do direito, encapsulada no tempo.
(GIACOMOLLI. 2016. p. 12)

Na opinião do autor, a análise sobre os procedimentos penais e como eles devem se construir deve partir de forma inicial de uma análise constitucional, favorecendo o que ele chama de um “processo penal constitucional”, pautado na hermenêutica dos valores previstos na *Carta Magna* e nas fontes de direito internacional, formando assim um sistema processual que respeita amplamente os direitos humanos, ao qual Giacomolli dá o nome de “devido processo penal”.

Diante das exposições feitas, percebe-se que embora presente nas fontes internas e externas de direito, existam previsões garantistas para a aplicação da norma penal, o cumprimento efetivo de tais normas ainda se encontra aquém da necessidade, para um grupo em específico, os imigrantes.

Ao analisarmos a conjuntura penalista no contexto atual brasileiro, já é possível perceber a gravidade da situação de um “marginal” nacional, um criminoso interno, que com todos os seus direitos e a sua sensação de pertença para com a sociedade, ainda sofre repressões dos seus direitos constitucionalmente definidos, quando tratarmos de um agente delinquente vindo de fora e que até pouco tempo atrás era visto, pelo ordenamento jurídico do país, como uma ameaça a estrutura social e ao “trabalhador nacional” (como traz a antiga lei de migração, Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980), nos deparamos com uma realidade ainda mais assustadora, a de não reconhecimento da condição de igualdade desses indivíduos

3.3.O réu imigrante no Brasil.

Para melhor entendermos a situação do réu imigrante no Brasil, tendo como base a teoria garantista, contida na legislação, é necessário fazer um retorno à teoria de Luigi Ferrajoli. O autor traz em sua obra uma observação acerca do que seria a condição de vulnerabilidade jurídica dos “marginalizados”, que, como caracteriza o escritor, se tratam de grupos “naturalmente” fora do padrão da sociedade e que pelo simples fato de existirem, são uma ameaça à ordem social:

Ao final, aquela transcuração é um sinal não reflexionado, mas inconfundível, dos tratamentos de classe da denominada cultura jurídica como daquela política: as medidas de polícia, especialmente aquelas de prevenção e de ordem pública são, de fato, destinadas de formas prevalente aos que não se encontram no exercício do poder

e aos marginalizados - subtrabalhadores, prostitutas, vagabundos, ociosos, desocupados, subocupados, imigrantes e similares - de forma que o seu estudo resulta também por sua vez marginalizado dos tradicionais interesses acadêmicos. Por esta razão as medidas de polícia não se apresentam, a diferença das medidas penais, nas estatísticas judiciárias e nas informações sociológicas, e não menos na reflexão teórica e na análise doutrinária. (FERRAJOLI. 2002. p. 617)

Tal afirmação de Ferrajoli deixa em xeque os princípios de direitos humanos que foram traçados no contexto iluminista por Immanuel Kant, em especial o que o autor nomeia de “hospitalidade universal” no seu livro “A paz perpétua” (2016), que diz respeito à indisponibilidade da obrigação de se estender ao estrangeiro todos os direitos que são também estendidos aos nacionais.

Deste modo, ao analisarmos a conjuntura atual, percebe-se que devido ao aumento crescente no número de encarceramentos dos indivíduos nacionais e não nacionais, as dificuldades inerentes à manutenção das garantias a eles estendidas (especialmente em relação a este segundo grupo) aumentam cada vez mais. Observa-se a partir do nível de complexidade em julgar um encarcerado estrangeiro que o sistema processual não tem capacidade de lidar com este tipo de caso, fato que muitas vezes se confirma por um negacionismo da situação existente.

A arguição de que, a porcentagem de presos estrangeiros no Brasil é baixíssima, é indubitavelmente um dos maiores exemplos desse viés teórico de negação da problemática acerca do processamento destes indivíduos na justiça brasileira. Como apresentado pelo Dr. André Carneiro Leão (2015. p. 247-248), em seu artigo intitulado “Los Nadies”, o percentual de encarceramento de tais indivíduos no Brasil no ano de 2004 era de 1.626 presos, que representava 0,48% da população carcerária nacional². O artigo ainda menciona que o crescimento em 9 anos (ano base 2013) desse contingente, teria sido de 0,07%, totalizando assim 0,55% de todo o contingente prisional brasileiro na data do estudo utilizado. O que o autor faz questão de pontuar, no entanto, é o aumento exponencial do número de presos nas instituições carcerárias no Brasil, que passou de 336.358 (2009) para 574.027 (2013) representando um aumento de 58%. No caso dos estrangeiros, esse número passou de 1.626 (2009) para 3.191 (2013), representando assim um aumento de 50%.

² Dados retirados do estudo desenvolvido por Artur Gueiros Souza, intitulado “Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos”, e da plataforma *Infopen*, do Ministério da Justiça, conteúdo que será retomado mais à frente.

Segundo André Carneiro Leão, o fato mais assustador não é somente o acréscimo desses números, mas também da argumentação que existe com o intuito de “desproblematizar” a situação e a desvalorizar a vida destes indivíduos, fato que se exprime do próprio título do trabalho e que o autor faz questão de pontuar na sua introdução:

Muitos dirão que esse é um contingente insignificante, isto é, um nada (ou “quase-nada”). Há, contudo, entre esses “quase-nadas”, seres humanos com nomes e rostos, com idiomas e culturas diferentes. São homens e mulheres que, por razões diversas, mas muitas vezes relacionadas com o tráfico de drogas, acabam sendo detidos(as) em nosso país e, a partir de então, passam por um processo de exclusão e isolamento que os(as) despersonaliza. Muitos(as) deles(as) são taxados(as) de “mulas do tráfico”. São peças descartáveis e facilmente substituíveis da engrenagem do comércio de drogas, responsáveis fundamentalmente pelo transporte de malas e outras embalagens insuspeitas. O conteúdo ilícito dessas malas é o que vale, tanto para os contratantes de seus serviços como para os órgãos policiais. Uma vez detidas, as “mulas do tráfico” perdem sua relevância na engrenagem e são simplesmente esquecidas. (LEÃO, 2015. p. 239)

Por fim, levanta-se a questão do respeito à condição humana, imortalizado na obra de Hannah Arendt, e que dá nome a um de seus livros. É importante evocar tal termo para trazer a tona o que seria realmente a proposta não só do garantismo ou do direito penal, mas do direito como um todo, o respeito à vida em sociedade e ao ser humano, que, segundo a autora alemã, se junta pela sua natureza intrínseca, por ser um animal social e que se julga pela sua natureza moral, por ser um animal político (ARENDR, 2020.).

O panorama atual continua preocupante, apesar da ligeira diminuição que existiu nos últimos anos. Segundo os dados do INFOPEN, coletados em junho de 2019, existem atualmente 2.344 presos estrangeiros espalhados por todo o País³. O CNJ registra um número ainda menor em seu Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, segundo o órgão, existem 1.774 pessoas privadas de liberdade, de acordo com o gráfico apresentado no boletim do ano de 2018:

³ Dados retirados da tabela fornecida pelo sistema, URL: <http://dados.mj.gov.br/dataset/f9ebf1f1-8d27-4937-b330-f29b820dca87/resource/225de757-416a-46ab-addf-2d6beff4479b/download/copia-de-dadosformularios-jan-jun2019.xlsx>

Acessados em 03/05/2021.

Tabela 15. Presos estrangeiros na população carcerária do Brasil por UF

UF de Custódia	Nacionalidade estrangeira
AC	26
AL	1
AM	41
AP	3
BA	15
CE	31
DF	10
ES	5
GO	8
MA	1
MG	16
MS	320
MT	15
PA	15
PB	4
PE	6
PI	4
PR	32
RJ	22
RN	5
RO	19
RR	89
RS*	1
SC	22
SE	0
SP	1.061
TO	2
Total	1.774

Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

Tabela 1 - Número de presos estrangeiros no Brasil

Vale salientar que, as informações acima apresentadas não refletem o cumprimento ou não de um devido processo penal. Para analisarmos a efetiva implementação das garantias previstas no ordenamento jurídico vigente, é necessário estudar a situação a partir da perspectiva de quem trabalha no acolhimento destas pessoas.

4. AS INCONSISTÊNCIAS DOS SISTEMAS PENAIIS PARA OS IMIGRANTES.

O sistema penal brasileiro, como já visto anteriormente, tem por princípio a organização de um SG, com todas as garantias e pressupostos apresentados por Luigi Ferrajoli e que foram incorporados nas mais diversas fontes do direito. Contudo, já foi apresentado, também, que a execução desse sistema se distancia dos ideais garantistas, acabando assim por se tornar efetivamente autoritário.

Este capítulo tem como objetivo apresentar quais são as principais falhas (ou *gaps*) observadas no processo penal brasileiro para os imigrantes. Os defeitos aqui apresentados tendem a causar um dano não só dentro do sistema penal, mas também ao fenômeno da migração como um todo. Ao negar o imigrante a condição de entender tudo o que se passa durante a persecução penal, se impossibilita a capacidade de exercer garantias mínimas que são indispensáveis para o curso normal do processo, tais como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, dentre outros.

Nesse contexto, percebe-se que muitas vezes os “criminosos estrangeiros” passam a ser estigmatizados, gerando um movimento de indisposição quanto aos imigrantes em si, transformando esse grupo de pessoas em “marginalizados” e o ato de migrar como crime, fato explorado pela Dra. Ana Luisa Zago de Moraes em seu trabalho intitulado “Crimigração”, que será explorado mais adiante no trabalho.

4.1. Diferentes perspectivas sobre o processo de encarceramento de imigrantes.

De uma forma geral, o grande número de encarceramento de imigrantes ao redor do globo vem sendo notado. Existem diversas organizações internacionais não governamentais que tratam especificamente do encarceramento do imigrante, dando mais visibilidade aos casos e aos indivíduos que incorporam esse fenômeno.

Segundo o *freedom for immigrants* (liberdade para os imigrantes), que é uma organização norte-americana que atua no combate do encarceramento em massa de imigrantes nos Estados Unidos da América e que traz alguns estudos e dados acerca da situação neste país. Segundo a organização, um dos aspectos mais frágeis relacionado à garantia de direitos é a temporalidade sob a qual estes indivíduos ficam encarcerados, nas palavras do sítio da ONG são apresentados os seguintes números sobre este assunto “[...] approximately 48 percent of

*people we work with are held in immigration detention for 2 to 4 years, although about 5 percent of people are held in immigration detention for over 4 years.”*⁴ (2018). Os dados da organização foram retirados dos relatórios do Governo Federal norte-americano e estão representados no gráfico abaixo:

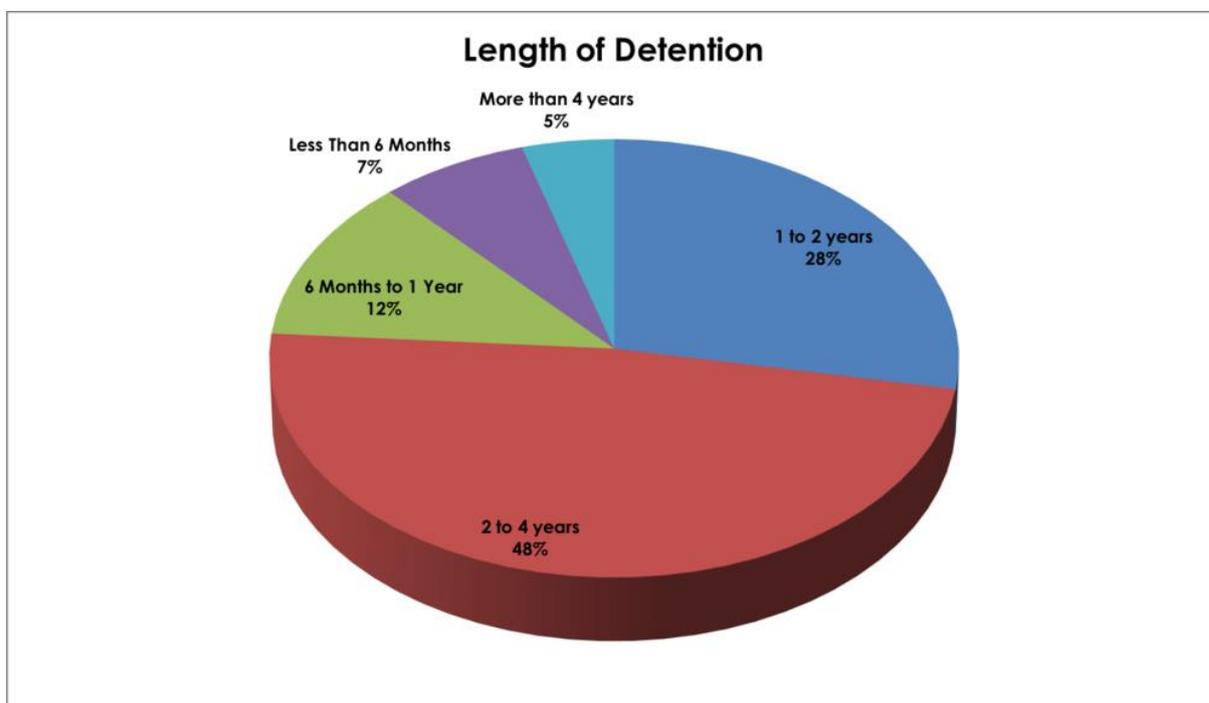


Imagem 2 - Porcentagem de presos estrangeiros por tempo de detenção.

De acordo com os dados retirados do Governo federal americano, ainda mais assustador do que a porcentagem de pessoas que ficam presas pelo período de maior representatividade (de 2 a 4 anos), é a baixa quantidade de pessoas que ficam presas por menos do que 6 meses *“Only about 7 percent of people we work with in immigration detention are held for less than 6 months.”*⁵(2018). Essa realidade, além de enfatizar o grande número de imigrantes, gera dúvida quanto ao seguimento do processo e sua legalidade, uma vez que o aumento desses números acaba por debilitar ainda mais os sistemas punitivos.

Outra entidade que realiza estudos sobre essa temática é o *CATO institute* (Instituto CATO), que desenvolveu em 2018 um estudo para estudar os impactos da política migratória

⁴ [Tradução livre do autor] “[...] Aproximadamente 48 por cento das pessoas com as quais trabalhamos nos centros de detenção para imigrantes, permanecem presas de 2 a 4 anos, muito embora aproximadamente 5 por cento dessas pessoas fiquem presas nestas unidades por um período superior a 4 anos.”

⁵ [Tradução livre do autor] “Apenas cerca de 7 por cento das pessoas com as quais trabalhamos ficam detidas por menos de 6 meses”

aplicada pelo então presidente dos EUA, Donald J. Trump. Segundo o artigo publicado pelo instituto, intitulado “*Illegal Immigrant Incarceration Rates, 2010–2018. Demographics and Policy Implications*”⁶, a postura anti migratória do governo era justificada pela suposição de que os estrangeiros que iam morar no país representavam uma fonte de criminalização:

The president has prioritized the arrest and deportation of illegal immigrants because much of the public believes that they are a significant and disproportionate source of crime in the United States.²⁸ For immigration in general, Gallup asked Americans whether immigration has worsened the crime problem in the United States. (CATO, p. 8. 2018.)

Os impactos deste tipo de política, para o processo migratório e conseqüentemente para as condições geopolíticas atuais gera anseios por parte dos atores que tentam garantir o respeito aos direitos humanos e diminuir os impactos negativos do processo migratório tanto para quem se desloca, quanto para quem recebe esse fluxo de pessoas. Tais preocupações não são exclusivas do continente americano e têm sido cada vez mais discutidas ao redor do mundo.

Na Europa, de modo semelhante aos EUA, a sociedade civil tem se mobilizado para dirimir os danos causados pelo processo penal inquisitivo que é estendido aos imigrantes. Organizações como "open migration" e o “JRS Europe” são exemplos de grupos civis que atuam de forma incisiva, disponibilizando um grande número de dados e dando apoio legal e de subsistência a estas pessoas.

No continente europeu, outro ator importante é a União Europeia e sua estrutura jurisdicional regional, com destaque para o European Court of Human Rights - ECHR (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) que publica anualmente um compilado dos casos envolvendo o cerceamento de direitos e a detenção de imigrantes em todos os países do grupo.

Ao estudarmos os casos apresentados no *factsheet* da instituição, percebemos que na Europa, o principal descumprimento observado pelo tribunal europeu é em relação ao artigo 5º da *European Convention of Human Rights* (Convenção Europeia de Direitos Humanos). O supracitado instrumento tem como objetivo salvaguardar o direito à liberdade e segurança de todos os seres humanos que adentram nos países pertencentes à UE, deste modo, impedindo que as pessoas possam sofrer retaliações simplesmente por terem entrado no território de

⁶ [Tradução livre do autor] “Índice de encarceramento de imigrantes ilegais, 2010-2018. Implicações demográficas e políticas”

determinado Estado. O documento emitido pela ECHR faz um compilado de casos nos quais foram constatadas irregularidades nas detenções de imigrantes e nele, se percebe a grande quantidade de casos relacionados às más condições dos estabelecimentos nos quais estas pessoas ficam detidas.

Chamo atenção para um dos casos, intitulado pela corte como “*Riad and Idiab v. Belgium*”, que data de 2008 e apresenta a situação de dois homens palestinos, que ao adentrarem ilegalmente em território belga, foram detidos e mantidos em um ambiente dentro do aeroporto de Bruxelas. Segundo consta do relatório, a ECHR considerou imprópria a detenção dos dois homens dentro do aeroporto, bem como o tempo que eles passaram detidos naquele recinto:

The Court held that the applicants' detention in the transit zone had not been lawful, in violation of Article 5 § 1 (right to liberty and security) of the Convention. It also concluded that the fact of detaining the applicants for more than ten days in the premises in question had amounted to inhuman and degrading treatment, in violation of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) of the Convention.
(EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2021. p.3)⁷

Outro documento publicado anualmente pela ECHR é o “Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights”⁸, que detém informações sobre casos como o apresentado acima, as perspectivas legais e as orientações para julgadores, defensores e outros que possam vir a atuar no processo dos imigrantes detidos na UE.

Por fim, chegamos ao Brasil, onde existem órgãos e entidades que protegem o imigrante tanto no seu processo de transição, quanto na defesa de seus direitos civis e penais. O IMDH - Instituto Migrações e Direitos Humanos é um exemplo de instituição da sociedade civil que ajuda a garantir os direitos dos imigrantes e a se integrarem à sociedade brasileira. Segundo o instituto, uma dificuldade em comum enfrentada por esses indivíduos é a língua, para muitos povos o Português é um idioma bastante complexo e de difícil domínio, as aulas em instituições de ensino dificilmente contam com professores que sabem as línguas de matriz

⁷ [Tradução livre do autor] “A corte entendeu que a detenção dos impetrantes na zona de trânsito era ilegal, violando o artigo 5 § 1 (direito a liberdade e segurança) da Convenção. A corte também concluiu que o fato da prisão dos impetrantes ter durado dez dias resultaram no tratamento desumano e degradante, em violação ao artigo 3 (proibição de tratamento desumano e degradante) da convenção

⁸ [Tradução livre do autor] “Guia de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos”

africana e mesmo idiomas mais populares como o francês acabam sofrendo da falta de profissionais qualificados para ensinar o novo dialeto aos imigrantes.

Outra instituição de grande importância para os estrangeiros em conflito com a lei é o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC, essa organização atua juntamente com órgãos do governo para promover dentro dos estabelecimentos penitenciários nos quais se encontram estes imigrantes com amparo legal e psicológico, buscando ajudar estes presos a obter direitos básicos, como o contato com as suas famílias e respectivas embaixadas. As ações desses grupos tentam mitigar os impactos da falta de acolhimento e do tratamento digno que é garantido a estas pessoas, que muitas vezes se encontravam em uma situação de alta vulnerabilidade em seus países de origem.

A dificuldade na comunicação com os órgãos e entidades governamentais no Brasil, de compreensão do complexo processo penal por qual vão passar e de manter um contato com sua família ou alguém de seu país de origem são alguns dos pontos mais problemáticos quando falamos da persecução penal e da luta para garantir os direitos mínimos aos réus advindos de outros países. Neste sentido a Defensoria Pública da União - DPU é o órgão responsável por representar diretamente estas pessoas e promover assim a defesa efetiva. Dentro da instituição, os presos recebem auxílio jurídico, na área penal e civil (sendo a eles garantidos o contato com seus entes ou respectivas embaixadas e consulados), bem como outros tipos de suporte oferecidos pela DPU em parceria com instituições da sociedade civil, tal como o ITTC.

A Defensoria conta também com um Grupo de Trabalho especializado no atendimento destes casos, este GT, idealizado pelo Defensor João Chaves e coordenado por ele e a Defensora Nara Rivitti, funciona desde 2011 e tem como ponto maior de atuação o estado de São Paulo, devido à grande demanda que existe, principalmente advinda das prisões realizadas no aeroporto de Guarulhos. O grupo atua de diversas formas, desde diretamente oferecendo apoio e fazendo visitas a essas pessoas (atividade que ficou comprometida em decorrência da pandemia do novo coronavírus) até a produzir diversos materiais que ajudem os estrangeiros a melhor entender a sua situação e o processo de persecução pelo qual eles vão passar e os defensores que atuaram nestes casos.

Muito embora a DPU, pelo seu GT específico para esse caso, forneça apoio aos defensores (principalmente os estaduais, que atuam diretamente no processo penal) e aos estrangeiros, ainda existem dificuldades imensas enfrentadas por eles no curso destes procedimentos legais. Em entrevista com o Defensor Público João Chaves, foi possível levantar algumas das principais fragilidades no curso da ação penal dos estrangeiros presos no Brasil.

4.2. As principais dificuldades na defesa dos réus imigrantes.

Segundo o Defensor, independente das evoluções que foram surgindo ao longo dos 10 anos de atividade do GT (que não foram poucas), o trabalho de organização da ação penal e do tratamento dos imigrantes como um todo ainda continua precário e sem a devida ligação com os demais processos aos quais estas pessoas são submetidas. Segundo o Dr. João Chaves ainda falta no Brasil conexão entre o processo criminal e o migratório, ou seja, o procedimento necessário para a deportação ou repatriação do estrangeiro correm completamente separados, sendo assim muito difícil usar os materiais e documentos de um processo para a produção de prova em outro.

Mais uma dificuldade observada pelo Coordenador do GT é a questão da produção de provas, João Chaves explica que devido à natureza dos casos (sendo a grande maioria composta por prisões em flagrante de tráfico de drogas) a obtenção de materiais que comprovem a condição de aliciados não é fácil, isso quando possível. Observa-se que, muito embora essas pessoas sejam reconhecidas como “mulas” do tráfico, a reconstituição do *iter* pelo qual se patrocinou a preparação do “roteiro de viagem”, a compra das passagens e o pagamento destas pessoas é praticamente impossível.

É um fato importante de se observar que, tamanha é a quantidade de estrangeiros detidos por este tipo penal, que a Defensora Pública Federal, Érica de Oliveira Hartmann, em conjunto com os magistrados federais Guilherme Roman Borges e Jorge Alberto de Araújo, fizeram um estudo acerca dos presos em flagrante por tráfico de drogas no aeroporto internacional de Guarulhos. O trabalho se deu a partir da análise dos dados coletados desde a criação da subseção judiciária do aeroporto, em 1999, até o ano de 2013. A pesquisa apontou que a grande maioria dos presos eram homens (63%), sendo que dentre eles, os estrangeiros se destacam, representando um total de 73,8%.

Chama-se atenção neste ponto, para um fato diretamente relacionado com o garantismo penal, segundo os axiomas A9 e A10, é indispensável para um SG que se faça presente a plena capacidade de produção de provas. Segundo uma tradução literal do décimo axioma não pode existir, dentro de um processo penal pautado no modelo garantista, a produção de provas sem que esteja presente a defesa do acusado, fato que, como observamos, não corresponde à realidade da maioria dos casos tratados neste trabalho. O cerceamento da produção probatória advindo naturalmente do processo agressivo e precário de deslocamento

pelo qual tais indivíduos passam, acaba por gerar uma irregularidade processual, que ameaça a capacidade de defesa do réu.

Ainda neste contexto, o Dr. João Chaves aponta para a baixa probabilidade de se utilizar as informações que estes estrangeiros possuem para fomentar medidas de enfrentamento ao crime organizado, o pouco contato destas pessoas com os seus aliciadores e o fato de muitas vezes os agentes não integrarem nenhum tipo de célula criminosa acaba por colocá-los levemente num contexto delitivo, sem ter completo domínio da situação na qual foram inseridos.

Outra irregularidade na aplicação do Sistema Garantista e que gera, segundo o Defensor entrevistado, prejuízo na aplicação do ordenamento jurídico pátrio, está relacionado com um dos institutos mais importantes para o contexto penal moderno no Brasil. A audiência de custódia, por muitos vista como um grande avanço para um regime menos gravoso de punição, acaba não cumprindo seu papel de garantir a liberdade do indivíduo e preservar a integridade física e psicológica do acusado, permitindo que ele responda o processo em liberdade. Como estas pessoas não possuem endereço fixo, resta prejudicada a audiência de custódia, fazendo com que a grande maioria destes estrangeiros permaneçam por todo o processo penal, sofrendo um “adiantamento” de sua condenação. De forma bastante semelhante, outro instituto que resta prejudicado pela falta de um endereço fixo do réu é a progressão de pena ou regime de cumprimento diverso do fechado. Muito embora existam tratativas com as embaixadas dos países, o apoio material que elas dão aos seus nacionais presos no Brasil é bastante aquém da necessidade real destas pessoas.

A falta de diálogo e de apoio dos órgãos representativos de outros Estados no processo de instrução criminal dos presos estrangeiros leva a mais uma dificuldade, a de transferência deste preso. Embora seja um direito do preso, caso existam tratados de cooperação internacional ou acordos de reciprocidade entre dois estados, que o preso cumpra sua pena no seu país de origem, a realidade mostra que esse processo de transferência é bastante complicado, apesar do esforço da DPU em intermediar com as embaixadas e consulados sobre tal cumprimento, segundo o entrevistado, a assistência consular deveria ser, como o direito de cumprir a pena em seu país de origem, uma garantia subjetiva estendida ao preso e não uma mera formalidade. A temática de transferência também é discutida pela professora Armida Bergamini Miotto, já apontava a necessidade de se desenvolver novas normas e parcerias a fim de incentivar essa prática comutativa neste tipo de trabalho (MIOTTO, p. 130. 1986).

Por fim, o Defensor João Chaves apresentou uma dificuldade enfrentada posteriormente, a aplicação da pena, a “reinserção” dele na sociedade. O processo de acolhimento de um imigrante no Brasil já é de tremenda dificuldade, fato que é observado a bastante tempo e que foi trabalhado por diversos estudiosos e estudiosas nacionais, a exemplo da Dra. Julia Bertino Moreira, professora da UFABC, que em sua tese de doutorado tratou da diferença entre uma política de regulação migratória e uma política de migração:

Partimos da hipótese de que as decisões estatais brasileiras sobre refugiados se pautaram pela instituição de regras sobre a entrada no território nacional à medida que houve conexão do tema dos refugiados com outros fatores de interesse interno e externo, em contextos históricos específicos. Em contrapartida, não tiveram como foco as condições de vida dos refugiados após o ingresso no território nacional, buscando-se propiciá-las a partir da articulação com atores não estatais (instituições da sociedade civil e/ou organização internacional) (MOREIRA, 2012, p. 286).

A forma apresentada pela autora de criação de uma política de migração no Brasil é especialmente cruel quando tratamos dos estrangeiros em conflito com a lei, a estigmatização que o imigrante sofre por si só já é suficiente para impedir que ele se insira na sociedade, mas a partir do momento que ele também é taxado de “criminoso” fica então quase impossível a sua aceitação no meio social.

Observa-se que muitas vezes, apesar dessa não aceitação essas pessoas acabam sendo “jogadas” de volta à sociedade, fazendo com que elas se tornem ainda mais marginalizadas, tendo que morar nas ruas e erroneamente servindo como justificativa para um movimento de criminalização do processo migratório. A Defensora Ana Luiza Zago de Moraes, em sua tese de doutorado intitulada “Crimigração: A relação entre Política Migratória e Política Criminal no Brasil”, trata justamente deste processo de tornar o imigrante criminoso aos olhos da sociedade, fato que já não era tão distante da realidade.

Partindo de um contexto evolutivo da sociedade brasileira, percebe-se que ela deixou de ser um ponto de ocupação, saindo do contexto colonial, e passando a um destino migratório, sendo um possível trampolim social para pessoas marginalizadas da Europa. No primeiro momento dessa transição, devido à origem destes imigrantes⁹, houve pouco conflito,

⁹ Gilberto Freyre fala desse processo de transição e dos atritos entre estes imigrantes europeus e a “elite” brasileira do séc XIX em seu livro “Casa Grande e Senzala”, onde se percebe que, a despeito da existência de atrito, ainda não era possível vislumbrar um contexto de preconceito ou mesmo de xenofobia direcionado a estes imigrantes.

mas a partir do momento em que surgem novos fluxos migratórios, vindo principalmente de países pobres, vizinhos do Brasil, formou-se então um movimento de resistência, que tratava esses imigrantes como ameaça à ordem, a segurança e ao trabalhador nacional, como pontuava a Lei nº 6.815/1980¹⁰ em seu artigo 2º.

Essa realidade xenofóbica que tem cada vez mais se espalhado ao redor do mundo sofre um agravamento devido à forma como o estrangeiro é exposto pela imprensa, fato explorado pela pesquisadora Priscila Costa Pedroso, em sua dissertação de mestrado. Segundo a autora, as fontes da comunicação de massa, em sua grande maioria dominada pela elite oligárquica (criada pela transformação da sociedade brasileira descrita em Casa Grande e Senzala), ainda fomenta esse tipo de visão sobre os imigrantes:

O discurso contido e utilizado pela imprensa nacional é uma ferramenta importante para compreender qual papel social era (é) destinado ao imigrante no imaginário daqueles que possuíam ferramentas para produzir o discurso dos meios de comunicação. Ou mesmo, qual a papel social esperava-se que este ocupasse (ocupe). É fato que não existe uma narrativa uníssona sobre os diferentes temas abordados pelos veículos de comunicação, mas destacar parte deste discurso, produzido em sua maioria por uma elite dominante, visto que esta detinha e detém o monopólio dos grandes meios de comunicação, pode auxiliar na compreensão daquilo que era (é) considerado notícia, ou seja, passível da atenção daqueles que disseminam o discurso. (PEDROSO, p. 120-121, 2018)

Como já apresentado anteriormente, o processo de migração passa por uma transformação e que motiva a transição da política migratória nacional de um viés de incentivo, advindo da necessidade de “branqueamento” e de ocupação do território nacional (vivida entre o final do séc. XIX e início do XX) para uma política de controle, evitando que imigrantes, em sua maioria refugiados, possam adentrar e se inserir na sociedade brasileira. Essa realidade pode ser também observada dentro do livro “Canta, América sem fronteiras: Imigrantes latino-americanos no Brasil”, onde a autora Margherita Bonassi (p. 167-171. 2000.), relata a dificuldade de se tratar dos presos estrangeiros, devido justamente a essa política migratória.

¹⁰ Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. (Revogada pela Lei nº 13.445/2017)

5. CONCLUSÃO.

Diante destas exposições, percebemos como a efetivação de um Sistema Garantista - SG para o direito penal é difícil de se obter. O funcionamento pleno das normas penais, mesmo em países com alto grau de desenvolvimento econômico e social, é bastante complexo. Embora amplamente difundidos, os princípios gerais do direito penal, que estão diretamente ligados aos axiomas garantistas de Ferrajoli, não vêm sendo aplicados em um contexto geral do Brasil.

Percebe-se da argumentação deste trabalho que faltam no país políticas penais, voltadas exclusivamente para assegurar direitos e condições mínimas de tratamento para todos os presos. Devido à falta de estrutura carcerária, políticas educacionais e de desencarceramento no sistema brasileiro, vivemos num contexto de exceção dentro dos presídios brasileiros. Vários são os casos de descumprimento dos direitos humanos que foram levados às cortes internacionais, e mesmo diante desta realidade, ainda temos dificuldade em salvaguardar aos nossos nacionais o mínimo necessário para o tratamento digno durante o cumprimento de pena.

As dificuldades e o desrespeito só piora quando tratamos dos presos imigrantes, o processo penal brasileiro carece de políticas voltadas ao tratamento digno destas pessoas, que são forçosamente inseridas numa “subsociedade”, para cumprir a pena em um país diferente do seu, não sendo gerado ou obedecido, na maioria dos casos, nenhum tipo de compensação social ao ato praticado, haja vista que todo o processo de aliciação, planejamento e patrocínio da conduta se deu no estado de origem dessas pessoas.

Não se pode, contudo, excluir completamente a hipótese de que este estrangeiro tenha praticado um crime após a sua chegada no Brasil, muito embora os dados apresentados demonstrem que a realidade majoritária diz respeito a prisões por tráfico de entorpecentes. Percebe-se, no entanto, que os casos relacionados a prática de crimes “comuns” ou “locais” (como furto, roubo, homicídio, dentre outros) são bastante diminutos se comparados à opinião pública que rodeia os imigrantes como um todo. Devido a sua prévia marginalização, associada às condições precárias nas quais muitas destas pessoas chegam ao Brasil fugindo das mais variadas situações de adversidades que viviam em sua terra natal, os estrangeiros acabam sendo colocados como inimigos da sociedade, ameaçando seus empregos (pois iriam permear no mercado de trabalho informal, mais barato e vantajoso para o patrão), sua segurança e o *status quo* da sociedade, enchendo as ruas das cidades e causando uma demanda muito maior pelos serviços públicos.

Conclui-se o trabalho chamando a atenção para como o processo penal ao qual essas pessoas são submetidas permanece falho. Muito embora observe-se que existem avanços, principalmente no que diz respeito à tradução, que era um grande ponto de atenção na hipótese inicial, ainda restam melhorias a serem feitas para que exista um respeito pleno às garantias presentes no arcabouço jurídico atual. É um fato que permeia ainda na cabeça dos julgadores e promotores algumas constatações prévias de valores, que tornam a condução dos atos mais direcionadas a um processo autoritário do que garantista. Além disso, a concepção de igualdade (ou até mesmo de equidade) que é aplicada nestes casos acaba por gerar um prejuízo aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, sendo eles cerceados pela natureza intrínseca da situação.

É necessário neste contexto, que sejam incentivadas as práticas e políticas existentes para tornar o processo de conhecimento mais claro e compreensivo para os imigrantes, garantindo a eles uma maior chance de defesa. Ainda, se faz indispensável que seja desenvolvida e aprofundada a interação entre os órgãos governamentais, nacionais e internacionais e as instituições da sociedade civil, para que o apoio a estas pessoas possa ser dado de forma a garantir a humanização da pena e a dignidade do preso. Não obstante, se faz necessário, principalmente com relação aos casos de tráfico de drogas, criar e aprimorar os mecanismos de diálogo internacional e enfrentamento às organizações criminosas que promovem o aliciamento e patrocina as práticas cometidas pelos acusados imigrantes. Por fim, percebe-se a necessidade de se educar toda a população brasileira, desde os profissionais que trabalham no tratamento, triagem e processamento dos estrangeiros até os cidadãos comuns, para que o processo corra seu fluxo sem sofrer de vícios advindos do convencimento prévio ao real estudo de cada caso.

As políticas de migração e o processo penal aplicado para os estrangeiros devem ser tratados em conjunto, para evitar uma duplicidade no tratamento destes indivíduos e garantir o princípio da hospitalidade universal previsto não só na declaração universal dos direitos humanos, mas também na Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV e no *caput* do artigo 5º.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 13ª edição - Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª edição - Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BONASSI, Margherita. **Canta! América sem fronteiras**: Imigrantes latino-americanos no Brasil. São Paulo: Loyola, 2000.

BRASIL. **Lei nº 11.345, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm.
Acesso em: 08 maio. 2021

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980** - Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm.
Acesso em: 08 maio. 2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 30 maio. 2021.

BTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - Parte Geral I**. 17ª edição - São Paulo: Saraiva, 2012

CATO INSTITUTE. **Illegal Immigrant Incarceration Rates, 2010–2018**: Demographics and Policy Implications. 2018. Disponível em: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/illegal-immigrant-incarceration-rates-2010-2018-demographics-policy>. Acesso em 12 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça. CNJ:Brasília, 2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **REGRAS DE MANDELA** regras mínimas das nações unidas para o tratamento de presos. Brasília:CNJ, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Factsheet – Migrants in detention. 2021**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Fs_Migrants_detention_ENG.pdf. Acesso em 25 maio. 2021

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do garantismo penal**. 3ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREEDOM FOR IMMIGRANTS. **Detention by the numbers.** Disponível em: <https://www.freedomforimmigrants.org/detention-statistics>. Acesso em 15 abr. 2021.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** 52ª edição. São Paulo: Global, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. – 3. edição. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Vitor Gonçalves; NETO, Pedro Machado Ribeiro. **PRESOS ESTRANGEIROS NO BRASIL E O PROBLEMA DA SELETIVIDADE PENAL.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472796>. Acesso em: 04 abr. 2021.

HARTMANN, É. O. ; BORGES, G. R. ; ARAÚJO, J. A. A. . **TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES:** o fluxo no maior aeroporto internacional do Brasil - Aeroporto de Guarulhos. 1. ed. Curitiba: IFDDH - Instituto de Filosofia do Direito e Direitos Humanos, 2016. v. 1. 108p .

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Disponível em: <http://ittc.org.br/>. Acesso em 20 maio. 2021

INSTITUTO MIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/>. Acesso em 20 maio. 2021

LEÃO, André Carneiro. **Los nadies:** estrangeiros encarcerados no Brasil. In: OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda F.; MONTENEGRO, Marília. (Org.). Para além do Código de Hamurábi: estudos sociojurídicos. 1 edição Recife: Universitária, 2015, v. 1, p. 239-257.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17ª - São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua.** 9ª edição - Porto Alegre: LP&M Pocket, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Infopen - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 12. mar. 2021

MIOTTO, Armida Bergamini. **Presos estrangeiros;** preocupação da ONU. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 10, n. 1/2, p. 119-141, jan./dez.1986. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/11609/7620>>.

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

MOREIRA, Julia Bertino. **Política em relação a refugiados no Brasil** (1947 - 2010). 2012. Tese (Doutorado Ciência política) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, Campinas: IFCH, 2012.

PEDROSO, Priscila Costa. **Trajetórias Criminais: Quem são os imigrantes encarcerados em Curitiba e região**. Curitiba: UFPR, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª edição - Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2005.