

O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÕES

Ana Luisa Zago de Moraes

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No estudo das migrações, um aspecto que merece atenção é a tendência de criminalização dos imigrantes pelos Estados receptores e os mecanismos de direito internacional e do direito interno para coibir esse fenômeno. Daí porque o presente artigo pretende justamente abordar tais mecanismos e avançar na construção teórica do *princípio da não criminalização*, previsto expressamente na Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, e cujo alcance é diferente da previsão da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 (Estatuto dos Refugiados), que não se estende à totalidade migrações, conforme será analisado neste trabalho.

Antes disso, porém, é necessário esclarecer o significado de algumas palavras-chave fundamentais para atingir o objetivo proposto: política migratória, migrações forçadas, refúgio e política criminal.

Política migratória é um conjunto de medidas adotadas por determinado Estado para *controlar* o fluxo de pessoas através de suas fronteiras, bem como a permanência dos estrangeiros em seu território. Como o mundo segue ordenado em Estados soberanos, o imigrante é recebido, ora como invasor, ora como promotor do desenvolvimento, de acordo com o interesse estatal em cada momento. No entanto, a entidade Estado não se limita ao aspecto negativo de autoridade coatora sobre as pessoas num dado espaço, mas detém outro viés de extrema importância, que é o da proteção e do amparo ao indivíduo (Siciliano 2012: 5).

As políticas migratórias tendem a responder aos imperativos globais (os direitos humanos, o respeito às convenções, notadamente o direito de refúgio), mas também a múltiplas questões: a pressão da opinião pública, a exigência de *segurança*, a crença da concorrência no mercado do trabalho, o desejo de atrair as elites. Dessa contradição permanente, resulta um direito negociado, discricionário, que se traduz no cotidiano do tratamento de cada migrante (Wihtol de Wenden 2013: 12), e na própria dificuldade de traçar os contornos de uma “política migratória” no Brasil, seja na atualidade, seja no passado, a exemplo da concomitância entre políticas de acolhida humanitária e aquelas voltadas à seleção de boas correntes migratórias.¹

Em relação aos migrantes, sua classificação tradicional é feita com base na autonomia e na vulnerabilidade: (a) *migrantes voluntários*, ou seja, que vieram ao país por razões econômicas e sociais, como a busca de melhores condições de emprego e vida; e (b) *migrantes involuntários* (migração forçada) – normalmente relacionada a questões de sobrevivência – e, nessa classificação, podem ser inseridos os refugiados, os apátridas, os solicitantes de asilo², os deslocados internos, dentre outros. Porém,



pode haver migração forçada por desastres ambientais, e inclusive, pela falta de efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, motivo pelo qual, em casos específicos, a migração econômica também pode ser forçada (Jubilut 2005: 127-131).

Uma das críticas a essa classificação é justamente a de que a caracterização de migrações como *forçadas* sugere a existência de uma categoria de migrações *voluntárias*, incluindo automaticamente a migração por causas econômicas, por exemplo, o que é questionável, devido à profunda desigualdade da sociedade internacional.³ Além disso, todas as categorias referem-se a grupos humanos vulneráveis que carecem de proteção de um Estado, em maior ou menor medida e por diferentes razões. Assim, a distinção entre grupos de migrantes não é ontológica e estanque, devendo estar continuamente sujeita a críticas, em observância às transformações globais nos fluxos migratórios (Moraes 2015: 36).

A mera escolha dos termos (significantes) utilizados para definir a irregularidade da migração é muitas vezes feita para estabelecer determinadas posições políticas, uma vez que encerra juízos de valor e estabelece uma associação entre esse fenômeno e a criminalidade. Ademais, alguns autores defendem que a expressão “imigração ilegal” está incorreta em nível semântico, uma vez que a mobilidade humana não pode ser taxada de legal ou ilegal *a priori*, tampouco o fato de ingressar em um país, em desconformidade com as formalidades previstas em sua legislação sobre o controle de fronteiras, pode rotular o indivíduo como “ilegal” (Guia 2012: 90-120).

A expressão “irregular” tem sido proposta por diversos autores para evitar conotações xenófobas e de intolerância ligadas ao termo “ilegal”, assumindo uma certa neutralidade política. Mas outros defendem que ambos os termos encerram o mesmo significado, dando preferência à escolha de expressões diversas, conforme a especificidade da violação à Lei da Imigração (Guia 2012: 71). Exemplificativamente, quanto à ausência de documentação obrigatória, utilizar “indocumentado”, “sem documentos” ou “sem autorização”.

Os imigrantes indocumentados, clandestinos ou ilegais, conforme a expressão adotada, sofrem dupla discriminação: de uma parte, seus poderes jurídicos são muito escassos; de outra, sua vulnerabilidade social faz quase impossível a luta pela efetividade de seus direitos, e é comum a impunidade das violações a esses direitos (Santos 1998: 127). Segundo Boaventura, fazem parte de um Terceiro Mundo transnacional de pessoas que está crescendo, mas não constitui uma circunscrição eleitoral para efeitos de processos políticos no nível nacional, que se move em uma “terra de ninguém” desde o ponto de vista jurídico, e que vive experiências vitais modeladas pelo lado obscuro de uma economia global crescente cujas iniquidades são, em parte, garantidas pela existência das fronteiras nacionais⁴ e dos poderes coercitivos dos Estados que as vigiam, que vão desde as medidas administrativas de retirada compulsória até a criminalização da imigração em si. Assim, revelam as contradições mais profundas entre os poderes excludentes da soberania e a política



cosmopolita dos direitos humanos destinados a proteger as *novas vulnerabilidades transnacionais frente às novas impunidades transnacionais*.⁵

Política criminal, por sua vez, consiste no programa que estabelece as condutas que devem ser consideradas crimes e as políticas públicas para repressão e prevenção da criminalidade e controle de suas consequências. Sua elaboração é um meio pelo qual o Estado oferece respostas às expectativas, à insegurança e aos conflitos presentes no corpo social em um determinado contexto histórico (Dieter 2012: 12). Daí porque é comum a utilização indiscriminada do sistema penal com a finalidade de apaziguar os ânimos públicos e prevenir a prática de condutas rotuladas como desviantes, ou até mesmo *a própria imigração*, sem levar em consideração que, pela própria natureza de suas instituições (excludentes, estigmatizadoras, simbólica e materialmente violentas), não será capaz de, por si só, controlar os fluxos migratórios, as inseguranças e manter a paz social.

SITUANDO O DEBATE SOBRE A NÃO CRIMINALIZAÇÃO: A CRIMINOLOGIA DA MOBILIDADE OU “CRIMIGRAÇÃO”

A análise da criminalização das migrações tem sido realizada, na atualidade⁶, por estudiosos da “crimigração” – ou da “criminologia da mobilidade” (Pickering e Bosworth 2017), sendo que essa última denominação é a menos utilizada, porém predomina na Austrália.

A expressão “*crimmigration*” foi cunhada por Juliet Stumpf em 2006 (Clark Law School, USA), para descrever a criminalização das migrações nos Estados Unidos (Stumpf 2006: 367–419). Posteriormente, Maria João Guia traduziu para o português e, em 2011, publicou um artigo na Revista Liberdades sobre a criminalização dos migrantes em Portugal (Guia 2012: 109). Ambas as autoras coordenam uma rede de pesquisadores, o CINETS, que monitoram a relação entre as políticas migratórias e as políticas criminais em diversos locais do mundo.

Stumpf e Guia partem do pressuposto que as leis de imigração e a legislação criminal têm várias características em comum, capazes de gerar a indistinção prática entre ambas as áreas do direito: tanto a legislação criminal quanto a legislação migratória promovem a distinção entre *insiders* e *outsiders* e, portanto, as duas são sistemas de inclusão e de exclusão, que distinguem categorias de pessoas (inocentes *versus* culpados, admitidos ou excluídos, legais ou ilegais).⁷

Adequando as teorias anteriores à realidade brasileira, pode-se definir “crimigração” como: (a) a *criminalização do ato de migrar*, em especial da imigração indocumentada), em destaque na Europa e nos Estados Unidos; (b) mas também a *própria ampla relação entre política criminal e migratória*: (i) *o direito migratório a serviço do direito penal*: a transferência para o direito administrativo de sanções antes restritas ao direito penal (como a expulsão, que no Código Penal de 1890 era uma pena) e aplicação de sanções tipicamente penais, como a prisão; a competência da Polícia Federal para admitir o ingresso, permanência e naturalização de indivíduos, bem



como para receber solicitações de refúgio; a expulsão para indivíduos que cometeram crimes comuns; (ii) *o direito penal como reforço do controle de fronteiras*: a criminalização do contrabando de imigrantes, do reingresso de estrangeiro expulso, dentre outros (Moraes 2016).

Nessa relação, deve-se levar em consideração que frequentemente a legislação migratória e a criminal impõem ao indivíduo sanções para a mesma ofensa: primeiramente, a prisão criminal e, posteriormente, a expulsão ou a deportação, resultado muitas vezes mais grave do que a prisão e também submetido a processo. Muitas vezes, os efeitos do direito migratório são mais graves do que o do direito penal, como a expulsão com efeitos perpétuos, a impossibilidade de regularização migratória em virtude dos antecedentes criminais, ao ponto do imigrante nessa condição não ter quase nenhum direito (Moraes 2016).

A NÃO CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Na ONU, a Convenção para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, adotada pela Assembleia Geral de 1990, previu a obrigação de os Estados atribuírem aos trabalhadores migrantes *documentados e indocumentados* uma série de direitos civis, sociais e laborais, que incluem, dentre outros, o acesso à justiça, à saúde e à educação para crianças; as liberdades de expressão e de culto; o direito a participar dos sindicatos e ter direitos trabalhistas equiparados aos trabalhadores nacionais. A ideia-chave dessa convenção é simples: *todos os trabalhadores migrantes e suas famílias devem gozar e exercer direitos, independentemente de sua condição migratória* (United Nations 1990).⁸

A Convenção especificou ainda o *direito ao devido processo legal em matéria penal* (art. 18): *presunção de inocência* (que se aplica também à liberdade provisória, uma vez que a presunção de inocência não pode culminar em execução antecipada de pena); direito à comunicação, em *idioma que compreenda*, da natureza e o dos motivos das acusações formuladas; a dispor de tempo e de meios necessários a ser julgado num *prazo razoável*; à *ampla defesa*, que implica produzir provas, se comunicar e ser acompanhado de um advogado de sua escolha e, caso queira, ser defendido por defensor custeado pelo Estado, sem encargos, se não tiver meios suficientes para os suportar; a beneficiar-se da assistência gratuita de um intérprete, se não compreender ou falar o idioma utilizado pelo tribunal; a não produzir provas contra si mesmo; a recorrer da decisão para um tribunal superior; a indenização em caso de erro judiciário; a não ser processado pelo mesmo fato pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado.

A Convenção, em seu art. 56, *veda a expulsão do trabalhador migrante*, exceto por razões definidas na legislação nacional, e sem prejuízo das garantias já mencionadas. Acrescenta que, na consideração da expulsão de um trabalhador migrante ou de um membro da sua família, *devem ser tomadas em conta razões de natureza humanitária e o tempo de residência da pessoa interessada*, até esse momento,



no Estado de emprego. O art. 22 prevê que não podem ser objeto de medidas de expulsão coletiva, e que cada caso deverá ser examinado e decidido individualmente pela autoridade competente, em conformidade com a lei. Acrescenta que a decisão, escrita e fundamentada, deve ser comunicada aos interessados em idioma que compreendam, inclusive para que possam recorrer com efeito suspensivo, *salvo imperativos de segurança nacional*, e se a decisão não for de uma autoridade judicial e definitiva. Além disso, se a decisão de expulsão já executada for subsequentemente anulada, é cabível indenização.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, para efeito da qual “[...] pessoa é todo ser humano” (art. 1º, item 2), dispõe sobre mecanismos de vedação de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º, item 2), de prisões arbitrárias (art. 7º, item 3), e prevê diversas garantias judiciais (art. 8º). Em seu art. 22, também reproduz o direito de toda pessoa a sair de seu país, e acrescenta que o estrangeiro que tiver ingressado legalmente poderá ser expulso somente em “[...] cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei”. No mesmo artigo, vedou a expulsão coletiva de estrangeiros e previu a *impossibilidade de expulsão ou entrega a outro país, seja ou não de origem*, “[...] onde o direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”, vedação esta que se identifica com o princípio do *non-refoulement*.⁹

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao ser provocada pelo México, em 2002, para se manifestar sobre os limites à faculdade que os Estados têm de estabelecer suas políticas migratórias e os direitos laborais dos migrantes indocumentados, ajudou a construir essa resposta. Na Opinião Consultiva nº 18/03, a Corte mencionou ser obrigação dos Estados a *determinação de suas políticas migratórias unicamente à luz dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos*, e dos *princípios da igualdade e não discriminação*, que fazem parte do domínio do *jus cogens*. Acrescentou que as distinções entre nacionais e migrantes, sejam eles documentados ou indocumentados, devem ser objetivas, proporcionais e razoáveis. Assim, apontou *limites às políticas migratórias*, e concluiu que a situação migratória irregular não é fator limitador ou capaz de enfraquecer esses princípios.

No informe sobre migrações nos Estados Unidos, recomendou que as *instalações de detenção perto de centros urbanos, para assegurar que os detidos tenham acesso à defesa legal*, nunca em locais longínquos, muito menos fora do território nacional. Por fim, a CIDH afirmou que *o Estado deve eliminar a aplicação da deportação sumária para todas as pessoas em situação de vulnerabilidade e os solicitantes de refúgio que demonstrem temor fundado no momento de sua primeira entrevista, na fronteira ou outro ponto de entrada*. Da mesma forma, recomendou que o Estado elimine a deportação sumária para imigrantes abordados a 100 milhas da fronteira internacional e após 14 dias de sua entrada no país. Nesses casos, referiu que o Estado deveria comprovar que o imigrante estava há menos de 14 dias no país, e não o contrário. Além disso, mesmo que consentisse com a deportação, deveria ser garantido à pessoa detida a



oportunidade de consultar um Defensor Público ou advogado antes de dar seu consentimento definitivo (OEA 2010).

Já no Informe sobre Direitos Humanos de Migrantes, Apátridas, Vítimas de Tráfico de Pessoas e Deslocados Internos (OEA 2015), a Comissão trouxe elementos considerados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no momento e ponderar o direito de uma pessoa permanecer em um Estado do qual não é nacional – elementos esses a serem ponderados com a faculdade do Estado de expulsar o estrangeiro. São esses: (a) a idade que tinha o imigrante não nacional quando emigrou ao Estado recipiente; (b) o tempo de residência no país recipiente; (c) os vínculos familiares no Estado recipiente; (d) o alcance dos danos causados à família do deportando em virtude da deportação; (e) as contribuições à sociedade onde vive; (f) o alcance dos vínculos no seu país de origem; (g) a capacidade do para falar os idiomas principais de seu país de origem; (h) a gravidade do delito cometido; (i) a idade no momento em que cometeu o delito; (j) o período transcorrido desde que cometeu o delito; (l) provas da ressocialização após a atividade criminal; (m) os esforços realizados para obter a nacionalidade no Estado recipiente.¹⁰

O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÕES

A não criminalização é um princípio previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 13.445/2017: “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios: [...] III – *não criminalização da imigração*”. Esse princípio se adéqua às recomendações e informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos supramencionadas, bem como é característico de legislações migratórias que visam à proteção dos direitos humanos, superando o paradigma securitário presente em legislações como o atual Estatuto do Estrangeiro (Moraes 2016).

Da análise da nova lei, este princípio pode-se dividir em quatro subprincípios: (a) não criminalização das migrações; (b) não discriminação no processo penal e execução penal de crimes comuns; (c) devido processo legal nas medidas de retirada compulsória; (d) não aprisionamento de migrantes com fundamento no seu status jurídico.

a. A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES

Atualmente, são *crimes próprios de estrangeiros* aqueles já previstos antes do término da ditadura civil-militar brasileira, como o delito de reingresso daquele que foi expulso, disciplinado pelo art. 338 do Código Penal de 1940, e o crime de fraude de lei sobre estrangeiro (art. 309 do Código Penal) que prevê “[...] usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu”.



Além da previsão de dois tipos penais no Código, o Estatuto do Estrangeiro de 1980, no art. 125, ao tratar das infrações e penalidades, prescreve, em seu inciso XII, que é tipificada penalmente a introdução de estrangeiro clandestinamente ou a ocultação de estrangeiro irregular (apenada com detenção, de um a três anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão); no inciso XIII, também é crime fazer declaração falsa em “[...] processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, *laissez-passer*, ou, quando exigido, visto de saída” (pena de reclusão de um a cinco anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão).

Já o inciso XI, do art. 125, constitui infração penal a violação dos arts. 106 e 107 do Estatuto (apenada com detenção, de um a três anos). O conteúdo desses artigos, que tratam das vedações ao estrangeiro, dentre elas participar de administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada; prestar assistência religiosa a estabelecimentos de internação coletiva, inclusive prisões; ser proprietário de navio nacional, de empresa jornalística, ou de aeronave brasileira; ser portador de permissão para explorar recursos minerais, leiloeiro ou despachante aduaneiro (art. 106). Consta ainda vedação expressa do exercício de qualquer atividade de natureza política (incisos I, II e III, do art. 107).

Tais dispositivos não podem ser considerados recepcionados pela Constituição da República de 1988, uma vez que esta assegurou ao estrangeiro a liberdade de associação sindical, de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), bem como a liberdade de reunião (art. 5º, XVI), sem olvidar a expressa previsão da liberdade religiosa (art. 5º, VI) e da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros (art. 5º, *caput*).

Certo é, no entanto, que se aplicando literalmente as disposições dos arts. 106, 107 e 125, o imigrante será denunciado, processado e condenado, e o trânsito em julgado da sentença condenatória pode gerar a expulsão e, conseqüentemente, a vedação do seu reingresso. Assim, a manutenção desses dispositivos no ordenamento jurídico gera insegurança ao imigrante, uma vez que, a despeito da inconstitucionalidade e dos poucos inquéritos policiais instaurados, até mesmo os inquéritos culminam em prisões em flagrante de imigrantes que buscam a regularização migratória perante a Polícia Federal.

Em maio de 2016, a professora de Direito da UFMG, Maria Rosario Barbato, de nacionalidade italiana, recebeu uma intimação da Polícia Federal para depor sobre supostas atividades sindicais e políticas, ambas vedadas pelo Estatuto do Estrangeiro.¹¹

Daí porque a nova lei, em seu art. 4º, revogou expressamente tais vedações e previu que ao migrante é garantido, além dos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos, do direito à liberdade de circulação em território nacional, também o “direito de reunião para fins pacíficos” e o “direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos”.



Em relação aos dispositivos criminalizadores, previu nova redação ao delito do “coiote”, criminalizando apenas aquele que promover a entrada irregular de imigrante com o fim de obter vantagem econômica (art. 232-A, do Código Penal), com pena mínima de dois anos de reclusão e máxima de cinco, majorando a de um sexto a um terço se o crime é cometido com violência ou se a vítima é submetida a condição desumana ou degradante. Esse dispositivo deve ser analisado em conjunto com a Lei do Tráfico de Pessoas (Lei nº 13.344/2016), que atribui penas mais altas ao traficante de pessoas – que se diferencia, quando o fim é o transporte de pessoas, pelo uso de grave ameaça ou violência – residência permanente às vítimas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial.

Pelo texto da nova lei, a residência poderá ser autorizada, mediante registro, à pessoa que se encontre em uma das seguintes situações: “ter sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória” (art. 30), em consonância com a garantia de “IV – medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos” (art. 4º).

Decorre do princípio da não criminalização, para além da revogação de dispositivos criminalizadores pelo simples fato de ser migrante, o reconhecimento da vulnerabilidade do migrante irregular, em especial aquele vítima de tráfico de pessoas, mas também daquele que sofreu outras violações de direito agravadas por sua condição migratória.

b. NÃO DISCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL DE CRIMES COMUNS

Esse subprincípio é muito importante porque as tendências político-criminais no Brasil atual que mais repercutem na criminalização do estrangeiro não são os *crimes próprios* destes, com penas que os sujeitam à justiça negociada, mas outros *crimes comuns* e a *discriminação durante o cumprimento da pena* (principalmente para estrangeiros presos por tráfico de drogas).¹²

A quantidade de pessoas estrangeiras em privação de liberdade no Brasil, principalmente por tráfico de drogas, deve-se também à dificuldade de concessão da liberdade no curso do processo, de obtenção de progressão de regime e do livramento condicional, devido à *cultura punitiva* relacionada ao tráfico de drogas, mormente o internacional, consoante já analisado anteriormente.

Além disso, ignora-se que o preso estrangeiro tem os mesmos direitos que o brasileiro¹³, dentre eles a garantia constitucional de acesso à justiça e às Defensorias Públicas, a presunção de inocência, o trabalho e a remição pelo trabalho¹⁴, o estudo e a remição pelo estudo, a liberdade religiosa e de culto, a saúde e a higiene, a saída temporária, a visitação, inclusive visita íntima, a tradução em seu idioma de origem, a assistência consular. Os estrangeiros têm direito ainda à progressão de regime e ao livramento condicional.



O que ocorre na prática, no entanto, é a projeção dos efeitos da decretação de expulsão sobre o cotidiano do cumprimento da pena de indivíduos não nacionais, afetando o direito de usufruírem do sistema progressivo de cumprimento da pena e ainda antecipando seu cumprimento e violando o princípio da presunção de inocência ao negar a liberdade provisória (Souza 2007: 206). A posição clássica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aliás, é justamente no sentido da impossibilidade de concessão de qualquer forma de progressão na execução da pena em benefício do estrangeiro condenado criminalmente no aguardo de eventual expulsão já decretada ou no curso de processo expulsório em tramitação, sob pena de frustrar-se a própria ordem de expulsão (utilizando-se de uma “presunção de fuga”) e de garantir a progressão a quem não pode trabalhar lícitamente no Brasil (Cahali 1983: 218).¹⁵

Contrariando essa tendência, há recentes julgados favoráveis à progressão de regime dos presos estrangeiros. O Superior Tribunal de Justiça, flexibilizando sua posição tradicional, já se manifestou no sentido de que a situação irregular de estrangeiro no País não é circunstância, por si só, apta a afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros e “[...] a possibilidade de fuga e, conseqüentemente, de frustração do decreto de expulsão não justifica o indeferimento do pedido da progressão ao regime semiaberto”.¹⁶ Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, entendeu que o fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no País e ser objeto de processo de expulsão não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.¹⁷

Apesar de alguns julgados favoráveis, os juízes, em primeira instância, costumam negar a progressão de regime. Um dos fundamentos para a manutenção do regime fechado é que o art. 114 da Lei de Execução Penal impõe algumas obrigações para a progressão, dentre eles que o preso esteja trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente (inciso I).

O livramento condicional exige mais requisitos do que a progressão, dentre eles “[...] obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho” (arts. 131 e 132 da Lei de Execução Penal), motivo pelo qual, em regra, é negado pelos tribunais pátrios, sob o argumento de que não há possibilidade de o estrangeiro exercer ocupação lícita e firmar residência por estar irregular no País. Para reverter tal posicionamento, faz-se necessário, além das alterações jurisprudenciais já mencionadas, a interação entre diversas instituições, no intuito de abrigar os imigrantes em locais apropriados, que forneçam atividades equiparadas à “ocupação lícita” e que possibilitem a ele prover seu próprio sustento (assistência transdisciplinar).¹⁸

A mesma dificuldade é encontrada para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, benefício, em regra, também negado pelos juízes monocráticos e tribunais brasileiros nos casos de estrangeiros acusados de tráfico de drogas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe pena restritiva de direitos para o delito em referência e, no caso de um estrangeiro condenado por esse delito,



declarou: “[...] porque (i) a ele foi fixado o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena; (ii) inexistente decreto de expulsão em seu desfavor; e (iii) na visão das instâncias inferiores, preenche os requisitos do art. 44”.¹⁹

O acesso ao mercado formal de trabalho exige programas de assistência ao egresso, uma vez que é muito provável que o não nacional não tenha um posto de trabalho anterior, tampouco domínio do idioma. Exige ainda documentação, como a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e o Cadastro Nacional de Pessoa Física (CPF) e, em última análise, a permanência regular no Brasil. Da mesma forma, tais documentos são exigidos para formalizar um contrato de aluguel de imóvel e para outras atividades da vida civil. Assim, as exigências esbarram na apreensão dos passaportes por ocasião da prática do delito, bem como na inviabilidade da regularização migratória do estrangeiro que comete crime no Brasil.

Um passo para resolver a questão e possibilitar a concessão dos benefícios relacionados ao sistema progressivo de cumprimento da pena foi a Resolução Normativa nº 110, de 10 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Imigração, que autorizou a concessão de *permanência em caráter provisório, a título especial, com fins de estabelecimento de igualdade de condições de cumprimento das penas por estrangeiros*.²⁰ A Resolução foi regulamentada pela Portaria nº 6, de 30 de janeiro de 2015, que previu que o Departamento de Estrangeiros expedirá a permanência provisória, e que esta não depende de ordem judicial, bastando a comprovação da condição de preso estrangeiro, e poderá ser postulada pela Defensoria Pública da União, independentemente de procuração.²¹ A partir da permanência, poderá ser obtido o Registro Nacional de Estrangeiro e, com este, facilitar a expedição da CTPS, do CPF e de outros documentos necessários à vida além do cárcere.

A Lei nº 13.445/2017 enfrenta a questão e, como corolário da não criminalização, prevê expressamente, em seu art. 54, § 3º: “O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento de pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.”

Em relação à residência permanente, também a previu expressamente: “Art. 57. Regulamento disporá sobre as condições especiais de autorização de residência para viabilizar medidas de ressocialização a imigrante e visitante em cumprimento de penas cominadas ou executadas em território nacional.”

Para além de tais medidas, não se ignora que a *descriminalização das drogas*, a efetiva implantação das *audiências de custódia*, a *assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública* e também a *assistência consular* também podem repercutir no número de encarceramentos e de concessão dos benefícios inerentes à progressão de regime. Esta última está prevista nos arts. 5º e 36, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963; e o Brasil, como parte da Convenção, deve facilitar o exercício das funções consulares, inclusive comunicando acerca da prisão –



exceto dos solicitantes de refúgio ou refugiados, uma vez que estes não gozam da proteção de seu Estado, devido à perseguição que motivou o pedido de acolhida-, bem como recebendo comunicações no caso de brasileiros presos no exterior.²²

c. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

O devido processo legal é princípio constitucional (art. 5º, LIV, da CRFB), bem como está previsto em diversos tratados internacionais e não há controvérsia quanto à sua aplicação ao direito migratório, conforme acima exposto. A nova Lei de Migrações, por sua vez, em seu art. 46, previu expressamente que as medidas de retirada compulsória preservarão, “o disposto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, e nos instrumentos e mecanismos de proteção aos apátridas ou que tratem de situações humanitárias, além de outras disposições legais, convenções, tratados e acordos internacionais”.

A Lei nº 13.445/2017 previu, ainda, o “repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas” (art. 3º, XXII), além do já citado direito à liberdade de circulação em território nacional, acrescentando o “direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em residência” (art. 4º, XV).

Quanto à expulsão, previu expressamente que decorrerá de procedimento que garanta o contraditório e a ampla defesa, e que a Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído (art. 58). Acrescentou que a presunção de inocência se aplica também à expulsão ao dispor que o expulsando cujo processo esteja pendente de decisão, estará em situação migratória regular (art. 59).

A partir da nova lei, as causas de expulsabilidade se tornam taxativas e restritas aos crimes graves, como de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma, e crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional (art. 55), atendendo às recomendações da CIDH. O impedimento de reingresso decorrente da expulsão, antes perpétuo, passa a ser por prazo determinado (art. 55), observando-se a determinação do prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão observará a proporcionalidade em relação ao prazo total da pena cominada e nunca será superior ao dobro de seu tempo (art. 54, § 4º).

As causas de inexpulsabilidade se amplificam para além das atuais (cônjuge ou filho brasileiro) para abranger também aquele que tiver ingressado no Brasil até os doze anos de idade, residindo desde então no País; ou for pessoa com mais de setenta anos que resida no país há mais de dez anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão (art. 55), também atendendo às recomendações da CIDH.



A nova lei traz a distinção definitiva entre a expulsão, restrita aos condenados criminalmente, e a deportação, decorrente de procedimento administrativo em face do imigrante se encontrar em situação migratória irregular em território nacional (art. 50). Entretanto, também impõe o devido processo legal à deportação, ao prever expressamente que seu procedimento deve respeitar o contraditório e a ampla defesa (art. 48).

d. O NÃO APRISIONAMENTO DE MIGRANTES COM FUNDAMENTO NO SEU STATUS JURÍDICO

O aprisionamento “administrativo”, seja para fins de expulsão, seja para fins de deportação ou até mesmo para repatriação – como são algumas detenções na “zona do conector” do Aeroporto Internacional de Guarulhos – é uma prática que ainda ocorre no Brasil e com pouca visibilidade justamente por ser uma “medida administrativa” (Moraes 2016).

Exemplo foi a prisão, no Paraná, em novembro de 2016, de três imigrantes da República da Guiné, um deles com 17 anos, que chegaram ao Brasil no Porto de Paranaguá e não lhes foi oportunizada a solicitação de refúgio. A jornada dos guineanos durou 14 dias no Oceano Atlântico, 11 deles escondidos no leme de um navio com bandeiras da Libéria e Filipinas. Os três imigrantes foram detidos pela Polícia Federal, e dois deles encaminhados à Penitenciária Estadual de Piraquara II (PEP II), e o menor de idade foi encaminhado ao Conselho Tutelar. Em nenhum momento houve orientação sobre a solicitação de refúgio e abrigo e a prisão para fins de deportação perdurou quase dois meses, tendo sido relaxada por ordem judicial em *habeas corpus*.²³

Daí porque a importância da alteração legislativa que prevê a necessidade de constar que o Delegado de Polícia Federal representar perante juízo federal as medidas necessárias para efetivar a deportação ou a expulsão (art. 48), bem como da revogação da prisão administrativa para fins de expulsão e de deportação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional dos Refugiados age na proteção do refugiado desde a saída do seu local de residência, no trânsito de um país para outro, até a concessão do refúgio no país de acolhimento e eventual término (Ramos 2014: 143). Além disso, o Brasil vem despontando como país emergente no tocante a admissão e acolhida de refugiados, mediante vários níveis de proteção: além da ratificação, no período estudado anteriormente, da Convenção de 1951, relativa ao Estatuto de Refugiados e seu Protocolo de 1967 (sistema global), aderiu à Declaração de Cartagena de 1984 (sistema regional)²⁴ e promulgou a Lei nº 9.474/1997 (âmbito nacional).



A Lei nº 9.474 já previa a não criminalização dos refugiados e dos solicitantes do refúgio em seus arts. 8º e 10, em que, respectivamente, determina que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para solicitar refúgio às autoridades competentes (art. 8º), e que a solicitação suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem (art. 10). Acrescenta, ainda, que se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento (art. 10, § 1º). Além disso, também dispõe sobre a não devolução do solicitante de refúgio ou refugiado ao prever que este não será expulso (art. 36) e, se o for por motivos de segurança nacional ou de ordem pública, não poderá ser enviado para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco (art. 37).

Ao lado da proteção aos refugiados estão os mecanismos de *proteção complementar*, situação sequer prevista na legislação brasileira da década de 80 do século passado, tampouco alvo de políticas públicas, e aplicável, por exemplo, aos haitianos que ingressaram no Brasil a partir de 2010. O mecanismo, inicialmente condicionado às cotas de entrada para nacionais do Haiti²⁵, foi implantado pela Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012, que dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti, considerando que o Conare não atribuiu a estes o *status* de refugiado.²⁶

Para os migrantes forçados não reconhecidos como refugiados pela ausência do elemento “perseguição”, o art. 10 do Estatuto dos Refugiados e o princípio da não criminalização decorrente da Lei nº 9.474 não têm sido aplicados, sequer por analogia. Daí porque a *afirmação do princípio da não criminalização das migrações no Brasil a partir do direito internacional e da nova lei de migrações*.

Assim, o ascendente ingresso de imigrantes no Brasil, sejam eles reconhecidos como refugiados, sejam eles reconhecidos como migrantes econômicos, além de agregar mais desafios para a política migratória brasileira globalmente, também exigem o desenvolvimento de medidas descriminalizadoras para além da Lei de Refúgio, como é o princípio da não criminalização e seus desdobramentos.



¹ Em relação à atualidade, a permanência de uma legislação dos tempos da ditadura civil-militar e o poder regulamentar do Conselho Nacional de Imigração contribui para essa “plasticidade” e para a própria discussão se existe, ou não, uma política migratória brasileira. Filio-me à posição de que é possível definir uma política migratória brasileira, ainda que por sua própria “plasticidade”.

² Para vários doutrinadores, asilo e refúgio são termos considerados equivalentes. Em alguns países da América Latina e, em especial, no Brasil, os termos designam institutos diferentes, com características distintas, apesar do contexto comum no qual os dois convivem: o acolhimento daquele que sofre uma perseguição (ao menos na conceituação clássica do refúgio) e que, portanto, não pode continuar vivendo no seu local de nacionalidade ou residência. Esse contexto de acolhida marca o gênero denominado “asilo em sentido amplo”, que consiste no conjunto de institutos que asseguram o acolhimento de estrangeiro que, em virtude de perseguição sem justa causa, não pode retornar ao local de residência ou nacionalidade. Suas espécies são: a) “asilo político”, que se subdivide em “asilo territorial”, “asilo diplomático” e “asilo militar” (Ramos 2011: 15); b) refúgio, cujas características já foram analisadas em outros artigos desta obra, inclusive no que concerne à concessão, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos ou a exigência de perseguição.

³ Bauman (2003) aponta que, com o advento da modernidade, a própria injustiça mudou de sentido, e hoje significa “[...] ser deixado para trás no movimento universal em direção a uma vida cheia de prazeres [...], uma vez que a proclamação do prazer e a felicidade como propósito supremo de vida são características da sociedade atual, assim como a promessa dos detentores do poder de garantir as condições que permitam um crescimento contínuo e persistente do total disponível de prazer e felicidade (Bauman 2003: 75-76).

⁴ As fronteiras, no sentido de limites espaciais que delimitam o território de um Estado, aliás, não estão prestes a desaparecer, assim como os próprios Estados, que ainda são os maiores atores na cena internacional e global. Essa manutenção, por um lado, não deixa de ser positiva à democratização e à própria expansão do humano, uma vez que a demarcação é uma garantia contra o totalitarismo securitário do Império, que também clama por dispositivos de fronteira como barreiras de exclusão, que também não deixam de ser “margens” entre o centro dominador e a periferia dominada. Segundo Rui Cunha Martins, a questão da demarcação é esta: “[...] quando não a produzimos, isso não quer dizer que essa demarcação inexistente, ou que deixamos a tarefa aos que eventualmente não se realizam com critérios não democráticos, sejam eles de ordem moral ou totalitária” (Martins 2008: 229; Bauman 2003: 21).

⁵ As migrações forçadas não somente se caracterizam como práticas ilegais dos Estados, pois violam a liberdade de ir e vir, mas também porque violam o direito humano ao desenvolvimento, enquanto processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição dos benefícios daí resultantes (Jubilut 2005: 135).

⁶ Importante referir que, já na primeira metade do século XX, por exemplo, a Escola de Chicago desenvolveu pesquisas sobre a conexão entre desorganização social em grandes centros urbanos – causada, dentre outros fatores, sobre a “onda” desordenada de imigrantes e o também imprevisível processo de assimilação e integração – e comportamento criminoso como resultado desses fenômenos. Esses estudos comprovaram que, na prática, a imigração não implica o aumento da criminalidade, principalmente da criminalidade violenta (homicídio, roubo, violação e ofensas à integridade física). Pelo contrário, por exemplo, Robert Sampson concluiu que a relação é inversa, ou seja, imigrantes tendem a cometer menos crimes com uso de violência. Assim, nos Estados Unidos, a imigração não só não contribuiu para o aumento da criminalidade,



como também para o decréscimo da criminalidade (Sampson 2008). Sampson analisou o processo de integração dos imigrantes com o local de destino, bem como seus comportamentos desviantes, e chegou à conclusão de que a primeira geração tende a evitar tais comportamentos, o que pode ser devido ao medo da deportação e das penas rigorosas. O fato é que, segundo seus estudos, a primeira geração de imigrantes praticou 45% menos crimes violentos do que a terceira. Nesse sentido também: Rumbaut 2007; Guia 2010.

⁷ Segundo Howard Becker, autor importante sobre a sociologia do desvio das décadas de 60 e 70 do século XX, o *outsider* é aquele que se desvia das regras do grupo, sendo que, assim como essas regras são criadas pela sociedade, o próprio desvio também o é. Logo, o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso, e o comportamento desviante é aquele que as pessoas determinam como tal. As pessoas rotuladas como desviantes têm em comum, além desse estigma, as experiências de serem rotuladas dessa forma. Esse “rótulo” possui graus, a depender de quem comete o desvio e de quem se sente prejudicado por ele: a própria lei é aplicada diferentemente para cada pessoa, a depender de raça, gênero e condição econômica, tanto do infrator quanto do ofendido (Becker 2008: 17–25).

⁸ Organização das Nações Unidas. Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Assembleia-Geral da ONU pela Resolução no 45/158, de 18 de Dezembro de 1990. In: BRASIL. Mensagem ao Congresso Nacional nº 696, de 13 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>>. Acesso em 8 de abril de 2017. A Convenção entrou em vigor em 1º de julho de 2003, 13 anos depois de aprovada pela Assembleia Geral da ONU, quando o 22º instrumento de ratificação foi obtido, sendo todos esses provenientes de Estados em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, com exceção da Turquia. Aliás, atualmente ainda é o tratado de direitos humanos com o menor número de ratificações: são 48 Estados-partes, nenhum dos grandes países de acolhimento de imigrantes. O Brasil, inclusive, ainda não cumpriu a sua tarefa de internalização e, pelo rito escolhido, não a recepcionará com *status* de emenda constitucional.

⁹ A não devolução (*non-refoulement*) consta na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (art. 33) e, simultaneamente, na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (art. 3º) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.8 e 9).

¹⁰ OEA. Derechos humanos de migrantes... (2015: 177). O Informe concluiu, em consonância com os estudos de “crimigração” supramencionados, que a detenção migratória representa uma forma de criminalização da imigração e, em virtude e disso, deve-se atentar às garantias processuais. Acrescentou, ainda, que a violação de leis migratórias nunca pode ser, por si só, equiparável à violação de leis penais, e que a primeira resposta à migração irregular nunca pode ser a detenção, já que a as medidas de privação de liberdade devem ser restritas às situações que lesionem bens jurídicos fundamentais (OEA 2015: 191).

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Superintendência Regional da Polícia Federal em Minas Gerais. Ofício nº 2827/2016 – IPL 0310/2016–4 SR/DPF/MG. Belo Horizonte, 07 abr 2016. Consta na intimação que a professora “é estrangeira e está militando em sindicatos e partidos políticos no território nacional, sendo que deverá prestar esclarecimentos no interesse da Justiça”.

¹² No ano de 2014, segundo dados da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, 81% dos estrangeiros tinham como motivo da prisão o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006), ao passo que apenas 13% tinham como motivo crimes contra o patrimônio, e 1,4%, crimes contra a vida. Os dados foram fornecidos pela Assessoria de Imprensa da Secretaria da Administração Penitenciária, em 10 de dezembro de 2014: 2.078 presos estrangeiros (1.559 homens e 519 mulheres) no Estado de São Paulo, sendo 1.692 presos pelo delito de tráfico de drogas (1.203 homens e 484 mulheres). No âmbito nacional, o total de presos estrangeiros em julho de 2013 era de 3.191, e o percentual de presos por tráfico de drogas é de aproximadamente 90%. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/acesso-a->



informacao/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2014.

¹³ Além das previsões constitucionais e de direito internacional mencionadas, a não discriminação é um dos princípios essenciais das Regras Mínimas do Tratamento de Prisioneiros (United Nations 2005).

¹⁴ Nas unidades prisionais em que não há oficinas de trabalho, qualquer outra atividade diária, constante e com horário, deve ser considerada para fins de remição, uma vez que é dever do Estado disponibilizar trabalho.

¹⁵ Cahali traz diversos julgados do STF e do STJ nesse sentido. Da mesma forma, Artur de Brito Gueiros Souza comenta, dentre outros julgados, o *Habeas Corpus* nº 56.311, em que o STF decidiu que “[...] o estrangeiro deve aguardar o integral cumprimento da pena, sem direito à progressão ao regime semiaberto”. Acrescentou, quanto ao livramento condicional, que um dos fundamentos do indeferimento é o Decreto-Lei nº 4.865, de 1942, que veda o livramento aos estrangeiros. Ocorre que tal Decreto foi tacitamente revogado pela Constituição de 1946, e também em razão da posterior legislação do estrangeiro (Decreto-Lei nº 941, de 1969, posteriormente revogado pela Lei nº 6.815, de 1980), legislação que nada previu de restrição quanto à obtenção do livramento ou qualquer outro instituto assemelhado (Souza 2007: 207-227).

¹⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 219.017-SP. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15/03/2012, noticiado no informativo nº 493, período: 12 a 23 de março de 2012. Já em 2015, foi proferida outra decisão nesse mesmo sentido: “[...] 1. A progressão de regime de cumprimento da pena, tanto do nacional quanto do estrangeiro, deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela observância aos princípios da igualdade e da individualização da pena, com avaliação dos critérios objetivo e subjetivo a que alude o art. 112 da LEP. 2. O benefício não pode, assim, ser negado pelo simples fato de o apenado estar em situação irregular no país ou, mesmo, de haver decreto de expulsão expedido contra ele, motivos que, por si só, conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não seriam idôneos para tanto” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 309.825/SP. Sexta Turma. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 05/03/2015. Brasília, DF, DJe 12/03/2015). Nesse sentido também: ‘Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros, razão pela qual a existência de processo ou mesmo decreto de expulsão em desfavor do estrangeiro não impede a concessão dos benefícios da progressão de regime ou do livramento condicional, tendo em vista que a expulsão poderá ocorrer, conforme o interesse nacional, após o cumprimento da pena, ou mesmo antes disto.’ (HC 324.231/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015) 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 321.157/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)”.

¹⁷ Precedente citado do STF: HC 97.147-MT, DJe 12/2/2010. Mais recentemente, também decidiu o STF: “[...] I – A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão de raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. Precedente. II – Ordem concedida para afastar a vedação de progressão de regime a paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução, para que verifique a presença dos requisitos do art. 112 da LEP” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 117878. Segunda Turma. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19/11/2013. Processo Eletrônico Dje-237. Publicado em 03 de dezembro de 2013).

¹⁸ Em São Paulo, a experiência do acolhimento em razão da atuação do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) – “Projeto Estrangeiras” –, quem vem alocando algumas mulheres na “Casa



de Acolhida”, da Pastoral Carcerária e da “Casa do Migrante”, que recebe estrangeiros para fins de livramento condicional, tem gerado resultados positivos (Brasil 2014: 24-26).

¹⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 103.311. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 07 de junho de 2011. Diário da Justiça, Brasília, DF, 29 jun. 2011, Ementa Vol. 02553-01, p. 00086.

²⁰ Dispõe a Resolução Normativa nº 110, de 10 de abril de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 75, de 22 de abril de 2014: “Art. 1º O Ministério da Justiça concederá, em virtude de decisão judicial, permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros em cumprimento de pena no Brasil. Parágrafo único. A permanência de que trata o caput deste artigo será vinculada ao cumprimento da pena ou à efetivação de sua expulsão. Art. 2º A concessão de permanência nos termos desta Resolução contempla os direitos e deveres previstos na Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, nos termos da decisão judicial”.

²¹ Brasil. Secretaria Nacional de Justiça. Portaria nº 6, de 30 de janeiro de 2015. Diário Oficial da União nº 22. Poder Executivo, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2015. Segundo a Portaria, o Departamento de Estrangeiros expedirá permanência provisória a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no território nacional, e exige os seguintes documentos, conforme art. 2º: “I - decisão judicial, nos termos do parágrafo primeiro. II - original ou cópia autenticada de identificação do preso estrangeiro, podendo a mesma ser feita por qualquer documento que ateste sua identidade e nacionalidade. III - indicação de endereço ou localização do interessado”. Conforme a Portaria, decisão judicial consiste na sentença condenatória ou decisão que concedeu a liberdade provisória ou medidas cautelares alternativas à prisão, o livramento condicional ou a progressão de regime. O protocolo do pedido valerá como prova de regularidade migratória até decisão final, assim como servirá para que o preso estrangeiro possa acessar serviços e documentação complementar, de natureza laboral e fiscal, até a publicação da decisão final sobre a permanência no Diário Oficial da União e posterior emissão de RNE. Acrescenta o art. 3º que “[...] a permanência provisória pode ser transformada em permanência definitiva nos casos de reunião familiar”.

²² Considerando a importância da assistência consular e, ao mesmo tempo, a dificuldade de implementar a comunicação da prisão aos Consulados ou Embaixadas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), após inspeções nas penitenciárias e o contato com a rede de assistência aos presos estrangeiros, em São Paulo, expediu a Resolução nº 162, de 13 de novembro de 2012, determinando que a autoridade judiciária deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem, ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias. Da mesma forma, foi determinada a comunicação de decisões de progressão de regime, livramento condicional e extinção da punibilidade.

²³ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo nº 5050940-70.2016.4.04.0000. Relator Desembargador Leandro Paulsen. Porto Alegre, dez. 2017.

²⁴ A Declaração de Cartagena, adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984, foi inspirada na Convenção da Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) sobre refugiados, de 1969. Esta última entrou em vigor em 1974 e estabeleceu, pela primeira vez, a definição ampla de refugiado, considerado aquele que, em virtude de um cenário de graves violações de direitos humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual, para buscar refúgio em outro Estado. A Declaração de Cartagena, em seu item terceiro, estabeleceu que essa definição deveria, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, contemplar também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países, porque a sua vida, segurança ou liberdade tivessem sido ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado



gravemente a ordem pública (Ramos 2011: 26). Após essa, e reafirmando seus compromissos, seguiu-se a Declaração de Brasília para Proteção de Refugiados e Apátridas nas Américas e a Declaração do Plano de Ação do Brasil, que pretende ser um roteiro comum para fortalecer a proteção e a promoção de soluções duradouras para pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na América Latina e no Caribe, e um marco de cooperação e solidariedade. Esta última foi adotada no processo comemorativo do trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena, nos dias 2 e 3 de dezembro de 2014, em Brasília.

²⁵ A limitação do número mensal de vistos concedidos pela Embaixada do Brasil no Haiti remontou às cotas da Era Vargas e estimulou a imigração indocumentada e mediante coiotes, fazendo com que muitos imigrantes atravessassem fronteiras a pé, até chegar ao Acre.

²⁶ O Conare encaminhou as solicitações procedentes de nacionais do Haiti, salvo casos individuais, em que o fundado temor de perseguição, recebidas entre janeiro de 2010 até junho de 2011, ao CNIg, com fundamento na Resolução Normativa nº 13, de 23 de março de 2007, para serem analisadas com base na Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998, que trata de situações especiais e casos omissos.

REFERÊNCIAS

- Bauman, Zygmunt (2003) *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Becker, Howard (2008) *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Brasil (2014) Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório sobre a situação das pessoas estrangeiras presas no Brasil* (Grupo de Trabalho criado pela Portaria 317, de 19 de agosto de 2014).
- Brasil (2015) Secretaria Nacional de Justiça. Portaria nº 6, de 30 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União nº 22*. Poder Executivo, Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2015.
- Cahali, Yusef Said (1983) *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva.
- Derderian, Katharine; Schockaert, Liesbeth (2009) 'Respostas a fluxos migratórios mistos: uma perspectiva humanitária', *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* 6(10). Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/10/miolo.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2014.
- Dieter, Maurício Stegemann (2012) *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado em Direito – UFPR). Curitiba.
- Guia, Maria João (2012) 'Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante', *Revista Liberdades* 11, p. 90-120.
- Guia, Maria João (2010) *Imigrantes e criminalidade violenta em Portugal*.
- Jubilut, Liliana Lyra (2005) 'Migrações e desenvolvimento', In Amaral Júnior, Alberto (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole.
- Martins, Rui Cunha (2008) *O método da fronteira: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matrizes ibéricas e americanas)*. Coimbra: Almedina.
- Moraes, Ana Luisa Zago de (2016) *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Direito-Ana-Moraes.PDF>>
- Moraes, Thaís Guedes Alcoforado de (2015) 'O princípio da não devolução de refugiados à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos', In Galindo, George Rodrigo Bandeira (org.). *Migrações, deslocamentos e direitos humanos*. Brasília: IBDC; Grupo de Pesquisa C&DI.
- Organização das Nações Unidas (2010) 'Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias', adotada pela Assembleia-Geral da ONU pela Resolução nº 45/158, de 18 de dezembro de 1990, In Brasil. *Mensagem ao Congresso Nacional nº 696*, de 13



- de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>>. Acesso em 8 de abril de 2017.
- Organización de los Estados Americanos (2010) Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *Informe sobre inmigraciones en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso / Report on immigration in the United States: Detention and due process*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10^[1]_{SÉP}30 diciembre 2010. Disponível em: <<http://www.cidh.org>>. Acesso em 30 de junho de 2014.
- Organización de los Estados Americanos (2015) Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 diciembre 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>>. Acesso em 8 de abril de 2017.
- Organización de los Estados Americanos (2003) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, § 8°. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2015.
- Pickering, Sharon; Bosworth, Mary; Aas, Katja (2017) ‘Criminologia da mobilidade’, In França, Leandro Ayres; Carlen, Pat (orgs.) *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais.
- Rumbaut, Rubén G.; Ewing, Walter A. (2007) *The myth of immigrant criminality and the paradox of assimilation: incarceration rates among native and foreign-born men*. Immigration Policy Center: Washington DC. Disponível em: <<http://www.immigrationpolicy.org/special-reports/myth-immigrant-criminality-and-paradox-assimilation>>. Acesso em 24 de abril de 2015.
- Ramos, André de Carvalho (2011) ‘Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas’, In Ramos, A.C.; Rodrigues, Gilberto; Almeida, Guilherme Assis (orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: CL-A Cultural.
- Sampson, Robert J. (2008) ‘Rethinking crime and immigration’, *Contexts* 7(1):28-33.
- Siciliano, André L. (2012) *Antes de discutir a Política Migratória brasileira: um ensaio conceitual*. Universidade de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais.
- Souza, Artur de Brito Gueiros. (2007) *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Stumpf, Juliet (2006) ‘The Crimmigration Crisis: Imigrants, Crime and Sovereign Power’, *American University Law Review* 56(2).
- United Nations (2005) *Human rights and prisons: trainer’s guide on human rights training for prison officials*. United Nations: New York and Geneva.
- Wihtol de Wenden, Catherine (2013) ‘Politiques migratoires injustes’, *Cairn. info. Projet* 23-28. Ceras: Paris.

