

Ana Cláudia Lago Costa

**Tráfico mundial de drogas e processo penal
aplicado aos “mulas” em face da soberania e da
cooperação jurídica internacional**

Dissertação apresentada
como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Programa de Mestrado – UniCEUB

Professor Orientador: Doutor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Brasília-DF

2013

RESUMO

Palavras-chaves: trafico ilícito de entorpecentes, crime transnacional, transferência de processo, possibilidade de julgamento no país de origem, soberania, processo penal, multa, cooperação jurídica internacional.

Sumário

Introdução	5
Capítulo 1. O caso exemplar do Sr. X.....	12
1.1 Considerações introdutórias.....	12
1.2 A vida jurídica tupiniquim do Sr. X.	13
1.3 A prisão do Sr. X	15
1.4 Sr. X na Polícia Federal	16
1.5 Sr. X vai para Anápolis	22
Capítulo 2. Organizações criminosas e tráfico - A lógica do tráfico de drogas como indústria.	25
2.1 Consumo de drogas, individualismo e competição	25
2.2 Tráfico de drogas como empresa.....	27
2.3 Organizações criminosas.....	30
2.4 Entendimento jurisprudencial pátrio sobre o “mula” na organização criminosa	33
2.5 Criminalidade de massa e criminalidade organizada.....	37
Capítulo 3. O Devido Processo Legal.....	41
3.1 Tempo da decisão.....	45
3.2 Direito Penal brasileiro.....	48
3.2.1 Os limites da execução penal legítima. Lei de Execução Penal.....	48
3.2.2 Ressocialização.....	50
3.3 A Lei de Execução Penal - LEP	59
Capítulo 4. Sobre o argumento da soberania.....	66
4.1 O conceito clássico de soberania.	66
4.2 A reflexão contemporânea sobre o conceito de soberania	71
4.3 A crise da soberania	73
4.4 O contexto da crise contemporânea da soberania: a globalização.....	75
4.5 O tempo da punição estatal e o tempo da “empresa” do tráfico internacional de drogas.	80
Capítulo 5. Instrumentos de cooperação jurídica e judiciária internacional em matéria penal.....	85
5.1 Considerações gerais	85
5.1.1 Cooperação jurídica internacional e cooperação judiciária internacional. Definições e distinções.....	88
5.3 Competência.....	89
5.3.1 Autoridade Central e órgãos estatais envolvidos na cooperação jurídica internacional	89
5.3.2 Superior Tribunal de Justiça e juízes federais de primeira instância.....	90
5.4 Instrumentos de cooperação.....	91
5.4.1 Carta rogatória	92
5.4.2 Auxílio direto	93
5.4.3 Transferência de processo penal.....	95
5.4.4 Homologação de sentença estrangeira.....	97
5.4.5 Execução penal de sentença estrangeira.....	98
5.4.6 Entrega ao Tribunal Penal Internacional	98
5.4.7 Extradicação e transferência de presos.....	99
5.4.7.1 Extradicação.....	99
5.4.7.2 Transferência de presos	99
5.5 A insuficiência do mecanismo de transferência de presos para solução do problema dos “mulas” no país.....	101

5.6 Normas aplicáveis	106
5.6.1 Fontes do Direito Internacional	106
5.6.2 Fontes do Direito Brasileiro.....	108
5.6.3 Legislação infraconstitucional	108
5.6.4 Limites à cooperação jurídica internacional.....	109
Capítulo 6. Retirada compulsória do estrangeiro do território nacional	111
6.1 Deportação.....	111
6.2 Extradução	112
6.3 Expulsão.....	112
6.3.1 Processamento da expulsão.....	115
Conclusão	119
Referências	129

Introdução

O presente trabalho trata de analisar um determinado caso em que o sujeito que transporta drogas a serviço do tráfico internacional é preso e punido no Brasil. Ele é chamado de “mula”, alusão pejorativa ao animal que, entendido como um ser de pouca inteligência e extrema submissão ao seu condutor, transporta sem reclamar qualquer tipo de carga. A alcunha talvez seja expressiva da realidade vivida por grande parte desses indivíduos que se submetem a servir a uma estrutura criminosa, no mais das vezes sem ter noção do que essa mesma estrutura significa em termos de dimensão e poder.

A forma como, em algumas situações, esse sujeito é tratado, pode sugerir que alguns de seus direitos fundamentais estejam sendo desconsiderados, o que enseja a necessidade da investigação sobre o cenário em que isso se dá e a propositura de possíveis alterações na forma como o poder constituído trata dessa questão.

A experiência que adquiri como voluntária no Instituto de Migrações e Direitos Humanos colocou-me em contato com um tipo de realidade do sistema de normas e de execução penal que revela algo de muito contraditório, para não dizer algo de “esquizofrênico”, entre o que toda uma reflexão sobre a função e a lógica do Direito Penal professam e o que a vivência da forma de apenamento dos “mulas” do tráfico internacional de drogas revela.

Ocorre que, como exemplifica o caso que será analisado, o preso estrangeiro que é detido no Brasil transportando drogas no contexto da atuação de uma organização criminosa (não importa se integrante ou não dessa organização), acaba por ser processado, julgado e virtualmente expulso na quase totalidade das vezes, sem que isso enseje qualquer possibilidade de ressocialização, já que está sem condição de se expressar adequadamente em razão do desconhecimento da língua, sem acesso aos seus familiares, amigos ou a qualquer referência afetiva, simbólica ou cultural que o defina e singularize como ser humano.

Um segundo problema relativo à forma como a punição é conduzida se revela igualmente dramático; os presos que não tem antecedentes, que são primários e que não cometem o crime com qualquer qualificadora, acabam por receber penas

baixas, que são, por vezes, cumpridas totalmente na condição de provisoriedade, não raro passando mais tempo presos do que seria devido como pena definitiva.

Um terceiro problema diz respeito à consequência da condenação definitiva em relação ao Poder Executivo, que via de regra o expulsa do país. Nos casos em que isso acontece, o período em que o sujeito fica no Brasil esperando a decisão de expulsão é um tempo em que ele se situa como um pária da sociedade. Não possui regularidade documental formal que o habilite a exercer trabalho, não possui inserção social que permita formar um círculo de relações afetivas virtuosas, não tem referências de sua história pessoal que possam lhe servir de apoio para o início ou retomada de uma vida mais íntegra, enfim, fica em compasso de espera até que o Estado lhe expulse, não mais podendo retornar.

A expulsão acaba por ser simbolicamente a confirmação de que o “mula” pertence a uma realidade vil, menor, onde a dignidade tem sentido empobrecido. Em geral, esses indivíduos tem uma vida de sofrimentos, abandonos, pouco ou nenhum acesso às oportunidades de realização de suas potencialidades. Vários são viciados, capturados pela máquina lucrativa do tráfico internacional de drogas e, apesar de sua múltipla vulnerabilidade – afetiva, econômica e fisiológica -, ao invés de tratamento e acolhimento, com a expulsão acabam por sofrer uma dose a mais de rejeição, agora no âmbito público e institucionalizado.

Posto o contexto em que se dá o problema e a verificação de sua relevância empírica, dizendo de uma forma talvez mais objetiva, pretendo analisar e propor alternativa de ação em relação ao que hoje ocorre. O objetivo, do ponto de vista dogmático, é investigar a situação dos presos estrangeiros por tráfico de drogas no Brasil quanto à observância do princípio constitucional do devido processo legal como instrumento garantidor dos direitos fundamentais do sujeito que será potencialmente apenado.

O problema será tratado sob duplo enfoque. Por um lado há uma dimensão importante da questão do ponto de vista do direito internacional, tendo em vista a transnacionalização da atividade relacionada ao tráfico de drogas, o que enseja a necessidade de implementação de mecanismos de cooperação internacional e de alinhamento de regras processuais entre os Estados no sentido de garantir efetividade à política de combate ao tráfico internacional de drogas. Por outro lado, a pesquisa nos leva necessariamente à reflexão sobre a efetividade da política de

segurança brasileira, compreendida na perspectiva da repressão e de uma compreensão de soberania como monopólio da jurisdição territorial, que justifica a punição do estrangeiro no Brasil. Essa ideia, a de soberania, é tratada de forma crítica, mostrando que nem mesmo em sua formulação tradicional ela impediria a flexibilização da regra de competência do Judiciário brasileiro para julgar esse tipo de caso.

A hipótese inicial da investigação é que há uma disjunção entre os princípios norteadores do poder estatal de punir, por meio do direito penal, legitimada pela retórica veiculada pela doutrina penal, e a realidade empírica do sistema de punição aos “mulas” do tráfico internacional de drogas. O recorte do objeto, em relação aos presos estrangeiros por crimes relacionados ao tráfico de drogas, entreabre a possibilidade da reflexão crítica sobre as dimensões moral, econômica e mesmo de saúde pública da questão, que em geral tem sido vista do ponto de vista exclusivamente da punição criminal.

Como objeto de estudo foi escolhido um caso exemplar, o processo criminal de um cidadão holandês que foi preso em flagrante no aeroporto de Brasília, quando pretendia retornar à Europa em posse de cocaína. Tive contato com o caso desse preso, que será chamado, por motivo de preservação da sua imagem, de Senhor X. O objetivo da análise é corroborar o argumento sobre a hipótese do trabalho, qual seja: a de que o processo penal aplicado de forma ortodoxa nesses casos, possa ser incompatível com a efetividade dos direitos fundamentais, em especial no que toca à dignidade da pessoa humana e do justo processo legal.

O caso do Sr. X revela que, dependendo de como o processo penal é operacionalizado nessas situações, a pena acaba por extrapolar os limites que o próprio Estado se impõe para punir os sujeitos que cometem crimes, tanto quantitativa quanto qualitativamente. Se aceita essa premissa, resta sugerir como será possível compatibilizar o interesse do Estado em punir os criminosos e a desejável limitação dos efeitos da pena enquanto elemento de controle social (punição e ressocialização) que deve se pautar pelo respeito aos direitos fundamentais.

Um viés de tratamento do problema poderia ser a implementação de mecanismos de cooperação jurídica internacional capazes de ajustar a pretensão punitiva do Estado à situação de desterritorialidade dos presos estrangeiros por

tráfico de drogas. A análise revelou que esses instrumentos, como hoje operam, não suportam o crivo de uma crítica rigorosa quanto a sua efetividade na proteção dos direitos fundamentais desses estrangeiros.

A situação dos presos estrangeiros é particularmente dramática em relação a praticantes de outros tipos de crime. Seus executores são recrutados entre pessoas especialmente vulneráveis que quase sempre se dizem “desesperados” ou viciados em drogas ou ainda necessitados de dinheiro por problemas que julgam prementes (para ajudar a família em estado de necessidade etc). Alguns, que na qualidade de viciados em drogas, se inserem em uma cadeia criminosa com características de um grande negócio, fazem-no em situação diferenciada de vulnerabilidade em relação a outros tipos de criminosos que participam de grupos organizados, como é o caso dos crimes de descaminho, contrabando e “pirataria”. Isto porque estes viciados, ao mesmo tempo que fornecem um serviço para a organização criminosa, são também consumidores cativos de seus produtos e, portanto, possuem reduzida possibilidade de exercício da liberdade de decidir como conduzir suas vidas.

É o caso, portanto, de se evidenciar como funciona a cadeia criminosa dos crimes relacionados ao tráfico internacional de drogas, nos quais a situação dos chamados “mulas” é de pouca autonomia, de baixa capacidade de exercício da liberdade de conduta, e, pela ausência de poder decisório ou de gestão dentro da organização criminosa, de posição descartável e vulnerável. Dito de outra forma, o fato de se punir com prisão os “mulas” tem baixíssima efetividade no que tange aos objetivos da política pública de segurança de combate ao crime organizado, já que não impede nem dificulta o funcionamento da máquina criminosa. Talvez, é de se pensar, a prisão dos “mulas” tenda a aumentar o preço do produto – a droga - , aumentando conseqüentemente o lucro da atividade do tráfico.

Outro aspecto importante que compõe o cenário de fatos e dados a ser estudado diz respeito à pena que, tendencialmente pequena no que se aplica à situação de “mula”, afasta dos réus a possibilidade de cumprimento das condenações em seu país de origem. O “mula” é recrutado exatamente entre pessoas sem antecedentes criminais, que mais facilmente obtém a documentação necessária para realizar viagens internacionais. Estes criminosos não usufruem adequadamente do benefício da transferência de presos, porque quase sempre cumprem suas penas ou até mais do que elas, enquanto aguardam em prisão

provisória seus julgamentos e recursos. Nesses casos, os presos acabam por não serem beneficiários da transferência de presos, mecanismo de cooperação jurídica que possibilita ao réu estrangeiro o cumprimento da pena cominada no exterior, em seu país de origem.

A organização do trabalho se dá em duas partes, sendo a primeira relacionada à compreensão das questões fáticas envolvendo o crime de tráfico internacional de drogas e a análise do caso exemplar do Sr. X. Já a segunda trata de questões com os quais a doutrina e a jurisprudência demarcam e veiculam a retórica do direito penal aplicável a esses tipos de crimes. O objetivo é submeter essas questões à análise crítica a partir de uma matriz teórica que considera ser possível a apreciação racional da correção das decisões jurídicas e de seus fundamentos. São eles: 1) a soberania, 2) a repressão necessária ao tráfico internacional de drogas, 3) o binômio ressocialização/retribuição associado à legitimidade do poder de punir do Estado e 4) a internacionalização do sistema de persecução penal realizado por meio dos instrumentos de cooperação internacional no campo processual. O recorte metodológico utilizado é a apreciação desses tópicos à luz da doutrina crítica sobre os temas, tendo em vista os valores jurídicos, as normas e as consequências da aplicação das normas, em uma visão teleológica do problema.

Deve-se ressaltar que a adoção de uma metodologia que supõe e admite como postulado a possibilidade de apreciação racional das decisões não representa a negação da dimensão da luta de poder envolvida com a questão objetiva a ser tratada no presente trabalho. Ocorre que, em razão da necessária limitação temática, metodológica e de extensão própria de uma dissertação de mestrado, a opção de tratamento da questão é no sentido da formulação de um argumento na linha da razão prática, ou seja, uma análise crítica dos fundamentos legitimadores das decisões relativas aos crimes de tráfico internacional de drogas.

O problema de investigação se situa no fato de que a legislação e os procedimentos repressivos criados pela política de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes não estão adequados à hipótese em que o preso (réu) é um estrangeiro, que faz apenas o transporte da mercadoria, sem comercializá-la. A consequência desta inadequação são os efeitos nocivos que atingem tanto o

transgressor quanto a sociedade como um todo. O preso sofre pelo desrespeito às suas especificidades (não é falante da língua portuguesa, não possui familiares ou amigos no local do cumprimento da pena etc) que não são contempladas pela legislação e a sociedade paga, por sua vez, pelo agravamento da superpopulação no sistema carcerário nacional, pelo custo da medida repressiva e pela impossibilidade de que os eventuais benefícios do processo de ressocialização produzam qualquer efeito produtivo para o Brasil.

Em síntese, os presos estrangeiros que são flagrados nos aeroportos e fronteiras pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes tentando entrar ou sair do Brasil com drogas, os chamados “mulas”, são os sujeitos de direito que interessam a este estudo. Condenados, em geral, a penas próximas à básica, sofrem com o excesso de prazo para julgamento destes crimes. O tempo de cárcere como preso provisório somado ao tempo de espera do julgamento dos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela defesa, finda, em muitos casos, por ultrapassar o tempo total da pena e lhes inflige penalidades extras: cumprimento integral em regime fechado ou liberdade em situação *sui generis*, sem possibilidade de regresso ao país de origem e sem acesso a empregos no Brasil, sem poderem obter o benefício do instituto da transferência de presos estrangeiros para cumprimento de pena em seus países de origem.

Para o preso estrangeiro, o devido processo legal é desrespeitado em diversos aspectos: a defesa processual que lhes é assegurada é precária por problemas como idioma e desconhecimento da lei local, seus procedimentos e costumes; há discriminação em função de disparidades culturais e raciais no cárcere; há ainda impossibilidade de assistência básica material ou psicológica da família e especialmente, a impossibilidade de reinserção social, visto que em regra, o egresso é expulso após o cumprimento de pena.

O problema é especialmente relevante do ponto de vista teórico, dada a discussão contemporânea sobre a inadequação do sistema de combate ao tráfico de drogas baseado quase que exclusivamente na repressão ao comércio. Outro ponto importante a ser investigado é o sentido do direito constitucional à duração razoável do processo. A demora do processo é fator impediante da efetividade do direito básico ao devido processo legal, entendido como justo processo legal, na medida em que o tempo diferido da decisão judicial resulta em consequências

sancionatórias que extrapolam o que a própria lei estabelece como punição proporcional à gravidade do fato. Essa questão entreabre a discussão sobre o que significa, na concretude dos conflitos que são levados à apreciação do judiciário, um processo com tempo razoável de duração.

O problema trabalhado aborda uma temática que não tem fugido à atenção do judiciário, em especial pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tendo em vista a quantidade crescente de estrangeiros que vem sendo presos por tráfico de drogas no Brasil.

Essa situação é igualmente objeto de discussão em outros âmbitos, passando, na Academia, pela criminologia crítica e, do ponto de vista das instituições, pela administração da justiça, bem como pela discussão constitucional da efetividade dos direitos fundamentais.

A hipótese é de que, sendo o crime de tráfico punido nos países ocidentais de forma assemelhada, não seria nem necessária nem prejudicial a obrigatoriedade do processo tramitar no local em que se deu o flagrante. Isto requereria um uso mais ampliado de cooperação jurídica internacional em matéria penal com aproveitamento de provas nas transferências de processo e nos auxílios diretos, possibilitando que o detento fosse indiciado e denunciado em seu país natal, onde responderia junto a sua família e sociedade, pelo crime cometido em solo estrangeiro, de acordo com a legislação de seu país. Tal cooperação jurídica se daria com os países que possuíssem tratado específico sobre o tema.

O sentido da transferência da instrução processual e do acusado desde a investigação criminal não visa absolutamente que o mesmo não seja punido. Por oposto, a ideia propugnada é que ele seja julgado e adequadamente punido, dentro dos limites comuns utilizados por estados democráticos de direito, à semelhança do Brasil. O que se busca é, enfim, a punição adequada a um tipo de sujeito que comete um específico tipo de crime e que, pelas características processuais da forma de punição, encontra-se presentemente apenado de forma contraditória ao que todo discurso sobre a lei pretende, ou seja, uma justa e proporcional punição, aliada à possibilidade de ressocialização, respeitados os direitos e garantias processuais.

Capítulo 1. O caso exemplar do Sr. X

1.1 Considerações introdutórias

A presente seção do trabalho se destina a apresentar um caso exemplar da situação dos presos estrangeiros por tráfico de drogas no Brasil. O recorte objetivo utilizado teve como critério a análise do caso escolhido por ter sido um daqueles com os quais trabalhei na condição de voluntária em uma associação de amparo a presos estrangeiros, o Instituto de Migrações e Direitos Humanos¹.

O caso estudado foi escolhido por reunir muitas das ocorrências comuns em situações análogas à do réu no processo. Não tenho a pretensão de que o caso seja um *leading case* ou um caso raro, mas ao contrário, de que seja exemplo representativo de uma tipologia de casos nos quais alguns dos problemas candentes relativos ao tratamento dos presos estrangeiros por tráfico de drogas estivesse presente.

A exposição do caso é feita não somente com base no processo judicial, mas também em informações que obtive ao longo de um acompanhamento humanitário de presos estrangeiros encarcerados nas dependências da Polícia Federal em Brasília-DF. Inicialmente as visitas foram quinzenais, nas dependências da própria Superintendência da Polícia Federal e posteriormente, no caso em tela, na Casa de Recuperação para Dependentes Químicos em Anápolis-GO, na chamada Casa Oásis. Nesse período tive a oportunidade de conhecer a situação do sujeito de direito escolhido para exemplo neste trabalho, em um escopo de maior amplitude do que os fatos narrados no processo encetam. Isso me permitiu fazer considerações relevantes quanto à exposição das circunstâncias que envolvem o caso.

¹ O Instituto Migrações e Direitos Humanos - IMDH, foi fundado em 1999, é uma entidade social sem fins lucrativos, filantrópica, cuja missão é promover o reconhecimento da cidadania de migrantes e refugiados. Seu sítio de Internet é [http://www.migrante.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=1af5c0ae-735d-46aa-b67c-30df6cfc999e]

1.2 A vida jurídica tupiniquim do Sr. X.

No presente tópico descreverei os fatos relativos ao processo judicial no qual o Sr. X acabou por se envolver, decorrente de sua atuação como “mula” do tráfico internacional de drogas.

No dia 02 de setembro de 2008, fiz minha primeira visita ao nosso “sujeito de direito”. Preso estrangeiro, branco, bastante magro, alto e com espinhas na testa. Irmã Rosita, diretora do IMDH², pediu que fosse vê-lo porque este não recebia nenhuma assistência ou visita e sofria de depressão. Ele se encontrava na carceragem da Polícia Federal, então em funcionamento na sede da Superintendência da Polícia em Brasília, sofrendo de depressão.

Após alguns portões de ferro, entrei em uma sala com cabines de vidro e interfone onde me sentei de frente ao acusado e comecei uma longa conversa que não terminou até hoje. Iniciou-se ali em 02.09.2008 e foi transferida para uma casa de recuperação de dependentes químicos, de nome Oásis, em Anápolis, em junho de 2009, após a prolação de sentença *sui generis*.

Em meados de abril de 2012, recebi a notícia que o Sr. X havia desaparecido, porém semanas após, retomei nossas conversas, desta vez por e-mails entre os países Brasil e Holanda, para onde nosso réu, sem saber que seria dali a poucos dias posto em liberdade, viajou clandestinamente. Foram quase quatro anos em que o réu cumpriu pena em real regime fechado, mas onde nenhuma autoridade conseguia dizer, ou se interessava em averiguar, qual era a verdadeira situação do apenado. Não se sabia onde ele se encontrava, quanto tempo de pena havia cumprido, se estava em boas condições físicas etc. O Ministério Público atacava com veemência a sentença, em meu entender com razão processual, cuidando para não criar precedentes que lhes fossem desfavoráveis, porém sem levar em conta ou sequer questionar o tempo de pena até então cumprida pelo réu, por aproximadamente três anos. A Defensoria Pública tentou atuar em prol do réu ao impetrar *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, prestou-lhe um desfavor ao apresentar Embargos Infringentes quando a pena já havia sido toda cumprida, o que postergou a extinção do processo em aproximadamente um ano. Um possível descuido de uma defensora nova que não se assenhorou

² Vide nota 4.

completamente da questão tratada nos autos antes de agir. A Defensoria errou ao meu ver, porque só esteve em contato com o preso na data da audiência e somente verificou que não havia nenhum juiz de execução acompanhando o processo, quando insistentemente pedi que me fosse apresentada a contagem do tempo de cumprimento de pena e o enquadramento daquele tipo de pena aparentemente alternativo (pedido feito aproximadamente dois anos após a prolação da sentença). Nessa ocasião foi que os juízes das varas de execução penal, tanto do Distrito Federal quanto de Goiás foram chamados a se manifestarem nos autos e concluíram que nenhum deles atuava no processo em tela.

Todo o aparelho judiciário pareceu “perdido” em suas próprias discussões jurídicas, distanciadas do “sujeito de direito” que, alijado, tornou-se mais uma vítima das consequências do elemento tempo.

Sem uma reflexão mais abrangente que questione o sentido de um processo, ele pode se tornar kafkiano, sem que faça nenhum sentido para as partes nele envolvidas, nem para a sociedade em geral. O acusado que descrevemos nesta obra é caracterizado como “mula” do tráfico internacional de entorpecentes, bem como usuário de drogas, tal como descrevem os laudos trazidos aos autos. Não recebeu cuidados, o que recebeu do Estado brasileiro foi uma severa punição.

A punição que recebeu o Sr. X finda por ser dada por um Estado distinto daquele de sua nacionalidade. O Brasil pagou do próprio bolso a penalização do infrator. Uma punição que não deveria recair sobre si, isto porque a política de repressão ao tráfico de drogas internacional obriga o estado brasileiro a tomar certas atitudes que por vezes não se coadunam com seu próprio princípio constitucional do devido processo legal. Em muitas ocasiões o julgamento extrapola o direito do preso a um tempo razoável do processo; possibilita uma completa desatenção à Lei de execuções penais, desrespeitando a progressão de regime e o direito do réu a apelar em liberdade e lhe impossibilitando o direito de ressocialização (já que não está no país no qual irá refazer a vida).

1.3 A prisão do Sr. X

Nossos fatos jurídicos ocorreram em 13 de abril de 2008, quando, por volta das 17h30, no Aeroporto Internacional de Brasília/DF, agentes da Polícia Federal, em operação de rotina, observaram a existência de substância entorpecente na bagagem despachada pelo denunciado, Sr. X e pelo Sr. Y que partiam de Brasília com destino a Amsterdã/Holanda com escala em Lisboa/Portugal.

Sr. X e o Sr. Y foram levados por policiais até uma sala fechada onde se encontravam suas respectivas malas. Foram encontrados em cada uma delas, três pacotes de massas variadas com peso bruto de 13,03kg de uma substância esbranquiçada, que exame pericial concluiu posteriormente ser de cocaína. Tais malas possuíam aparência normal com roupas de criança. Os pacotes estavam acondicionados sob um fundo falso (tampão de pvc), envoltos por plástico e fita adesiva transparentes, com resíduos de borra de café (provavelmente para despistar a ação de cães farejadores) e embalados em sacos de cor alumínio.

A bagagem foi aberta na presença dos Srs. X e Y, que confessaram o crime de tráfico de entorpecente, sempre demonstrando completo desconhecimento da existência um do outro.

Além das retrocitadas malas, foram apreendidos os bilhetes de viagem com destino a Amsterdã/Holanda e feita a prisão em flagrante dos dois estrangeiros.

Nesta data, 13.04.2008 começa o período de quatro anos, 1 mês e 17 dias em que o Sr. X permaneceu encarcerado em território brasileiro. Seu processo será minuciosamente relatado neste trabalho. Já o processo do Sr. Y, que foi desmembrado desse, deixa de ser relatado daqui por diante.

A competência da justiça federal ficou determinada não somente pelo art. 109, IX, da Constituição Federal, visto que o crime foi perpetrado a bordo de aeronave, mas também em razão do caráter transnacional do delito (art. 70 da Lei 11.343/06). Portanto o inquérito foi realizado pela Polícia Federal, que o encaminhou ao juízo federal e os recursos foram interpostos no Tribunal Regional Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Após a prisão em flagrante na Delegacia da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Brasília, Sr. X e Sr. Y foram encaminhados à Superintendência da Polícia Federal para lavratura do flagrante. Curioso notar que ambas as malas

acionavam idênticamente a droga, que o peso era o mesmo etc, também relevante que ambos tinham como destino final Amsterdã e adentraram o território nacional na mesma data, que a droga foi adquirida em São Paulo para ser entregue na Holanda pela quantia de dois mil e quinhentos euros. Importante ressaltar estas similaridades para se ter uma visão da escala de produção da grande empresa do tráfico internacional por trás deste transportador de pequena importância.

1.4 Sr. X na Polícia Federal

Em 13.05.2008, o inquérito policial foi enviado ao juiz federal da 10ª vara que o remeteu ao Ministério Público em 15.05.2008. Em 20.05.2008, a procuradora da república denunciou o réu. Sr. X foi acusado pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/06. Transcrição abaixo:

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

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

Durante três longos meses, de 21.05 a 13.08 de 2008 houve uma discussão no processo entre a procuradora e o juiz da causa a respeito da distribuição ou não por dependência do processo. Em 29.07.2008, o acusado foi notificado para apresentar defesa prévia. Tal defesa foi apresentada em 19.08.2008. O recebimento da denúncia pelo juiz se deu cinco meses após a prisão em flagrante de nosso acusado em 04.09.2008, e a audiência de instrução e julgamento primeiramente

marcada para 15.10.2008 foi posteriormente remarcada para 22.10 do mesmo ano de 2008, seis meses após a prisão.

Sequer foi procurado um tradutor juramentado para o holandês e a audiência foi traduzida para o Sr. X em inglês. O defensor, mesmo que muito dedicado, não se comunicou bem com seu “cliente”, demonstrando pouco conhecimento da língua inglesa e nenhum da língua holandesa. Também confessou que seria muito bom visitar os presos na carceragem, mas que não havia tempo para isso na Defensoria, devido ao excesso de trabalho. Conversei muitas vezes por telefone com o mesmo, sempre muito solícito.

A audiência então ocorreu em 22.10.2008 (seis meses após a prisão em flagrante), na sala de audiência da 10ª Vara Federal, Brasília-DF. Tomou-se o depoimento de dois policiais, um agente de viagem e o representante da embaixada dos Países Baixos, que acompanhou o Sr. X na reinquirição policial. Tais depoimentos foram gravados em mídia eletrônica. O Ministério Público solicitou que o juiz requeresse junto a Embaixada dos Países Baixo cópia do “dossiê” ou qualquer documento acerca do histórico do réu, particularmente o que concernisse a sua passagem por instituições ou programas oficiais de reabilitação e ainda sobre eventuais problemas mentais.

Apesar do procurador da república anotar que o réu se mostrou coerente, fluente e perfeitamente capaz de narrar os fatos e colaborar com sua defesa mostrando também noção de que praticou conduta criminosa, diante das notícias de que haveria constatação oficial de problemas mentais e pela notícia do uso constante de drogas pesadas desde tenra idade, requereu a imediata instauração de incidente mental para que se apurasse se o réu tinha condições plenas de discernir o certo e o errado e de se conduzir de forma a evitar conduta criminosa.

A defesa se opôs pelo fato de o acusado encontrar-se preso. Imaginou que pelas atenuantes possivelmente aplicadas à pena na sua dosimetria, a pena seria fixada possivelmente por volta dos dois anos ou menos (art. 65, III, d, do CP e art. 33, &4º, da Lei 11.343/06)³ . Considerou que dois quintos de dois anos

³ Art. 65, inc. III, "d" do Código Penal - Decreto Lei 2848/40

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209 , de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209 , de 11.7.1984)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

corresponderia a pouco mais de nove meses de reclusão em regime fechado, o atendimento da totalidade das diligências do ministério público faria com que o acusado permanecesse encarcerado por mais tempo do que o tempo de cumprimento exigido em regime fechado.

O ministério público insistiu na instauração do incidente de insanidade mental, mas o juiz indeferiu o pedido. O Ministério público entrou com *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal para que se instaurasse o incidente de insanidade mental. A ação penal foi suspensa em liminar. O *habeas corpus* foi julgado favorável à instalação do incidente em 17.12.2008 e concedeu prazo de trinta dias para sua conclusão. A justiça federal entrou em recesso do dia 19.12.2008 a 07.01.2010. O Ministério Público entrou com questão de ordem para que se concedessem mais trinta dias para o incidente, porque só havia recebido os autos em 07.01.2009. Outro prazo é concedido até 26.02.2009.

Até este evento, nosso sujeito de direito ficou preso em regime fechado, sem poder se comunicar, receber sequer cartas, livros ou qualquer material em holandês por dez meses.

O único que conseguiu defender o acusado foi o defensor de primeira instância, que possuindo experiência e boa vontade, se recusou a fazer o seu papel, ou seja, se preocupou com “prazo razoável do processo” quando não insistiu em garantir ao hipossuficiente aquilo que, apesar de lhe caber por direito, apenas lhe prejudicaria, como incidentes e recursos processuais.

Enquanto isso a procuradora da república, o juiz e autoridade policial debateram sobre a possibilidade de transferência dos presos provisórios para outros presídios, inclusive de segurança máxima, devida à prevista extinção da carceragem da Superintendência.

Em 26.02.2009, o juiz abriu prazo para alegações finais. O ministério público, em 06.04.2009, pediu outro CD à justiça para fazer suas alegações finais já que não conseguiu ouvir os depoimentos gravados na mídia eletrônica (CD) que acompanhava o processo.

Art. 33 § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Em 20.04.2009, um ano decorrido de nossa prisão em flagrante, o Ministério Público apresenta suas alegações finais, a Defensoria apresenta as suas alegações em 28.04.2009.

Em 19.05.2009, passados 399 dias encarcerado, Sr. X tem sua sentença prolatada. O juiz, um jovem bastante religioso e de bom coração, mas com pouca experiência, engendra uma sentença totalmente inovadora, com visível propósito de favorecer o réu. Cria, já que não consegue encontrar no ordenamento nacional uma forma mais justa de tratar o caso em tela. A questão é que sua sentença deu margem à interposição de muitos recursos e praticamente impossibilitou uma compreensão da verdadeira situação prisional do réu. Se por um lado a sentença lhe concede o livramento condicional, por outro não lhe deixa ficar solto em território nacional. A questão é que o juiz, ao indicar uma casa para manter o réu temporariamente, poderia prever que o prazo até sua expulsão não era certo. Com certeza não imaginou que ali este teria que ficar por mais aproximadamente três anos, tornando-se, inclusive um estorvo à instituição de caridade que foi obrigada a desempenhar funções de Estado. Sr X estava supostamente em liberdade e a ele nenhuma pena restritiva de direito foi infligida, mas foi obrigado a se internar em clínica de recuperação para dependentes químicos até o trânsito em julgado da sentença (em regime completamente fechado) e o término de seu procedimento de expulsão.

O magistrado federal, ao prolatar uma sentença inovadora, sem querer, provocou uma discussão bastante prolongada que jogou nosso “sujeito de direito”, como abordaremos em detalhe, em um “limbo jurídico”.

O juiz a quo julgou procedente a pretensão punitiva exposta na denúncia para condenar o réu. Ao calcular a pena estabeleceu a pena base em oito anos, reduzindo-na para seis anos em face de haver aplicado as causas atenuantes de confissão espontânea e menoridade.

Em seguida, o mesmo juiz de primeiro grau aplicou outra causa atenuante não prevista no ordenamento pátrio, qual seja, o instituto da co-culpabilidade, fundamentando a decisão no fato de que o réu viveu nas ruas e, muito embora tenha sido internado pelo Estado holandês em instituições de tratamento e internatos, não adotou aquele Estado medidas eficazes que pudessem ressocializar o réu. Dessa

forma, reduziu a pena em mais um ano, para o patamar de cinco anos, ou seja, a pena mínima prevista para o tipo penal em questão.

Logo após, com base no parágrafo único do art. 26 do Código Penal⁴, operou a redução da pena em um terço, o que resultou no total de três anos e seis meses. Ainda, aplicando a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, parágrafo 4º da Lei 11.343/06, diminuiu a pena na fração de dois terços, para o total de um ano e dois meses de reclusão.

Em razão das causas de aumento de pena previstas no art. 40, I, III e V⁵, da Lei 11.343/06, a pena foi aumentada em um quarto, resultando em um ano, cinco meses e quinze dias de reclusão em regime fechado. Entendeu cabível a substituição pelo regime aberto. O que, a meu ver, não fez sentido, já que o réu já havia cumprido mais de um ano em regime fechado.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direito e ainda assim, não foram fixadas na sentença, porquanto o juiz entendeu que o réu já havia cumprido mais de um sexto da pena, e, portanto, concedeu-lhe livramento condicional (ressalto que apenas formalmente, posto que em realidade, o Sr X foi transferido para uma clínica de tratamento de dependentes químicos onde permaneceu, embora bem tratado, em regime fechado por mais três anos).

A pena de multa foi fixada inicialmente em 800 dias multa e depois reduzida pelos mesmos fundamentos da pena privativa de liberdade para 150.

Em 19 de junho de 2009, o Ministério Público apelou com voracidade. Rebate a cada item da sentença em uma peça de 29 páginas. Criticou o uso de atenuante inominada fundada na co-culpabilidade, que alegou não existir na legislação brasileira. Criticou os critérios usados para a dosimetria da pena, pediu a redução da proporção aplicada na diminuição para o grau mínimo de um sexto desta. Propugnou pela necessidade de se afastar a substituição da pena privativa de

⁴ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁵ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: V –caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o DF.

liberdade por pena restritiva de direito⁶, bem como pelo afastamento da alteração do regime da pena e pelo veto à possibilidade de concessão de livramento condicional. Discordou da aplicação do regime inicial aberto. Demonstrou Inadmitir a substituição da pena e pediu a fixação desta em quatro anos, exigindo a quantificação da pena substitutiva.

De acordo com o Ministério Público, restou bem claro que o entendimento do magistrado, embora carente de previsão legal, foi o de que o cumprimento de prisão cautelar em delito ao qual, posteriormente, impõem-se penas restritivas de direito, de cunho substitutivo, e multa pode conduzir a que seja desnecessário o cumprimento destas últimas, devido a que a prisão processual, na prática, corresponderia ao cumprimento antecipado das penas em condições muito mais gravosas do que as aplicadas ao final. Porém, no processo de conhecimento, alegou que o juízo deveria primeiro condenar e quantificar a pena, tão-somente. Nessa medida, não poderia deixar de aplicar e de quantificar qualquer modalidade de pena. Deveria dosar todos os tipos de sanção penal aplicáveis à espécie.

Se, posteriormente, a prisão processual fosse considerada como cumprimento da pena, tal operação ocorreria dentro do habitual e conhecido processo de detração, a ser reconhecida pelo juízo de execução.

Lá, se o juiz de execução entendesse que o cumprimento da prisão processual, por ser modalidade mais gravosa que a das penas substitutivas e da multa, devesse ser considerada, no desconto, de maneira a anular a estas, este mesmo pronunciaria tal medida em sede de detração. Só não deveria o juízo do processo de conhecimento se antecipar ao de execução e deixar de aplicar ou quantificar uma pena por considerar uma detração que não lhe caberia fazer.

Ainda que o juiz federal se julgasse no poder de efetuar desde logo a detração, embora sentenciando processo de conhecimento, não poderia fazê-lo de maneira a eximir-se do dever de quantificar as penas substitutivas e de multa. Deveria, primeiro, quantificá-las e, depois, se assim se julgasse competente, fazer a detração. O certo é que não poderia deixar o magistrado, sob pena de grave

⁶ Até então não havia a Resolução 5, de 15.02.2012 do Senado Federal que suspende, nos termos do art.52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do §4º do art.33 da Lei 11.343/06 ou seja, que suspendeu a vedação da conversão das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direito porque foi declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n 97.256/RS.

omissão em matéria própria do processo de conhecimento, de fazer a quantificação de todas as penas.

A Defensoria Pública em 12.08.2009 apresentou suas contrarrazões à apelação. Entendeu que o Sr. X foi condenado à pena de um ano e cinco meses de reclusão no regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, tendo em vista que o acusado permaneceu mais de dois terços da pena submetido à prisão cautelar, o juízo a quo deixou de quantificar as penas substitutivas, porquanto fazia jus ao livramento condicional. Para tanto, colocou-o em instituição que abriga dependentes químicos em processo de recuperação, a qual disponibiliza a seus internos tratamento psicológico e espiritual, além de contar com atividades laborativas, até o trânsito em julgado da sentença ou até o término do processo de expulsão.

1.5 Sr. X vai para Anápolis

Sr. X foi escoltado em camburão da polícia federal, por ordem do juiz da 10ª vara federal, até Anápolis/GO em 10.06.2009. Foi entregue ao diretor do Oásis Santo Antônio, pertencente à Paróquia São Francisco de Assis, que teve que assinar ofício do delegado de Polícia Federal, determinando que o Sr. X fosse mantido na mencionada instituição à disposição do juízo federal. O delegado enviou ofício ao juiz para informar o cumprimento da determinação e dizer que o fez em caráter excepcional, visto que a Polícia Federal só realiza recambiamentos para unidades prisionais, escoltas ou em atividades de segurança. (Este fato, no meu entender, caracteriza a continuidade do regime fechado).

Diferentemente do conhecimento formal da situação, conhecimento apenas pelos autos, acompanhei o Sr. X em seus anos de incerteza e insegurança. Em visitas ao Oásis São José, feitas no último domingo do mês (único dia liberado para visitas aos internos), deparava-me sempre com dúvidas dele às quais não sabia responder. Aquele tempo era tempo de cumprimento de pena caso a mesma fosse majorada? Aquele tempo em que estava internado era considerado cumprimento de pena em regime fechado? Por quanto tempo teria que permanecer no local? Poderia sair após os nove meses de internato dos outros dependentes químicos ou continuaria preso e até quando?

A questão é que a sentença foi ruim, mal formulada. Não foi clara sobre a situação irregular em que ficou nosso “sujeito de direito” e nada se concluiu nos recursos que dali decorreram. Sobre o fato de que o Sr. X havia recebido livramento condicional, mas encontrava-se “preso” em uma instituição de caridade.

Em 10.11.2010 (dois anos e sete meses após) a Defensoria Pública requereu a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena imposta pelo juiz federal da 10ª Vara Federal Criminal, da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Em 01.12.2010, o Ministério Público requereu o prosseguimento do julgamento do recurso das partes. Mesma petição recebida novamente em 06.12.2010.

Em resposta aos pleitos de extinção da punibilidade e da imediata expulsão do réu, ao fundamento de equivocada premissa de que já houve definição quantitativa da pena privativa de liberdade imposta ao condenado a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal indeferiu os pedidos.

Em 28.03.2011, (dois anos e onze meses de espera) a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região prolatou acórdão, onde ficou determinada a pena de dois anos e oito meses de reclusão e 267 dias-multa. A não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, determinando ao juízo da execução que apreciasse desde logo o direito à progressão de regime, levando em conta o tempo de prisão já decorrido.

Em 27.04.2011 (três anos preso) a defensora, que nova no processo, quis ser diligente, interpôs embargos infringentes e pediu a juntada do voto vencido do desembargador Tourinho Neto, que é favorável aos direitos dos estrangeiros.

Nesta ocasião, entro em contato com a defensora e lhe transmito as dúvidas e aflições do Sr. X. Ela não consegue respondê-las. Pede então, em 02.05.2011, guia de execução provisória.

Em 03.06.2011 o próprio Ministério Público requereu que o recurso da defensoria fosse declarado prejudicado em virtude do cumprimento da sanção imposta; mas, se não, que fossem providos os embargos infringentes.

Em 21.06.2011 (3 anos e 3 meses de cárcere do Sr. X) despacha a relatora desembargadora Assusete Magalhães para expedição de guia de execução provisória.

Em 10.05.2011 foi indeferida a liminar em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria. A Defensoria alegou que o Tribunal Regional Federal silenciou-se acerca da necessidade da manutenção da prisão provisória do Sr. X, fato grave frente ao fato de haver excesso de prazo da prisão cautelar, tendo em vista que o encarceramento já havia perdurado por tempo superior ao fixado no acórdão.

Em 19.07.2011 (3 anos e 3 meses após a prisão em flagrante) a desembargadora Assusete Magalhães enviou informações ao ministro e oficiou ao juízo de execução de Goiás.

Em 19.08.2011 (3 anos e 4 meses), o Ministério Público reiterou manifestação de dois meses atrás em que pugna pela extinção do processo pelo cumprimento integral da pena.

Em 08.09.2011, Defensoria pediu prioridade no julgamento, informando a “prisão” em regime aberto e fez a juntada de exame médico do Sr. X que demonstrou a detecção de tumor em seu cérebro, atrás da cavidade nasal.

Em 12.01.2012 os autos foram remetidos ao gabinete do desembargador Carlos Olavo para julgamento dos embargos. Foram incluídos na pauta do dia 07.03.2012 (3 anos e 11 meses após a prisão em flagrante).

Os embargos infringentes só foram julgados em 30.05.2012 (4 anos, 1 mês e 17 dias após a prisão em flagrante), ou seja, pelo menos um ano e cinco meses além da pena mais gravosamente aplicada ao réu, em regime fechado e sem nenhuma informação.

A Segunda Seção julgou por unanimidade, prejudicados os embargos infringentes e concedeu de ofício o *habeas corpus*, determinando a expedição de alvará de soltura do réu, nos termos do voto do relator. E não mencionou absolutamente nada sobre o excesso de prazo ocorrido no julgamento ou sobre o princípio da razoável duração do processo.

O Sr. X. havia fugido clandestinamente por algum país da América do Sul uma ou duas semanas antes do julgamento, que nem tomou ciência de que estava para ocorrer. Ficou sabendo por mim, por e-mail.

Capítulo 2. Organizações criminosas e tráfico - A lógica do tráfico de drogas como indústria.

Na presente seção pretendo expor a lógica de funcionamento do crime de tráfico internacional de drogas, com o objetivo de identificar características de atividade produtiva, com estrutura de produção, distribuição (transporte) e comercialização. Pareceu-me lógico fazê-lo para demonstrar que, muito embora o “mula” seja atualmente considerado integrante de organização criminosa pela jurisprudência pátria⁷, sua posição é diferenciada dos outros integrantes menos vulneráveis deste empreendimento, motivo porque insisto na diferenciação de seu apenamento, que deve ser proporcional ao grau de sua participação no empreendimento do tráfico.

O crime de tráfico internacional de drogas requer, para seu funcionamento, que se mantenha um expressivo número de pessoas envolvidas em atividades despersonalizadas, como peças de uma engrenagem ampla, descartáveis e de pouca ou nenhuma importância em termos de escala, o que resulta na redução de sua participação na macroestrutura do tráfico a um “peão” em um jogo no qual as peças realmente importantes se expõem muito pouco ao risco de captura.

2.1 Consumo de drogas, individualismo e competição

O tráfico de drogas vem tendo ascensão crescente e constante nas últimas décadas devido à maior disponibilidade do produto e, possivelmente, da maior quantidade de pessoas com necessidade existencial escapista em relação a uma existência cujo sentido se apresenta como frágil e sob a pressão constante de uma sociedade em que valores como sucesso profissional, financeiro e afetivo são superdimensionados.

Fatores como a competição profissional acirrada, a falta de um sentido altruísta da existência e o desencantamento das instituições podem estar levando à necessidade de que se constituam fantasias coletivas de prazer hedônico, o que pode ser atingido no plano individual com o uso de entorpecentes.

⁷ Sobre jurisprudência, ver item 2.5 deste capítulo.

Segundo Norbert Elias, a crescente individualização da sociedade levou a uma situação em que

“é difícil dar uma ideia da dimensão da dependência das pessoas em relação às outras. Que o sentido de tudo o que uma pessoa faz esteja no que ela significa para os outros, não apenas para os que agora estão vivos, mas também para as gerações futuras, que ela seja, portanto, dependente da continuidade da sociedade humana por gerações, é certamente uma das mais fundamentais das mútuas dependências humanas, daqueles do futuro em relação aos do passado, daqueles do passado em relação aos do futuro. ...
... Muitas vezes, as pessoas hoje se veem como indivíduos isolados, totalmente independentes dos outros.”⁸

A crítica ao isolacionismo proveniente da posição individualista de ver e de estar no mundo tem repercussões importantes no debate entre os liberais e os comunitaristas. Charles Taylor sintetiza a posição dos comunitaristas, conferindo densidade filosófica à posição segundo a qual somente é possível atribuir adequadamente sentido à existência no plano da assunção da premissa de que há um pano de fundo inarticulado que nos une a todos os membros de uma dada comunidade, no prosclênio do qual as nossas atitudes, condutas, ações e reflexões se integram e interrelacionam de forma significativa. Segundo o autor:

“As relações com essas coisas [os objetos do mundo cognoscível] são em larga medida inarticuladas, e o projeto de articulá-las por inteiro é essencialmente incoerente, simplesmente porque todo projeto de articulação se apoiaria ele também num pano de fundo ou horizonte de engajamento não-explícito com o mundo.”⁹

O autor tenta articular uma renovada posição epistemológica segundo a qual o pano de fundo inarticulado e não percebido de nossa vida seja tornado transparente, em um nível que se pode associar ao que Heidegger chamou de “desvelamento”. Essa posição epistemológica tem rebatimento no plano da moral

⁸ ELIAS, Norbert. *A Solidão dos Moribundos, seguido de, Envelhecer e Morrer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, págs. 41/42

⁹ TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 24

como rejeição da razão puramente instrumental, como é o caso do utilitarismo, bem como das posições fundadas nas derivações de Kant.¹⁰

É nesse mundo de significações profundamente marcado pela lógica do indivíduo e pela noção de vida boa associada ao atomismo como perspectiva de pertencimento do sujeito à sociedade, que os mecanismos escapistas e as tentativas de conferir algum sentido à existência tomam seu lugar. Surgem daí novos fundamentalismos, teologias de prosperidade e acirramento de posições ideológicas radicais, seja no mundo ocidental onde o capital é o núcleo doador de sentido à vida, seja no mundo das teocracias de toda ordem, nas quais permanece uma noção fundamental de autoridade transcendente como organizadora da vida social e conferidora do sentido de vida boa. As drogas surgem como um meio de escapar da opressão, da competição e das formas de vida radicalmente individualistas, sem sentido de pertença e nas quais o sujeito não percebe sua vida como relevante para a coletividade. Havendo demanda pelo produto, haverá oferta. O tráfico internacional de drogas, que se materializa em uma estrutura de produção e distribuição em nível transnacional, é o resultado aprimorado de uma atividade produtiva que segue, como todas, a lógica da eficiência econômica, da racionalização da produção, da especialização de atividades e da escala como função do aumento de lucros.

2.2 Tráfico de drogas como empresa

O relatório sobre drogas do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC, intitulado Relatório Mundial sobre Drogas 2012 (em inglês, World Drug Report), consistem em um apanhado geral sobre as questões relacionadas à produção e comercialização das drogas no mundo e dá a medida de como essa atividade é tratada no âmbito da mais representativa das organizações internacionais.

Uma primeira observação importante é notar que a semântica do relatório é grandemente reveladora da natureza da atividade criminosa, qual seja, a de um potente comércio com aspecto marcadamente transnacionalizado e, podemos arriscar, globalizado.

No mais recente relatório sobre a produção, distribuição e comercialização das drogas no mundo, aparecem as seguintes palavras constantes da tabela abaixo,

¹⁰ Id., p. 27

com o número de vezes que se repetem, o que indica que o problema tem uma dimensão que não é prioritariamente moral, mas de saúde pública e comercial.

Tabela: Ocorrência de palavras relativas ao mercado de drogas no Relatório da ONU sobre o tráfico internacional de drogas.

Palavra	Número de ocorrências
market	297
markets	149
supply	61
supplier(s)	5
consumer	17
consumers	6
product	290
products	23
producers	11
economy	12
price(s)	131

(elaboração da autora)

A partir dos anos 80, o mundo passou a acompanhar o boom do tráfico internacional de drogas e seu conseqüente consumo. Segundo a hipótese de Osvaldo Coggiola, o crescimento está intimamente relacionado à crise econômica mundial, sendo que nesse contexto o narcotráfico chega a determinar, por exemplo, padrões econômicos nos países produtores de coca, cujos principais produtos de exportação têm sofrido sucessivas quedas em seus preços.¹¹ Segundo o autor, já em 1996 o tráfico movimentava cifra aproximada superior a quinhentos bilhões de dólares por ano, valor que era à época superior ao movimentado pelo comércio de petróleo.

¹¹ COGGIOLA, Osvaldo. "O Tráfico Internacional de Drogas e a Influência do Capitalismo" *Revista AdUSP*, agosto/1996. Disponível em [<http://www.adusp.org.br/files/revistas/07/r07a07.pdf>]. Acesso em 15/08/2012

A presente seção destina-se a apresentar o funcionamento do crime organizado, tendo em vista situar a participação dos “mulas” no mecanismo complexo do processo produtivo do tráfico internacional de drogas. O ponto central do argumento é a postulação da relativa irrelevância do indivíduo que transporta a droga no sistema de tomada de decisões do crime organizado em relação às estratégias de produção, distribuição e comercialização de drogas em escala transnacional.

O grau de periculosidade e de capacidade de gerar danos socialmente relevantes desse indivíduo, no contexto geral da atividade produtiva do tráfico internacional de drogas, é diminuto, já que sua parcela de atuação se resume à execução mecânica de uma tarefa sem nenhuma necessária especialização, sendo sua participação, portanto, impessoal, descartável, quase que “burocrática”. Aceita essa premissa, tem-se que uma política de combate ao crime organizado segundo a qual se apliquem as normas penais com o objetivo de punir o autor do crime e, ao mesmo tempo, desarticular o sistema produtivo do tráfico internacional de drogas, deve levar em conta o cotejo entre a real periculosidade de cada uma das tipologias de atuação dos envolvidos e da necessidade de ser mais ou menos rigoroso quanto à consideração das condições em que o autor do crime vai ser processado e punido.

Dito de outra forma, se o criminoso é um operador de alto escalão da estrutura criminosa e sua capacidade de gerar danos - sua periculosidade - justifica a limitação de seus direitos, tem-se um argumento para processá-lo e puni-lo de forma rigorosa, mesmo que se tenha alguma restrição a um direito fundamental. Vários são os exemplos dessa extrema limitação de direitos fundamentais na experiência atual da política de segurança, como o Regime Disciplinar Diferenciado previsto na Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003.

A Lei estabelece várias condições de execução de pena que, em tese, limitam direitos constitucionalmente previstos, de forma a afrontar, em especial o artigo 5º, III da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e que não haverá penas... cruéis”. A lei prevê, por exemplo, que o preso pode ser mantido em cela individual por até vinte e duas horas por dia, não sendo permitido receber jornais ou ver televisão, não tendo, portanto, contato com o mundo exterior. O regime diferenciado pode durar trezentos e sessenta dias, extensíveis a prazo que não exceda um sexto

da pena a ser cumprida. A inconstitucionalidade da lei é tema candente na doutrina, o que denota a sensibilidade da questão, longe de ser pacífica a sua utilização como instrumento da política pública de segurança.¹²

Não é o caso de abordar com profundidade a questão ou travar um diálogo com a jurisprudência sobre o assunto. Pretendo apenas identificar que a limitação de direitos fundamentais é tema difícil mesmo quando há evidente e gravíssimo risco à segurança pública, o que não é, parece claro, o caso dos “mulas” do tráfico internacional de drogas.

2.3 Organizações criminosas

Com a crescente compressão de tempo e espaço decorrente da globalização, assim como a economia ganha escala transnacional com fluidez jamais vista, com a criminalidade contemporânea o mesmo ocorre. A preocupação com as atividades ilegais em larga escala passa a ser central para os Estados, tornando-se parte significativa da política pública de segurança, a qual passa a demandar ação concertada dos diversos sistemas punitivos nacionais.

A natureza da atividade criminosa em larga escala, seja em estrutura, seja em planejamento, é muito assemelhada a de qualquer atividade produtiva. Aquela é realizada em uma estrutura de especialização de práticas, organizada por meio de uma lógica de eficiência produtiva, em que cada um dos participantes tem seu lugar na grande “máquina delituosa”, por assim dizer, que tem por objetivo a realização da finalidade delitiva; daí chamar-se “organização criminosa”.

O caminho adotado no Brasil para o combate à criminalidade organizada tem sido o de tipificar as condutas relacionadas ao crime organizado¹³ e de prever o

¹² Sobre o tema: DELMANTO, Roberto. “Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel” *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.134, p. 5, jan. 2004. BARBOZA, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em 04 de junho de 2012. MENEZES, Bruno Seligman de. “Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, V. 14, numero 168, p. 19, nov. 2006. WEIS, Carlos. “O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado.” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 155, p. 15, out. 2005. CHRISTINO, Márcio. *Sistema Penitenciário e o RDD*. Disponível em: [ww.mj.gov.br/Depen/publicacoes/marcio_christino.pdf.Acesso]. Acesso em 18 de agosto de 2012.

conceito de “organização criminosa” na lei, com o objetivo de punir esse tipo de crime e diminuir sua ocorrência.

Nesse sentido, exemplar é a celeuma sobre a definição de “organização criminosa”. A Lei 9.034 de 1995 objetivou definir e regular os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando e organizações criminosas. Ocorre que, apesar do objetivo da lei, seu conteúdo foi lacunoso quanto aos elementos definidores do que seria uma organização criminosa.

A Lei 10.217 de 2001, por sua vez, modificou-a para incluir em seu artigo primeiro uma parte final, da seguinte forma: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.” (grifei) A lei não definiu o que seriam as organizações criminosas, do que decorreu intensa polêmica no campo teórico do Direito Penal, em especial porque um dos dogmas fundamentais desse subsistema normativo é o da legalidade, como se sabe tomado de forma mais rígida do que em outros subsistemas. Adotou-se, como critério interpretativo sobre o sentido da lacunosa lei, a definição da Convenção de Palermo, ratificada por meio do Decreto Legislativo 231 e pelo Decreto 5.015/2004.¹⁴ Ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no HC 96007 – SP, (tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, publicado em 12.06.2012) não acolhia a definição da Convenção de Palermo, o que na prática tornaria sem efeito a tentativa de estipular normativamente a distinção entre os

¹³ Dentre as normas que dispõem direta ou indiretamente sobre crime organizado, além daquelas já citadas, a extensão do rol a seguir colacionado é significativo: Lei Antitóxicos – 6.368/1976; Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 24.09.1990; Lei dos Crimes Hediondos – 8.072/1990; lei que dispõe sobre os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – 9.034/1995; alteração da lei sobre crimes contra o sistema financeiro – 9.080/1995; lei que disciplina as interceptações telefônicas – 9.926/1996; lei sobre a tortura - 9.455/1997; lei que versa sobre a lavagem de dinheiro – 9.613/1998; Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Substâncias Entorpecentes, de 19.12.1998; Lei nº 9.807/1999, que dispõe sobre as medidas a serem adotadas para assegurar a proteção às pessoas expostas a grave perigo, em virtude de sua colaboração ou de declarações prestadas em investigação criminal ou processo penal; Lei nº 10.217/2001 que alterou a Lei nº 9.034/1995 - combate e repressão ao crime organizado; Lei 10.409/2002, que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

¹⁴ Sobre a polêmica, com posições antagônicas, ver: GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)*. Disponível em [\[www.ibccrim.org.br/site/artigos/imprime.php?jur_id=928\]](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/imprime.php?jur_id=928). Acesso em 20 de agosto de 2012. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva. 2008. p 240.

crimes praticados por grupos designados como bando, quadrilha ou organização criminosa.

Tendo em vista as dificuldades para se estabelecer o parâmetro de punibilidade diferenciado para os casos em que a conduta criminosa é realizada em estrutura complexa e articulada com vários sujeitos participantes, surge a Lei 12.694/2012. Tal lei originou-se de iniciativa da Associação dos Juizes Federais do Brasil em 2006, trazendo a definição do que seja “organização criminosa”. É importante notar que o contexto em que a lei é aprovada é o da ameaça a magistrados, especialmente em relação a grandes estruturas criminosas que envolvem indivíduos instalados dentro das instituições e dos Poderes do Estado. O caso emblemático é o das notícias veiculadas pela imprensa sobre supostos crimes cometidos pela organização alegadamente chefiada por “Carlinhos Cachoeira”. Nesse caso em específico, o juiz que funcionava no processo pediu para se afastar do caso e, segundo notícias veiculadas nos grandes órgãos de imprensa, manifestou intenção de sair do Brasil. Tendo em vista essa realidade, a lei prevê que o julgamento de crimes relacionados a organizações criminosas seja passível de ser realizado por colegiados, ainda em primeiro grau de jurisdição.¹⁵

A importância da definição do que seja organização criminosa reside no fato de que uma política de segurança efetiva para lidar com a complexidade deve ser adaptada conceitual e operativamente à situação diferenciada de um crime cometido por uma estrutura eficiente e complexa, distinta daqueles prosaicos crimes cometidos por indivíduos isolados ou que ajam em grupos, mas sem organização especializada e vultosa, tanto quantitativa quanto qualitativamente.¹⁶ Da

¹⁵ Veja-se, a respeito dos objetivos da lei, o parecer do Deputado Relator na Comissão de Legislação Participativa, em 19/04/2007, disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=453361&filename=PRL+1+CLP+%3D%3E+SUG+258/2006+CLP], acesso em 23 de dezembro de 2012. Sobre o contexto da promulgação da lei: “Crime organizado ameaça cerca de 400 magistrados no Brasil, estima AMB: para magistrado, nova lei pode coibir casos como o juiz que deixou a investigação da organização de Cachoeira”. Notícia disponível em [<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,crime-organizado-ameaca-cerca-de-400-magistrados-no-brasil-estima-amb,906133,0.htm>]. Acesso em 23 de dezembro de 2012.

¹⁶ No mesmo sentido GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89-92, para quem o legislador teria deixado de esclarecer algo central para a aplicação da lei, já que há uma extensa realidade fenomenológica do crime. No sentido contrário, MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.12, ano 3, out./dez. 1995, p. 93-100. SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários (Lei 9.296/96)*. São Paulo: Leud, 1997, p. 13-28.

classificação do conceito decorre a possibilidade de tratamento diferenciado, segundo o princípio da legalidade, sendo necessária para se tratar a criminalidade transnacional¹⁷, tendo o legislador preferido classificar os crimes a serem tipificados pela natureza de quem os comete, ao invés de classificá-los a partir do critério do tipo de conduta. Nessa hipótese, qualquer conduta que se enquadre naquelas cuja pena seja maior do que a do recorte temporal estabelecido ou seja realizada em escala transnacional será considerada de especial gravidade e tratada de forma diferenciada. O legislador optou, assim, por não fazer uma abordagem casuística das condutas.¹⁸

A necessidade de tratamento diferenciado para os crimes cometidos por uma organização criminosa tem relação com a ideia de que há, nesses casos, capacidade do crime de se rivalizar com o Estado no tocante à capacidade de tomada de decisões, já que a influência política pode se fazer sentir por meio da capacidade de organização e de mobilização de recursos e determinação de estratégias de médio e longo prazo em favor da efetividade da atividade criminosa. Exemplo claro dessa capacidade se verificou durante todo o século vinte, com a atuação das máfias, organizações capazes de fragilizar os Poderes, atuando com intimidação, medo, corrupção, captura de agentes do Estado, estratégias criminosas com alta eficiência e de impacto transnacional.¹⁹

2.4 Entendimento jurisprudencial pátrio sobre o “mula” na organização criminosa

Por enquanto não há decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da participação dos “mulas” em organização criminosa. Segue a controvérsia sobre a possibilidade ou não da incidência da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas para os traficantes internacionais de entorpecentes. O mencionado parágrafo assim dispõe:

Lei 11.343/06 – Art. 33. (...)

¹⁷ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. “Crime organizado: aspectos nacionais e internacionais.” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.16, ano 4, out./dez. 1996, p. 260-290.

¹⁸ SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Campinas: Bookseller, 2004, p. 242.

¹⁹ MAIEROVITCH, Walter Franganiello. “As associações mafiosas”. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, ano 1, ago. 1997, pp. 101-107.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ou seja, se o traficante integrar organização criminosa não faz jus à causa de diminuição da pena.

Muito embora a tendência dos tribunais seja a de confirmar o entendimento das instâncias inferiores quanto às mulas de fato integrarem a organização criminosa, tal posicionamento segue controverso, conforme a seguir se verifica.

No acórdão do HC 189.979, como em outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, concluíram os magistrados que o paciente do *writ*, embora considerado “mula de tráfico” integrava organização criminosa. A conclusão baseou-se no fato de que o acusado foi surpreendido tentando embarcar para a Holanda, viagem que teria sido patrocinada pela organização criminosa. Desse raciocínio se pode extrair a regra esboçada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que se a atividade foi patrocinada por organização criminosa então o agente faz dela parte.

Já no Supremo a tendência parecia ser de que tais criminosos se tratavam de pessoas de pouca participação no âmbito da organização criminosa, servindo-a apenas. Por algum tempo o STF demonstrou uma tendência de não considerar que o “mula de tráfico” integrasse organização criminosa, esposando o entendimento que se tratava de sujeito que, ao que indica a ratio essendi da decisão, não participava de atos de gestão, planejamento e nem mesmo se encontra em nível decisório. Aparentemente entendia que o “mula” apenas realizava uma atividade instrumental, sem qualquer real importância pessoal para a dimensão organizativa da estrutura criminosa, o que se inferiu da expressão “agiria servindo-a, apenas”.

Para o Min. Dias Toffoli a conduta do “mula” poderia ser considerada como de traficância menor ou eventual. Para o Ministro Ayres Britto tais pessoas seriam socialmente vulneráveis e apenas usadas pela organização. Ao dizer que os “mulas” seriam “usados”, coloca em evidência a vulnerabilidade do “mula” frente à organização criminosa, o que se defende no presente argumento.

Em sentido contrário, os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello entenderam que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga por essas pessoas.

No HC 101265/SP, da 2ª Turma do Superior Tribunal Federal, também foi mantido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, contrariamente ao entendimento do relator Ministro Ayres Brito e seguindo a linha de que o transportador da droga, “mula”, não pode receber a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art.33 da Lei nº11.343/2006 porque “muito embora a situação humana seja realmente terrível e essas pessoas não tenham a condição, às vezes de se furtar a realizar esse trabalho, também é fato que o tráfico internacional não existiria sem a presença delas” (Ministra Ellen Gracie).

O entendimento da ministra contrasta com a própria teleologia do sistema normativo de combate ao tráfico internacional de drogas na forma como adotado pelo Brasil, no sentido de que a pena e a culpabilidade/periculosidade devem observar uma relação de pertinência. Aparentemente o que a Ministra está a dizer é que o “mula” é realmente vulnerável e por vezes age sem condição de exercer a sua liberdade plena de escolha. Apesar desse reconhecimento, contraditoriamente entende que o mero fato de ser usado como instrumento da organização criminosa, mesmo sem qualquer poder e consciência de agir na condição de partícipe de uma estrutura organizada criminosa, o “mula” deve ser visto como membro de tal organização. A contradição reside no juízo ser contrário à própria lógica da repressão ao tráfico, que enseja maior punição ao membro de organização criminosa dado o fato de que sua eficiência, administração profissional, escala transnacional, seus métodos de sujeição dos membros e cooptação das autoridades são exponencialmente potencializadores da lesividade social da atividade. É essa a razão de ser do agravamento das sanções previstas para aqueles que integram as organizações criminosas. Se o “mula” é, por outro lado, vítima das organizações criminosas, é certo que ele pratica ato em favor das mesmas organizações, mas não é partícipe no sentido que se pretende na norma, sendo o enquadramento do fato de outra natureza.

Para o Ministro Celso de Mello “no fundo, o denominado ‘avião’, ou a chamada ‘mula’, ainda que tenha um papel menor no plano da organização criminosa, não deixa de pertencer, no desenvolvimento da sua conduta típica, a

essa mesma estrutura, que, no fundo, depende, fundamentalmente, da atuação isolada de tais pessoas”. Ministro Joaquim Barbosa acompanhou a divergência entendendo que para a concessão do benefício ali previsto “é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.” Não apenas que não se dedique à atividade criminosa.

Parece-me que o aspecto distintivo da qualificação da conduta está em seu sentido, não na sua manifestação empírica, no ato de fazer algo. Tanto é assim que são estabelecidos limites dogmáticos a algumas condutas na tentativa de fazer com que se distingam espécies, tipos de ações que podem ter maior ou menor impacto danoso. O exemplo de que o tráfico transfronteiriço é apenado de forma mais rigorosa do que aquele realizado dentro do Brasil é eloquente dessa tentativa de distinguir a gravidade do apenamento com base no sentido da ação. Ocorre que, por vezes, é necessário fazer a interpretação da ação no seu contexto, adequando e modulando a norma frente aos fatos, buscando-se interpretação consequente. Um exemplo disso é a passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 101.265/SP em que ele expressamente relativiza o texto da norma que determina a não aplicabilidade da minorante no caso de ocorrer transnacionalidade do tráfico:

“De igual forma, como destacado pelo relator, a transnacionalidade pode e deve ser um referencial, mas, não, necessariamente, um óbice ao reconhecimento da minorante.

O compromisso, primeiro, com a Constituição, obriga o magistrado, à luz da individualização da pena, a partir sempre de referenciais objetivos e não de formulações apriorísticas.”

A crítica que ora se faz ao entendimento do STF quanto à participação do “mula” na estrutura da organização criminosa é tema candente na jurisprudência. Exemplos da controvérsia em torno do tema são os julgados ACR 50685 do Tribunal Regional Federal 3ª Região, Quinta Turma, datado de 27/11/2012 e o ACR 9247 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Primeira Turma, datado de 18/10/2012. No primeiro caso entendeu-se que duas mulheres mulas que tencionavam levar quatro quilos de cocaína do Brasil para a África do Sul foram consideradas integrantes de organização criminosa, obtendo a pena de seis e sete

anos de reclusão. Já no segundo caso a decisão foi no sentido de não considerar um mula como participante de organização criminosa, apenando-se o mesmo em um ano e onze meses. Vale a pena transcrever o trecho em que o Desembargador justifica seu entendimento, posto ser símile ao defendido no presente trabalho:

“Na hipótese em apreço, o acusado é primário, de bons antecedentes e não há prova de que tenha aderido ou integrado organização criminosa. O indivíduo na condição de “mula”, em regra, não possui influência alguma nas organizações criminosas, que se aproveitam das circunstâncias pessoais desses cidadãos, muitas vezes comprometidos com dívidas de drogas, para atribuir-lhes o encargo de transporte de substância entorpecente, como se mostra no caso em comento. Correta, portanto, a redução da pena em dois terços, de acordo com o estipulado no parágrafo 3º do art. 33, da Lei no. 11.347/06.”

2.5 Criminalidade de massa e criminalidade organizada

O escopo de incidência da definição de organização criminosa leva à reflexão sobre outro tipo de criminalidade, a chamada “criminalidade de massa”. As distinções entre eles se verificam quanto à origem, capacidade danosa e forma de combate.

A distinção é relativamente simples de se identificar, já que na criminalidade de massa há o cometimento de grande número de crimes, especialmente em áreas urbanas, por sujeitos associados em bandos ou quadrilhas, ou mesmo agindo sozinhos, sendo portanto desorganizados, posto que não são realizados segundo uma estrutura com um repertório de ações que tenham por finalidade a lucratividade criminosa em larga escala, na lógica análoga a uma outra atividade produtiva econômica qualquer.²⁰

Embora a criminalidade massiva tenha potencial lesivo significativo, requer outros meios de prevenção distintos dos adotados no caso das organizações

²⁰ HASSEMER, Winfried. “Segurança pública no estado de direito.” *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.3, 1994, p. 20-38.

criminosas. São exemplos os crimes praticados na forma de associações criminosas ou associações ilícitas, como o bando ou a quadrilha, previstos no Artigo 288 do Código Penal Brasileiro.²¹ A diferença entre os tipos de crimes foi reconhecida definitivamente pela legislação, com a inclusão de nova tipologia constante do Artigo 288-A, incluído pela Lei 12.720/2012.²²

Na associação criminosa não se tem a necessidade de caracterização de organização sofisticada e especializada para o cometimento de crime, bastando a estabilidade da aliança entre os seus componentes para o fim da realização de crimes. Não há a associação segundo padrões normativos funcionais (escritos ou não), bastando a organização segundo o esforço comum e a vontade concertada de cometer o crime.

A criminalidade organizada supõe a institucionalização com grande abrangência e em grau de sofisticação superior à quadrilha ou bando. A estrutura conceitual do instituto organização criminosa engloba vários outros elementos que não se encontram presentes no conceito de associação criminosa, como o planejamento no sentido de constituir uma normatividade antioficial e própria²³, sistemas de punição próprios, conhecidos pelos membros, hierarquia funcional, com potencial de penetração nas instâncias do poder constituído, ligadas a fontes de financiamento que retroalimentam a capacidade delitiva, normalmente transnacionais.²⁴

As organizações criminosas, e em especial o tráfico internacional de drogas, diferenciam-se da criminalidade comum pelo fato de possuírem estrutura suprafronteiriça, sendo operado em vários países segundo uma lógica orgânica determinada, especializando atividades em cada um dos países, inclusive a mão-de-obra, como é o caso dos “mulas”, segundo as potencialidades de cada local em que se faz presente, podendo ter relações com outros grupos criminosos. Assim como na organização mafiosa tradicional, as organizações criminosas funcionam por meio

²¹ “Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

²² Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

²³ CHIAVARIO, Mário. “Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.5, jan./mar. 1994, p. 28.

²⁴ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Crime organizado e a legislação brasileira. Justiça Penal – Críticas e Sugestões* 3. São Paulo, 1995, p. 153

da utilização da violência como instrumento de coesão do grupo, operada de forma regrada em uma estrutura de autoridades e de hierarquias.

O crime organizado, como visto, opera segundo a lógica econômica, acompanhando as tendências de demanda e oferta dos mercados interno e externo. Os mecanismos de controle, como estímulos e incentivos, vão desde aqueles de natureza econômica, como a propina, até aos de ameaça coatora ou dissuasória por meio da violência física e psicológica, dificultando a investigação dos crimes cometidos e competindo com o Estado pelo monopólio da violência.²⁵

A estrutura é organizada de forma hierarquizada e os agentes são recrutados e especializados em funções determinadas, sendo as tarefas compartilhadas e divididas segundo a lógica da administração empresarial, voltada ao lucro.

Uma característica importante para os fins no presente argumento é que a hierarquia rígida²⁶ e o controle na divisão de funções leva a que os agentes de pouca especialização e pouco poder de decisão, como é o caso dos “mulas”, apenas tenham acesso às informações estritamente necessárias ao desempenho de sua função. Essa dinâmica tem por objetivo preservar os agentes de alto escalão da organização criminosa e dificultar a investigação criminal.²⁷

Como visto, portanto, o crime organizado funciona em uma estrutura hierarquizada, cujo planejamento é de natureza simulada à empresarial, sendo as atividades planejadas com divisão funcional e territorial. Os instrumentos para a efetivação da atividade delitiva incluem intimidação, propina, fraude e conexão com outras estruturas criminosas organizadas, especialmente as que operam em escala transnacional.²⁸

O objetivo da presente digressão é sustentar duas postulações: a primeira diz respeito ao reconhecimento da posição do “mula” no processo produtivo do crime organizado; a segunda, decorrente desta, é a de que a periculosidade (baixa) do “mula” não justifica a limitação de direitos fundamentais relacionados ao poder de punir do Estado. Dois aspectos são de grande e especial importância no tocante ao devido processo legal penal em relação à punição dos “mulas”: 1. O tempo de

²⁵ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.3, 1994, p. 20-38.

²⁶ SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários (Lei 9.296/96)*. São Paulo: Leud, 1997, p. 13-28

²⁷ DA SILVA, Eduardo Araújo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 72.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92-102.

duração do processo e o tempo provável de pena a ser atribuída à multa. 2. Os limites que o próprio Estado se impõe para legitimamente punir penalmente algum sujeito, limites expressos nos princípios do devido processo legal penal e, do ponto de vista normativo, na Lei de Execuções Penais. Esses dois aspectos serão em seguida tratados.

Capítulo 3. O Devido Processo Legal

O processo penal é forma de atuação do Estado que visa punir e busca ressocializar aquele que é condenado pela prática de crime. O processo é instaurado a partir da reunião de provas que indiquem a autoria e materialidade da ocorrência de um determinado delito, provas essas consubstanciadas em um inquérito policial cujo destinatário é o Ministério Público. De sua parte, o Ministério Público verifica se, a seu juízo, há elementos para que se ofereça ao Poder Judiciário uma denúncia de conduta delituosa. Se aceita a denúncia pelo Juízo destinatário, instaura-se um processo judicial. Essa é, em síntese minúscula, a forma de se iniciar um processo judicial, aí desconsiderados os casos em que a ação penal é de natureza privada.

O chamado princípio do devido processo legal penal é, em realidade, um comando normativo que dá sentido à persecução penal como ação do Estado que tem por finalidade restringir a liberdade do sujeito. Punir de forma tão gravosa para o sujeito, a ponto de retirar-lhe um bem jurídico extremamente precioso como a liberdade, supõe o exercício da força e da coerção de forma legítima, dentro de limites aceitos como razoáveis. O devido processo legal é composto, assim, de uma série de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que tornam o exercício do monopólio da violência pelo Estado justificável, devendo ser a expressão entendida processo legal “justo”.

O processo penal brasileiro deve ser realizado com igualdade de oportunidades às partes, contraditório e ampla defesa, dizendo-se que o processo é “acusatório”, o que significa que há distinção rígida entre quem acusa e quem julga, paridade de oportunidades processuais entre acusação e defesa, publicidade e oralidade dos atos processuais. Entende-se como garantia do acusado que, em regra, esteja ele em liberdade até que haja condenação definitiva, devendo o juiz, quanto à produção probatória, agir por provocação, de forma passiva.²⁹

O princípio do devido processo legal é previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo ela a primeira a reconhecê-lo de forma explícita. As constituições anteriores garantiam direitos processuais aos sujeitos,

²⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 148.

mas não de forma declarada em relação à ideia de justo processo legal, como é o caso do “due process of law”.

Um princípio é um núcleo doador de sentido a um campo de atividade humana e, enquanto tal, o princípio do devido processo legal confere ao sistema normativo processual uma significação que o vincula a conceitos gerais reguladores da atividade das partes e do Estado no processo judicial. Dentre esses conceitos compreendem-se dois vieses distintos, um de natureza processual e outro de natureza substantiva.

Do ponto de vista processual, as garantias do devido processo legal se relacionam com a realização de julgamentos por meio de procedimento adequado, com tratamento jurisdicional igualitário e seguindo determinadas garantias processuais como o já citado contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição³⁰, a prestação da jurisdição³¹ dentro de um tempo razoável³², dentre outros.

A prestação jurisdicional dentro de prazo razoável está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo sétimo, *verbis*:

“Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

...

³⁰ Há discussão se o direito ao duplo grau de jurisdição estaria compreendido entre aqueles relativos. Como essa garantia tem fundamento na preservação de um procedimento justo dada a possibilidade de falibilidade dos julgamentos em primeira instância, entendo que está ancorado no devido processo legal. PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Princípio Constitucional Da Celeridade Processual - Dissertação. Universidade de São Paulo. São Paulo 2010, p. 148. Disponível em [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22102012-115308/pt-br.php] Acesso em 10 de dezembro de 2012.

³¹ A previsão passou a constar da Constituição Federal com a Emenda Constitucional 45 de 2004, que inseriu o inciso LXXVIII no Artigo 5º: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³² Nese sentido: “...uma das garantias intrínsecas ao devido processo legal é o de que os processos devem ser céleres, buscando uma rápida solução para o conflito de interesses levado ao Judiciário,...”. ZARIF, Cláudio Cintra – “Da Necessidade de Repensar o Processo para que ele seja realmente efetivo”, in *Processo e Constituição*, Coordenação Luiz Fuz e outros, RT, São Paulo, p. 140. Há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também assim indica: “O réu (...) tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, nos. 5e 632). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário (...), traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.” (RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.” (grifos meus)

Do ponto de vista substantivo, ou material, o devido processo legal é entendido como meio de controle da razoabilidade dos atos estatais. Originou-se da análise dos limites de exercício do poder pelo Estado, objeto submetido à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em fins do Século XVIII. Segundo esse viés do devido processo legal, o Poder Legislativo tem de produzir leis que satisfaçam o critério do interesse público, o que é entendido como a razoabilidade da legislação, garantia do cidadão de que o Estado não inviabilize a efetivação de direitos fundamentais por meio de arbítrio ou atuando de forma a desrespeitar o bem comum.³³

O “*due process of law*” surge no âmbito do direito inglês, concebido como uma garantia fundamental do sujeito, sendo a história do instituto vinculada à própria história do constitucionalismo anglo-saxão.³⁴ A expressão “*due process of law*” foi utilizada pela primeira vez na Magna Carta, na Idade Média, por ato próprio do Parlamento, com a designação de Statute of Westminster of the Liberties of London, expressão que aparece da forma seguinte: “No man, of what Estate of Condition that

³³ NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999, 5a. Edição, p. 37

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*., VII ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83

he be, shall be put out of Land ou Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor put to Death, without being brought in answer by due Process of Law.”³⁵

Em outra passagem, no parágrafo 39, o devido processo legal aparece na Carta Magna, no contexto da previsão de um julgamento justo.

“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”³⁶

Em relação ao direito norte-americano há dois momentos na Constituição americana em que ele se manifesta, insertos em duas distintas emendas. Na décima quarta emenda, a previsão do *due process of law* é aplicável aos Estados e entendida como garantia contra infrações à liberdade de expressão, reunião, petição e culto religioso.

Na quinta emenda há previsão de aplicação ao Governo Federal e contém um comando implícito de igual proteção como aquele da décima quarta emenda. Ambas as previsões se aplicam à proteção das pessoas contra as ações arbitrárias do governo.³⁷

O devido processo legal procedimental é um instrumento normativo atinente à solução de conflitos. Já em sua vertente substantiva, o devido processo tem repercussão na capacidade do Poder Judiciário de intervir nos outro poderes, sendo sua competência nesses casos relativa não somente à avaliação, mas também à

³⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 16-17.

³⁶ Apud COMPARATO, id., p. 94. Pode-se entender, na tradição jurídica inglesa, as expressões “due process of law” e “law of the land” como muito similares, sinônimas mesmo. A alteração da segunda pela primeira expressão no texto da Magna Carta decorre da emenda de 1354. FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-15

³⁷ “The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment (applicable to the states) is understood to guarantee against state infringement such liberties as speech, press, petition, assembly, and religious exercise. The Due Process Clause of the Fifth Amendment (applicable to the federal government) has been construed to include an implicit equal protection principle like that found explicitly in the Fourteenth Amendment’s Equal Protection Clause. And the Due Process Clauses of both the Fifth and Fourteenth Amendments are provisions on which the courts have relied to protect persons against arbitrary government action, such as unfairly retroactive imposition of liability by legislatures or conscience-shocking actions by governments officials charged with enforcing the laws.” TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 1335. Nota: a expressão *conscience-shocking* ou *shock-the-Conscience*, usuais no direito dos Estados Unidos, pode ser compreendida como relativas às ações dos agentes do Estado que destoam dos padrões de decência civilizados.

validação dos atos e das decisões que envolvem a discricionariedade. Surge daí, como sabido, a crítica ao chamado ativismo judicial, que pode comprometer a independência entre os poderes. No caso em tela, meu argumento segue pela via do devido processo tomado em sua perspectiva procedimental, como prestação jurisdicional adequada em termos de tempo, consideradas as circunstâncias e as consequências da decisão, como se verá em seguimento.³⁸

O devido processo legal, como visto, tem sua origem na Idade Média, sendo seu sentido um comando que se destina ao Estado enquanto organização política, que tem de organizar as condutas dos sujeitos e sancioná-los quando do descumprimento. É importante princípio que dá ao sistema processual um sentido de respeito ao cidadão que se vê parte de um processo, dessa forma constando explicitamente do texto constitucional, de forma símile ao que preconiza a Constituição norte-americana, constante do inciso LIV do Artigo 5º.: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.³⁹

3.1 Tempo da decisão

Um dos aspectos centrais de um processo justo, ou em outras palavras, de um devido (justo) processo legal é a que a decisão seja dada em tempo razoável. O fundamento mais conhecido sobre o qual repousa essa ideia é o fato de que se a justiça tarda a funcionar pode haver o perecimento do direito por inviabilidade de sua fruição, ou mesmo da circunstância em que o jurisdicionado se encontra.

Diz-se, assim, que a decisão deve ser dada em tempo razoável, tendo em vista que assim se possa assegurar a efetividade do direito. A lentidão da justiça tem sido frequentemente apontada como um dos motivos da chamada crise de legitimidade do Poder Judiciário. Aqueles que litigam por meio da jurisdição estatal

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 482.

³⁹ Há outras regras e princípios constitucionais que se relacionam ao devido processo legal: princípio da legalidade (inciso II), inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), contraditório e ampla defesa (inciso LV), juiz natural (incisos XXXVII e LIII), irretroatividade das leis (incisos XXXVI, XXXIX e XL), inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), exigência de ordem judicial para prisão, ressalvada a realizada em flagrante delito (inciso LXI), publicidade dos julgamentos e motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX).

pretendem legitimamente obter decisão em tempo que se considere razoável.⁴⁰ A tentativa de conceituar o que seja razoável não é efetiva, pois apenas transfere a instabilidade semântica de uma palavra avaliatória para outras igualmente avaliatórias, que demandam igualmente a consideração do contexto em que vai obter seu significado enquanto parte de um argumento. Há quem entenda ser isso possível, que “razoável” significa conforme a razão; logicamente plausível; moderado; satisfatório. Seria um tempo suficiente para a correta prestação jurisdicional e que previna consequências danosas advindas da demora processual e que assegure eficácia da decisão.⁴¹

Se a razoabilidade do tempo da decisão é um conceito aberto, portanto de impossível objetivação, pode-se fazer um juízo, pelo menos a contrário senso, sobre a inadequação de certas decisões demoradas⁴², por critérios que podem ser identificados no consenso generalizado sobre os fatos. Para os efeitos do presente argumento, é possível sugerir com alguma segurança que uma decisão, no processo penal, que imponha uma pena que seja menor do que o período em que o sujeito tenha ficado detido de forma precária, é uma decisão inadequada do ponto de vista da razoável duração do processo, pois acaba por fazer com que a pena efetiva a que o acusado tenha se submetido tenha sido maior do que aquela que o Estado acaba por impor ao mesmo ao fim do processo.

Evidentemente uma decisão judicial obedece a um tempo diferido, um tempo necessariamente não imediato, posta a necessidade de compatibilização de algumas regras processuais constitucionais e infraconstitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, o direito a recorrer conforme o duplo grau de jurisdição, entre outros. Questão importante que se coloca é a do conflito entre decisão célere e realização de justiça material. Sem entreabrir espaço para a discussão sobre o que venha a ser a justiça material, sua existência ou possibilidade, ou da racionalidade dos julgamentos segundo um critério de correção ou de adequação a um parâmetro qualquer de justiça, a questão da existência de

⁴⁰ MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Platense, 2001, p. 57; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 248

⁴¹ BEZERRA, Márcia Fernandes. *O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 470.

⁴² FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contrados e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais*. Porto Alegre: Safe, 2008, passim.

um tal conflito deve ser tratada pelo fato de que grande parte da discussão sobre celeridade processual encontra limite na busca de uma pretensa justiça material. Diz-se, nesses termos, que justiça rápida é justiça ruim, tanto quanto justiça lenta, algo com o que concordo.

Não se advoga no presente trabalho a posição de que a decisão deva ser rápida a qualquer preço nem que os “mulas” do tráfico internacional de drogas devam ter algum tipo de privilégio processual e serem julgadas antes do que os demais réus. Ainda que de forma ideal se possa desejar a busca de justiça material, segurança jurídica e celeridade processual de forma igualmente importante, as circunstâncias nas quais o Poder Judiciário funciona não permitem a defesa ingênua e inconsequente da celeridade processual que acarrete injustiça, devendo esta ser privilegiada. Nossa proposta de encaminhamento da questão passa, portanto, por outro caminho, por outra forma de tratamento.

A rapidez de decisão em um processo, especialmente um processo penal, não é garantia de boa decisão, mas pode-se indicar que um processo em que a pena a final decretada possa ser menos gravosa do que a pena efetivamente cumprida a pretexto de garantir a aplicação da pena final é certamente um sem sentido jurídico, portanto inadequado em termos do funcionamento da Justiça.

O argumento do presente trabalho segue em um sentido diverso do que corriqueiramente se sustenta em relação ao direito à razoável duração do processo. Não se trata de sustentar que o processo tenha de ser célere para que o direito pleiteado seja fruído, um direito subjetivo que seja objeto do pedido e esteja pendente de que o Judiciário determine a condição de efetivação. O caso exemplar aqui tratado mostra que a demora na prestação jurisdicional pode acarretar uma consequência trágica para o apenado, além de ilegítima para o Estado punidor: ser punido fora dos limites em que o próprio Estado se impõe para tanto. O tema é sensível e tratado pela doutrina processual penal, havendo entendimento no sentido de que se a prisão do acusado extrapola o limite temporal previsto em lei, torna o constrangimento ilegal, corrigido por meio do livramento em liberdade do preso acusado.

O que faz com que a tragicidade dos fatos seja agravada é que o “mula” estrangeiro não tem, em regra, no seu repertório simbólico, linguístico, histórico, axiológico, existencial enfim, comunhão com o entorno onde ele vai cumprir a pena.

Além de cumprir mais pena do que deveria, o fará em situação de grande isolamento e despertencimento. Se isso fizesse alguma diferença em termos de uma política pública de segurança tocante ao combate ao tráfico de drogas haveria um argumento apto a justificar a limitação de direitos fundamentais do apenado, o que se mostra não ser o caso. Como já dito, o “mula” é uma peça descartável da operação de produção, distribuição (transporte) e comercialização das drogas, sendo substituído facilmente pela organização criminosa. Daí nossa hipótese de trabalho, que é a transferência do “mula” e do conseqüente processo para seu país de origem logo após a conclusão do inquérito policial, reunidas as provas que indiquem sua conduta com alguma probabilidade, tendo opinado o Ministério Público e decidido o Poder Judiciário.

3.2 Direito Penal brasileiro

3.2.1 Os limites da execução penal legítima. Lei de Execução Penal

É certo que o Estado tem o monopólio do uso da força e da violência de forma legítima, mas esse *munus* deve ser exercido dentro de limites críticos que garantam o exercício dos direitos fundamentais individuais do sujeito. É somente dentro de uma situação de justificável necessidade de limitação da liberdade do sujeito que o direito de punir se legitima, não somente do ponto de vista retórico, mas principalmente desde a perspectiva do consenso político que se forma em torno da ideia de uma sociedade organizada na forma de Estado democrático de direito. O direito do Estado de punir tem suporte nas normas penais definidoras das condutas criminalizadas⁴³ e nas normas específicas que determinam as condições por meio das quais a pena é executada, especificamente na Lei de Execuções Penais.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em uma série de incisos do Artigo 5º, os limites dentro dos quais o Estado pode punir penalmente o sujeito. Os direitos ali previstos dão uma ideia da dimensão da importância política da limitação que o próprio Estado se impõe quando o tema diz respeito à possibilidade de limitação à liberdade. Há um consenso histórico civilizacional sobre o qual se funda o arranjo

⁴³ Como sabido, é o Código Penal Brasileiro, o Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940, a lei de referência onde os crimes estão definidos. Além dele, leis específicas há sobre diversas tipologias de crimes.

político atual, que legitima a s sociedades em que o poder é exercido por meio de leis e não de preferências arbitrárias ou idiossincrásicas de um soberano.

Na ordem jurídica brasileira não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX). A lei não pode retroagir, a não ser em benefício do réu (inciso LX).

Com relação ao sistema de estabelecimento de penas e de seu cumprimento, as regras constitucionais fundamentais determinam que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (inciso XLV), devendo ser a pena individualizada (inciso XLVI), considerados a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (inciso XLVIII). Assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX).

É certo que o caso em tela trata do cometimento de um crime denominado hediondo, na forma do inciso XLIII, que determina: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de drogas e afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-lo, se omitirem.” (grifos meus) Para os fins do presente argumento, entretanto, o que importa ressaltar é que o “mula” tem posição vulnerável e diferenciada no “negócio” do tráfico internacional de drogas, sendo sua periculosidade muito baixa em relação à daqueles que comandam tais atividades. Nessa linha, sigo afirmando que o crime deve ser punido, segundo sua gravidade, dentro de limites autoreferentes e autoimpostos pelo próprio poder constituído. As regras de estabelecimento e de execução da pena são os critérios de adequação de uma proposta de justa punição ao mula e o desrespeito a elas ou a impossibilidade de seu cumprimento podem dar ensejo a uma ausência de legitimidade do exercício do múnus público da punição. O apenado é detentor de direitos fundamentais e o direito público do exercício do munus da punição somente pode ser realizado se não houver desrespeito a esses direitos.

O Código Penal Brasileiro determina, em seu Artigo 1º., que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

3.2.2 Ressocialização

O sentido da punição penal é dado por um binômio assente na doutrina: ressocialização e punição, sendo a primeira a mais relevante delas ou mesmo a única.⁴⁴ É essa a finalidade da pena da execução penal, ainda que seja do ponto de vista utópico, como norte desejado a atingir, contendo princípio de humanização da atividade punitiva do Estado, em face de outra posição, de natureza retribucionista. Entende-se que ao apenado, assim, deve a sociedade conferir um tratamento com a nota do humanismo.⁴⁵

Pode-se entender o Direito Penal como um sistema (ou subsistema) normativo para o controle de condutas socialmente sensíveis, classificadas como delitos, no qual há três fases: incriminação de condutas, aplicação/fixação da pena e execução penal,⁴⁶ sistema que para se legitimar deve operar, conforme se apontou, segundo alguns critérios e pressupostos justificadores da atividade punitiva do Estado, evitando-se o arbítrio.

A pena é definida como um mal, uma consequência indesejada e a ser evitada, cumprindo função de sanção na estrutura das normas e do ordenamento. No caso do Direito Penal, a sanção é atribuída, de forma típica, à liberdade dos sujeitos, sendo assim um castigo bastante gravoso. Sua natureza é, portanto, retributiva.⁴⁷ A finalidade do mal causado a título de sanção penal é ser um comando dissuasório repressivo e preventivo,⁴⁸ destinado a evitar que se realizem as condutas criminalizadas. A pena, portanto, não é e nem deve se materializar como um exclusivo ou preponderante instrumento de vingança da sociedade em relação ao sujeito que comete um crime.

O Direito Penal reflete os consensos axiológicos resultantes dos pactos em

⁴⁴ ALBERGARIA, JASON. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.9

⁴⁵ BETTIOL, Giuseppe. "O mito da reeducação". In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.278-279

⁴⁶ ROXIN, CLAUS. "Sentidos e Limites da Pena Estatal" In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.26.

⁴⁷ FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.348

⁴⁸ A legislação infraconstitucional dispõe sobre a expressa finalidade preventiva da pena no artigo 59 do Código Penal, verbis: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

torno dos quais se organiza politicamente a sociedade, sendo a teoria da pena atual o reflexo da racionalização e da humanização do poder de punir do Estado.⁴⁹ O consenso atual em relação ao dimensionamento e ao modo de cumprimento da pena, nos sistemas jurídicos organizados em Estados Democráticos de Direito, aponta no sentido de que a mesma não seja degradante, infamante e nem desproporcional.

A substituição da ideia de vingança privada por um outro tipo de vingança, de natureza institucionalizada por meio do Estado, não se justifica como instrumento de ressocialização do apenado, nem como conversão da violência em instrumento racional de “compensação” do mal causado.⁵⁰ Embora na perspectiva da teoria retributivista, a pena deva ser proporcional ao mal causado, essa regra deve ser um limite ao poder de punir do Estado e não um fundamento para a atribuição de um tipo de vingança.⁵¹ A redução da pena a essa sua dimensão não se coaduna com o conceito de dignidade segundo o qual não se pode coisificar a dimensão humana,⁵² posição que se postula no presente trabalho.

A função preventiva da pena faz com que se tenha de adequar a intensidade da mesma ao que o apenado apresenta de periculosidade. A teoria aponta três pressupostos legitimadores da função preventiva e também para determinar a quantidade e intensidade de pena a ser aplicada. Em primeiro lugar tem-se a crença em que há possibilidade de um prognóstico previsível sobre o comportamento humano (agente racional); o segundo é o da possibilidade de se adequar a pena à capacidade de produzir danos pelo apenado e o terceiro diz respeito à potência do caráter pedagógico da pena como mecanismo de intimidação e coerção.⁵³

O aspecto preventivo da aplicação da pena nos conduz a uma visão utilitária da sanção, que se projeta ao futuro, programando prospectivamente as condutas dos

⁴⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p.35

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.61

⁵¹ Id, ibid.

⁵² A formulação mais conhecida de dignidade é de Immanuel Kant, para quem o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo. Na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant diz que “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quanto uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65

⁵³ JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4a ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.59

apenados e ensejando o retorno do sujeito ao convívio social. Com a assunção de que o crime é um fato social e que não pode ser eliminado, o objetivo da pena deve ser evitar a ocorrência de condutas criminosas com grau de potencial lesivo que coloque a sociedade em situação de insuportabilidade.⁵⁴ A pena é entendida de forma limitada, modesta enquanto pretensão de intervenção na realidade social, sendo o postulado que ora se adota, o de que não é possível crer na potência do Direito Penal para elidir a ocorrência ou a própria existência de condutas criminosas.

O ser humano é suficientemente complexo, contraditório e multifacetado para prover a realidade social das mais variadas formas de conduta, desde sublime ao trágico, do belo ao tétrico, do amoroso ao mais abjeto. Penso, portando, que a pena deva servir à mobilização da vontade do sujeito no sentido do que sejam os consensos sobre a adequação da conduta a padrões mais ou menos esperados de correção, na medida em que a moralidade é, também, dimensão humana constituinte de nossa condição existencial.

Ao negar as visões cética, por um lado, e idealista, por outro, o argumento que ora desenvolvo pretende ser uma contribuição pontual, especificamente delimitada aos casos comuns àquele eleito para a análise, exemplar de outros que se mostram recorrentes pelos dados oficiais coletados. A adequação da pena do “mula” do tráfico internacional de drogas a parâmetros de execução que levem em conta sua periculosidade é maneira de considerar, de forma prudente, que a justiça que se faz na concretude deve levar em conta o contexto em que se produz o juízo, bem como suas consequências.

O que se deve recobrar enquanto pergunta e problema de investigação é se a aplicação de uma pena que coloca o sujeito fora de seu mundo, elimina a real possibilidade de sua reintegração e ressocialização, inviabiliza o seu pertencimento afetivo, linguístico, valorativo e de costumes, pode ser considerada adequada aos parâmetros segundo os quais o Estado pretende exercer o poder de punir.

A extrapolação da punição pode se dar tanto pela excessiva atribuição de quantidade de pena quanto pela forma de cumprimento fora dos critérios que se tem como adequados, o que se afirma no presente caso em estudo. O que sustenta a plausibilidade do argumento é a assunção do pressuposto teórico de que o Direito Penal serve – como, ademais, todos os subsistemas de direito - para resguardar

⁵⁴ REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V.1. 2a ed. São Paulo: Forense, 2004, p.10

mediatamente um rol de valores sociais importantes, sendo os bens jurídicos, digamos, a parte visível do que as normas tutelam. A sanção se mostra como um instrumento de confirmação de determinada ordem ética.⁵⁵

A teoria penal deve, assim, ser capaz de fundamentar a prevenção e a repressão objetivadas pela sanção nos limites de critérios racionais que sirvam ao cumprimento da função de controle, evitando o arbítrio estatal. São os princípios gerais do Direito Penal, em um viés democrático e humanista, os elementos de limitação da atuação Estado. Dentre eles se encontra o princípio da proporcionalidade da pena, que deve ser correspondente ao dano causado e possível de ser causado pelo agente, na medida em que a afirmação dos valores civilizacionais sobre os quais se erige o Direito passa pela forma como o sujeito é tratado pelo Estado.⁵⁶

O ideal de atuação do Estado deve ser, assim, o de ressocializar o apenado, para tanto mensurando e modulando a quantidade e a forma de aplicação da pena, segundo a finalidade do Direito Penal de inspiração teórica humanista.⁵⁷

A ressocialização, função da pena que tem caráter humanista, também denominada “prevenção especial positiva”, supera a posição meramente de retribuição do mal causado como fundamento da pena. A pena pode, nessa referência, significar um futuro bem ao apenado, no sentido de que ele possa, por um lado responder pelo ato cometido com um castigo, mas por outro, principalmente, possa ser sensibilizado para a necessidade de não reincidir, de trilhar outro caminho, eximindo-se de cometer novos delitos.⁵⁸ O processo de ressocialização é realizado com a ocupação do tempo ocioso do apenado com atividades específicas produtivas e educativas que buscam a reinserção do preso à vida em sociedade. Isso torna-se possível porque o encarceramento não oferece oportunidades de escolha de atividades como na situação de liberdade.

A ressocialização tem, portanto, caráter consequencialista, com vistas à

⁵⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993, p. 285

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 2007, p.65

⁵⁷ O termo “ressocialização” pode ser utilizado como sinônimo de “prevenção social positiva”. Cf. ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997

⁵⁸ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2aed. São Paulo: RT, 1998, p.228

recuperação e ao tratamento,⁵⁹ posição que confere à utilização da violência, legitimidade racional fundamentada em razões finalísticas e não de transcendentalidade ou como resposta a sentimento primal tal qual a raiva, o desprezo, o ódio que a sociedade possa nutrir pelo preso. A resposta social ao cometimento do crime encontra eco na própria legitimidade estatal, portanto, estando o cidadão ciente de que pode sofrer uma sanção razoável e proporcional ao mal que porventura venha a causar, mas sem que se sinta em direção a uma espécie de masmorra.⁶⁰

As teorias ressocializadoras se manifestam em duas dimensões dentro da finalidade a que se propõe; quanto ao momento e ao modo de realizar a ressocialização. No que concerne ao momento de realização da ressocialização, ela é classificada como extremada ou limitada. Na primeira a ressocialização deve ser a principal ou mesmo a única finalidade da pena, com grande relevo em todas as fases do processo, instrução e execução. Para esse modelo, qualquer indivíduo é passível de ressocialização e o Estado deve buscá-la a todo tempo.⁶¹ Na visão limitada, a ressocialização é uma dentre várias finalidades da pena. Quanto ao modo de atuação, a prevenção positiva é segmentada em programas máximo e mínimo, no sentido de adentrar a esfera íntima de liberdade de conduta do apenado e do respeito à autonomia da vontade do mesmo.

Não faz parte do escopo do presente trabalho discorrer sobre os aspectos minudentes das teorias ressocializadoras, mas identificar a importância da discussão sobre a fundamentação e a finalidade da pena, mostrando como a questão toma lugar privilegiado na teoria geral penal. A proposta que se leva a cabo no presente trabalho é respaldada por importante corrente teórica que defende ser a ressocialização a função precípua da pena, em um Estado Democrático de Direito, que respeita a dignidade humana, a proporcionalidade entre o delito, sua capacidade danosa e a pena, bem como a culpabilidade do agente.

Um programa mínimo de ressocialização pode ser compatível com o Estado Democrático de Direito, respeitando o direito individual de agir com liberdade de escolha, inclusive sobre participar ou não das oportunidades de ressocialização. O

⁵⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.99

⁶⁰ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.233

⁶¹ HASSEMER, Winfried. Id., p. 255

Estado se imiscui de forma mínima na liberdade do sujeito, mas provê medidas necessárias para que ele, em querendo e mediante incentivo⁶², participe das atividades relativas ao processo de ressocialização, permitindo que viva de acordo com sua visão de mundo e seus valores, com o objetivo de compatibilizar a liberdade individual com a normalização das condutas segundo a ordem social.⁶³

Evidentemente, o incentivo ao qual o indivíduo é exposto não se dá em um ambiente de exercício de ampla liberdade, posto que o mesmo está encarcerado, submetido a extrema coação, num sistema de ameaças implícitas e explícitas dentro do modelo de encarceramento reclusivo, o que certamente limita o exercício da liberdade de escolha e o consentimento. Não é o caso, portanto, de defender a crença inocente em que a ressocialização buscada seja possível como uma realidade empírica de forma plena.

O que postulo é uma posição voltada para a humanização do sistema penal, tendo em vista os princípios democráticos, republicanos e os valores que fundamentam e informam a ordem constitucional brasileira. Recuso-me, portanto, a adotar o ceticismo imobilizante de quem observa a realidade desde uma posição externa descrente, que não caminha no sentido da busca de soluções dos problemas ou pelo menos da melhora da situação daqueles que se encontram vulneráveis, sem poder defender seus próprios interesses.

O consenso sobre a importância deste tema levou a Organização das Nações Unidas⁶⁴ a editar regras mínimas para os presos, com o objetivo de estabelecer os princípios, o tratamento e as regras prisionais.

O documento é intitulado Regras Mínimas Para O Tratamento De Prisioneiros, regras essas que foram adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra, em 1955 e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.

⁶² Como exemplo de incentivo, a detração penal de um dia de pena para cada três trabalhados.

⁶³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.90

⁶⁴ Versão em português disponível em [<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>]. Acesso em 10 de novembro de 2012.

É interessante notar na Resolução, a importância das medidas de ressocialização do preso, consubstanciadas em vários itens. Cabe trazer algumas regras que permitem identificar o quanto o preso, para ser reintegrado e ressocializado, precisa ter contato com o mundo exterior, ter oportunidade de trabalho, obter informações, visitas de parentes e amigos, vivenciar a sua religião, peticionar junto às autoridades penitenciárias, ainda que oralmente, ter acesso a periódicos, livros e outros meios de experimentar o contato com o mundo e a realidade externa ao estabelecimento prisional, coisas que não são viáveis para o preso estrangeiro que se encontra longe da sua família e cultura e não fala o idioma local.

As regras se aplicam aos presos já condenados e aos presos ainda sem condenação. Vejamos algumas. O item 35 diz que assim que admitido, cada preso deve receber informação escrita sobre o regime prisional para sua categoria, sobre os regulamentos disciplinares e os métodos autorizados para obter informações e para formular queixas, além de qualquer outra informação necessária para conhecer os seus direitos e obrigações e se adaptar à vida do estabelecimento, ainda que oralmente, se não for alfabetizado. No item 36 se prevê que o preso tem a oportunidade de apresentar pedidos ou queixas, falar com o inspetor ou com qualquer outro funcionário com o qual lide.

Em seguida há uma seção sobre os contatos com o mundo exterior, em que se dispõe sobre as formas de se efetivar tal contato. Nela se prevê que o preso pode se comunicar periodicamente com sua família e amigos, quer por correspondência quer por visitas (item 37). Devem os presos ser informados sobre as notícias mais importantes através de leitura de jornais, periódicos ou publicações do estabelecimento prisional, por transmissões de rádio, conferências ou quaisquer meios semelhantes (item 39). Dispõe, ainda a Resolução, que o estabelecimento prisional deve manter uma biblioteca para uso de todos os presos, com livros de recreio e instrução, devendo ser os presos estimulados a lê-los.

Mais adiante há a previsão de que o preso deve ser informado sobre morte, doença e transferências. Deve o preso ser informado sobre a morte ou a doença grave de qualquer parente próximo, havendo previsão de que ele pode ser autorizado a visitar um parente próximo gravemente doente (item 44.2), inclusive.

Além disso o preso tem o direito de informar imediatamente à sua família sobre sua prisão ou transferência para outro estabelecimento prisional (item 44.3).

Na segunda parte do documento se dispõe sobre as regras aplicáveis ao que é chamado de “categorias especiais” de presos. Indicando claramente a inspiração ressocializante, visto o teor do item 58 da Resolução que dispõe sobre os chamados “princípios mestres”, determinando que a finalidade e o fundamento da pena de prisão ou de qualquer privação da liberdade é a proteção da sociedade contra o crime e que esse fim somente pode ser atingido por meio de se proporcionar o regresso do apenado à sociedade, com a mobilização da vontade do apenado de se auto-sustentar.

Ainda no item 60.2 se estabelece que devem ser tomadas medidas para que o preso possa progressivamente retornar à vida em sociedade e, logo a seguir, no item 61 se determina que deve ser enfatizada a condição de pertencimento do preso à sociedade, evitando-se a percepção excludente.

Muito clara, ainda, é a inspiração ressocializante da Resolução, quanto dispõe, no item 64, que o dever da sociedade não termina com a libertação do preso, devendo-se prover aos presos ajuda após o cumprimento da pena, que tenda a diminuir os preconceitos e permitam sua readaptação à comunidade.

A Resolução é escrita com a utilização de linguagem que denota, como se pode observar a preocupação com as condições de ressocialização do apenado, havendo uma parte do documento intitulada “tratamento”, na qual se determina que o objetivo da punição ou medida privativa de liberdade deve se inspirar o indivíduo a ter vontade de viver conforme a lei, manter-se do produto de seu trabalho e criar a aptidão para fazê-lo, para que seja fomentado o respeito por si e desenvolver o senso de responsabilidade. Deve, ainda, a pena ser individualizada, a personalidade ser estudada e criado um programa de tratamento individual, consideradas suas capacidades e inclinações. (itens 65 e 69)

Expressando a expectativa de que a vida do apenado deve ter continuidade na sociedade que o pune com o objetivo de ressocializá-lo, o item 72, tratando do trabalho, determina que a organização e o método de trabalho experimentado enquanto preso, deverão ser semelhantes àqueles que serão experimentados fora do estabelecimento prisional, quando egresso, estando preparados para as condições normais de trabalho livre. No mesmo sentido, o item 77.2 determina que a

educação dos presos estará integrada ao sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua educação. Ainda, no que toca às relações sociais e assistência pós-prisonal, deve ser estimulado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com pessoas ou organizações externas, aptas a promover os interesses de sua família e da sua própria reabilitação social (item 80).

Há uma seção específica em que se dispõe sobre os direitos do preso em situação de provisoriedade, ditos “presos não julgados”. Nela se estabelecem questões prosaicas como a possibilidade de obter alimentação de fora do sistema prisional por meio de familiares ou às sua próprias custas e mesmo o ensejo da possibilidade de trabalhar, em querendo, mediante remuneração. Outro direito do preso é a autorização a adquirir livros, material para escrever, para que se mantenha ocupado de forma adequada (item 90). A intenção de proporcionar ao preso contato constante com o mundo exterior e com a sua família fica patente no documento, sendo previsto o contato par que ele informe à família sobre sua detenção, sendo facilitada a comunicação, inclusive com amigos para que receba visitas (item 92).

O documento é uma peça eloquente representativa do consenso dos países membros da ONU no sentido de que o tratamento do apenado deve ser humano, dentro de uma perspectiva de ressocialização, de reintrodução do mesmo à vida social, às práticas sociais consideradas saudáveis como o trabalho e o lazer, bem como o contato com seus amigos e familiares.

O que a Resolução revela e afirma, extremamente relevante para os fins do presente trabalho,⁶⁵ é que a pena deve ser necessariamente um caminho para o redirecionamento do sujeito que comete um delito a uma vida que se considere saudável, eticamente consciente e socialmente integrada, sendo importante para tanto que ele possa ter contato, convívio e experiências com o mundo que o cercará quando sair do sistema penal. Por esse motivo, o cumprimento da pena deve ser realizado sempre que possível perto onde o apenado tenha as suas raízes sociais, afetivas, familiares, simbólicas, linguísticas e onde vá se reintegrar.

⁶⁵ LEAL, César Barros. “A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios.” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004, p.134-35

3.3 A Lei de Execução Penal - LEP

Passo agora a verificar quais são os elementos normativos que condicionam o sistema de apenamento criminal no Brasil. Sabe-se que no caso em análise não se trata de um sujeito condenado em definitivo, mas sabe-se que a ele também se aplicam as disposições da LEP⁶⁶. Entretanto, o motivo pelo qual a Lei de Execução Penal é analisada é que ela como que resume em si a lógica de aplicação de sanções penais a quem comete crimes, especialmente do ponto de vista do objetivo ressocializador último do Direito Penal. Afinal, é ela, a LEP, que expressa o sistema por meio do qual o Estado, ao mesmo tempo, retira o sujeito perigoso do convívio social, tenta fazer com que ele não mais reitere na conduta criminosa e, ainda, assimile alguns valores e conceitos de vida em sociedade que se deseja para um convívio íntegro e saudável.

O diploma normativo básico regulador é, portanto, a Lei 7.210, de 1984, que veio organizar normativamente o sistema de execução da pena no Brasil. Até então havia várias leis que tratavam do tema, sem sistematicidade. Elas regulamentavam o artigo 32 vigente do Código Penal Brasileiro. Foi, portanto, essa lei que organizou o tratamento dos presos, sendo inspirada pela ideia de ressocialização, trazendo coerência e unidade à aplicação das sanções previstas no próprio Código Penal.⁶⁷

A Lei de Execução Penal surge no bojo de uma reforma que institui outra forma de se tratar o preso do que aquela que o Código Penal albergava. Ela estabelece a finalidade ressocializadora da pena na fase de execução penal, como lei autônoma que assim prevê. Mesmo que com uma adoção limitada do ideal de ressocialização, ao âmbito da execução, a reforma de 1984 foi modificadora do paradigma por meio do qual o direito penal funcionava. Já no primeiro artigo é possível verificar essa mudança, porquanto se diz que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a

⁶⁶ O parágrafo único do artigo 2º da Lei 7.210/84 trata da extensão da aplicação desta também aos presos provisórios, in verbis: “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.”

⁶⁷ O artigo mencionado tratava dos regulamentos prisionais, in verbis: “Os regulamentos das prisões devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, bem como as restrições ou os castigos disciplinares, que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana. Parágrafo Único. Salvo o disposto no art.30, ou quando exija interesse relevante da disciplina, o isolamento não é permitido fora das horas de repouso noturno.” ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

harmônica integração.

O artigo primeiro da LEP determina, *in verbis*, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (grifei)⁶⁸

A LEP determina que a ressocialização deve ser harmônica, o que significa que ela não deve ser imposta, mas assimilada como um valor pelo apenado, embora não seja livre de sanções prevista na mesma lei, o que demonstra que não é espontaneamente cumprida pelo apenado. Embora carregada de conteúdo axiológico de natureza moral, o foco da ressocialização é o não cometimento de crimes. O Artigo 41, inciso XV, por exemplo, dispõe que o preso não deve ter contato com meios de informação contrários à moral e aos bons costumes. O caráter ideológico da ressocialização está presente na exposição de motivos da LEP, onde se verifica a influência da Resolução da ONU para regras mínimas para tratamento de reclusos.

Para os efeitos do presente argumento importa notar que a LEP teve influência do ideal ressocializador, com caráter humanista, obrigando o apenado e também o Estado, a conduzir a execução da pena de forma a considerar a reinserção do apenado à sociedade. Ocorre que, com grande frequência, o Estado apena o indivíduo sem respeitar os limites que ele mesmo se impõe para conduzir o ato sancionatório, o que acaba por inviabilizar qualquer objetivo de reinserção.⁶⁹

Como amplamente sabido, vários são os motivos pelos quais o ideal ressocializador da LEP é obstaculizado, dentre eles um de grande importância é a falta de condições materiais das prisões, carceragens, dificuldades burocráticas e de treinamento de pessoal.⁷⁰

O Direito Penal leva a cabo um alto grau de interferência estatal na esfera de liberdade do indivíduo, que não pode ser ilimitada. Há, portanto, princípios fundamentais de modulação e organização do poder estatal quando da aplicação de sanções penais aos sujeitos.

⁶⁸ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso em 16 de dezembro de 2012.

⁶⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3aed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.28.

⁷⁰ SANTOS, Eduardo Pereira. Execução Criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.37, janeiro-março de 2002, p.115.

A noção de soberania, no campo do Direito Penal, em específico da execução penal, se consubstancia na expressão algo ultrapassada, mas ainda com conteúdo de sentido presente, de uma “relação jurídica especial de poder” alegadamente existente na execução, segundo a qual o condenado não teria seus direitos protegidos como o são em relação aos demais sujeitos.⁷¹ Houve, no passado, um consenso no sentido de se aceitar que o Estado tivesse condição de submeter o sujeito de forma extrema, o que levou a que se cometessem inúmeras violações a direitos.⁷² Mesmo aquele que ainda não foi condenado definitivamente, por estar sujeito à privação da liberdade, tem direito a ser apenado de forma justa, humana e proporcional. Não há razão para se excluírem as garantias e os direitos fundamentais dos condenados ou a de qualquer um sujeito a outras modalidades de pena ou sanções penais que restrinjam a liberdade, como são os casos da prisão provisória e da medida de segurança.⁷³

No caso em estudo a sanção imposta passa a privar o sujeito de condições de ressocialização, alcançando por meio da privação da liberdade, outros bens jurídicos que não somente ela própria, como a comunicabilidade, a sociabilidade, a integração digna ao meio no qual vive. Quanto a esse fato há menção específica na Lei de Execução Penal de preocupação tocante ao apenamento fora dos limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. No item 20 da Exposição de Motivos consta, *in verbis*, que “é comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória.”⁷⁴

É também significativa a dicção do item 13 da exposição de motivos, ao indicar que o artigo primeiro tem duas ordens de finalidades, a aplicação da sanção prevista nas sentenças e demais decisões, com finalidade de duplo viés, repressivo e

⁷¹ HASSEMER, Winfried. “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós Guerra.” Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.44.

⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.37-54;

⁷³ BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.10-11.

⁷⁴ Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em [portal.mj.gov.br/services] e em [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257BC116F62C-19FB-4F25-8625-E6D3D415537D%257D%26ServiceInstUID%3D%257B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%257D&ei=LjMAUZxvM4mi8QTn4IHwCA&usq=AFQjCNFImlytaCyEIN1YLg5XQ6m7e0DivQ&bvm=bv.41248874,d.eWU], acesso em 05 de janeiro de 2013.

preventivo, e o oferecimento de meios para os apenados virem a ter participação construtiva na comunhão social.

A ressocialização, assumida pela LEP, comunga com os princípios gerais penais o status de limites críticos à atuação estatal. Assim, legalidade, isonomia, devido processo legal, presunção de inocência, proporcionalidade e individualização da pena são aplicados integralmente à execução.⁷⁵ Isso é afirmado nos artigos 3º da LEP e 38 do Código Penal Brasileiro.

Princípios tidos como específicos da fase executiva são os da humanidade das penas e da vedação ao excesso de execução e o da personalidade ou intrascendência.⁷⁶

Aquele que é apenado não perde a sua condição de ser humano, o que leva à vedação de tratamentos cruéis e atentatórios à dignidade humana. Entende-se que mesmo no pior criminoso há algo que o distingue e identifica como um ser humano, um igual, alguém que conserva a característica imanente de pertencer à condição de sacralidade e, ao mesmo tempo, precariedade próprias da raça humana. O Estado não pode tratar o indivíduo que cometeu um crime, mesmo que muito cruel, como um mero castigo que desconsidere a possibilidade de ressocialização, em alguma medida. Se não há crença na possibilidade de adequação do apenado ao futuro convívio social, deve-se reconhecer que ele não tem qualquer condição de se determinar moralmente como indivíduo. É o caso daqueles que são considerados como incapazes de responderem por seus atos e merecedores de uma medida de segurança, não uma pena. Nos demais casos, apostar e nutrir a expectativa da possibilidade de ressocialização é, além de imperativo constitucional-legal, princípio e fundamento do campo teórico e prático da execução penal.⁷⁷ Não é demais lembrar o artigo 5º., XLVII, da Constituição Federal, que proíbe as penas de morte (excetuado o caso de guerra declarada), de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis de todo gênero, como por exemplo as corporais e infamantes. Outro ditame especificamente relacionado ao respeito aos direitos dos presos se encontra no artigo 5º, inciso XLIX, tocante ao respeito à integridade física e moral dos

⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. São Paulo: RT, 2007, p.39

⁷⁶ GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994, p.40

⁷⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORREA JÚNIOR, Alceu. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: RT, 1998, p.222

submetidos à pena privativa de liberdade, além do princípio-fundamento da própria ordem jurídica brasileira, qual seja o da dignidade humana, previsto no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Em termos ideais e empíricos o princípio da humanidade da pena não é respeitado em um estabelecimento prisional que não apresente condições de ressocialização, como se vê constantemente nos estabelecimentos do nosso sistema prisional, em que não há qualquer condição sanitária, de trabalho, de aprendizado, de prática desportiva ou de desenvolvimento de experiências religiosas. Acresce ao problema geral de falta de condições de ressocialização no sistema penitenciário brasileiro (reproduzido em grande medida nas carceragens de delegacias de polícia e locais em que se dá a prisão provisória de réus) o fato de que, no caso dos “mulas” estrangeiros do tráfico internacional de drogas, em geral o indivíduo não fala português, não possui amigos ou familiares no Brasil, não possui o repertório de referências culturais, afetivas, experienciais enfim, relativas a nossa sociedade.

Como na maioria dos casos os “mulas” são condenados e, posteriormente, expulsos do Brasil, não faz sentido pensar em que será ressocializado, pois a sociedade em que viverá no futuro será a de outro país que não o Brasil.

A vedação de excesso de execução é corolário da coisa julgada, conforme o Artigo 5º., inciso XXXVI da Constituição Federal. A execução da pena objetiva colocar em prática o que determina a decisão judicial, devendo se ater àquilo que ali é disposto e cristalizado pela força da coisa julgada. Segundo o disposto no Artigo 185 da LEP, se o ato de execução penal foi realizado fora dos limites estabelecidos na sentença, em normas legais ou regulamentares há excesso de execução. Assim também o artigo 3º. da Lei de Execução Penal, que determina que sempre que for atingido algum direito do condenado não restringido pela sentença ou pela lei, haverá excesso. Portanto, sempre que as condições da execução penal forem relevantemente mais gravosas do que o que foi determinado em decisão judicial haverá ofensa à coisa julgada, devendo a situação ser adequada.⁷⁸

Há na doutrina referência ao fato de que os tribunais não consideram a condição de execução da pena fora dos parâmetros preconizados pela LEP como excesso de execução, o que me parece evidentemente um entendimento no sentido

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2007, p.400

de manter os apenados fora do convívio social, mesmo que reconhecidamente em situação de inadequação aos parâmetros legais. É compreensível que as decisões judiciais tenham de considerar as consequências práticas para o mundo da vida concreta, porém há de se reconhecer que entendimentos como esses legitimam uma ilegalidade dramática que negam a condição de dignidade a um grupo de pessoas consideradas como menos merecedoras da proteção legal-constitucional. É profundamente contraditório afirmar que o sistema de execução penal que segue uma lógica humanista de compromisso com os direitos fundamentais possa, ao mesmo tempo, perpetrar restrição tão grave de direitos fora das condições mínimas de justiça e dignidade. Parece-me, portanto, que nessas hipóteses se verifica o excesso de execução da pena.⁷⁹

A pena somente se aplica a quem comete o delito, não podendo ser aplicada contra outra pessoa, o que caracteriza o princípio da personalidade (também chamado de princípio da intranscendência). A responsabilidade pelo cometimento do delito é, assim, do autor e somente dele.⁸⁰ Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, determina o Artigo 5º., inciso XLV. Essa garantia evita que haja sanções de infâmia ou de confisco do patrimônio familiar do apenado, embora saiba-se que as consequências trágicas da prisão de um familiar acabem sendo sentidas e suportadas por seus entes queridos, amigos e, às vezes, até colegas e conhecidos.

Em casos rumorosos e escandalosos que tomam espaço na grande mídia, o desenrolar do processo e a penalização do sujeito acabam por ter repercussão também na relação da sociedade com aqueles que foram privados de seu convívio. Essas consequências, entretanto, não podem ser confundidas como extensão dos efeitos da pena para além do indivíduo apenado, mas são transbordamentos naturais dos efeitos do fato de que, de alguma forma, houve notoriedade e grande divulgação do ocorrido. Não há, aí, concorrência de alguma ação ou inação estatal à qual possa ser atribuída alguma falta. É naturalmente expectável que assim ocorra, devido ao fato de que vivemos em uma sociedade livre, aberta e onde as informações são veiculadas pelos instrumentos de mídia de massa.

Ao assumir que há uma dose de inevitabilidade de que os efeitos nocivos da penalização criminal sejam extrapolados para os que estão ao redor do apenado, não estou a concordar que isso seja adequado, desejável ou mesmo natural (no

⁷⁹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução Criminal*. São Paulo: Atlas, 2007, pp.40 e segs.

⁸⁰ BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.48

sentido de que as coisas são assim mesmo, fatalmente). Penso que medidas como a de prisão deveriam ser aplicadas cada vez em menos casos, tendo em conta sempre o ideal de se buscar um sistema de ressocialização que seja o mínimo possível visto como castigo cruel, buscando-se a sensibilização do apenado para o bem ou, no mínimo, a conveniência de se conviver em sociedade agindo de acordo com os consensos mínimos sobre a conduta correta a ser realizada, especialmente eximindo-se do cometimento de crimes e delitos penais de qualquer natureza.⁸¹

Como se vê, os princípios atinentes à execução penal apontam para que o preso possa ter colocados à sua disposição, os instrumentos e as condições de se ressocializar, tendo como objetivo final a sua reinserção social.⁸²

Com relação ao caso em análise, ainda que a ressocialização fosse possível, o que não é o caso, ela seria inócua, tendo em vista a perspectiva muito provável de que após o cumprimento da pena, o réu será expulso do Brasil. Sua pretensa ressocialização, tendo como pano de fundo a sociedade brasileira seria, portanto, praticamente inútil, já que a sua vida futura seria totalmente vivida fora dali.

⁸¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.32

⁸² Apesar de haver teses de que o ideal ressocializador não deve ser observado, pois seria uma violência contra a individualidade do sujeito e sua autonomia, não compartilho dessa ideia, tendo em vista o aparente descolamento dessa matriz de argumento da realidade vivida em estabelecimentos prisionais e da vivência do Direito Penal considerado de forma geral. Penso que há necessidade de, minimamente, “convidar” o sujeito ao não cometimento de crimes, apresentando os benefícios de um convívio pacífico para a sociedade como um todo. Em sentido contrário: ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: ressocialização e o Direito Penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade de São Paulo, 2009, 175 pp

Capítulo 4. Sobre o argumento da soberania

Ao abordar o tema da soberania, pretendo argumentar que apesar da permanência do conceito como organizador das relações geopolíticas no plano internacional, mesmo se considerada a sua formatação clássica, há espaço para uma reflexão sobre o interesse coletivo dos cidadãos de um determinado Estado em que a persecução penal de um criminoso “mula” de tráfico internacional de drogas, flagrado no exterior, se dê em seu próprio país.

Um dos argumentos utilizados para fundamentar a posição de que um determinado Estado não pode deixar que outro realize a persecução penal é a defesa de sua soberania. Na presente seção do trabalho pretendo abordar a questão do aparente conflito entre a soberania, como um conceito doador de sentido à própria noção moderna de Estado, e a proteção do direito fundamental do apenado de ser processado segundo o princípio do devido processo legal.

A reflexão se dá em dois momentos: um primeiro em que se apresentam as referências teóricas ao conceito de soberania na passagem para a modernidade, em que se constitui o Estado nação; e um segundo, em que se apresenta o problema da relativização do conceito de soberania tendo em vista os fenômenos associados à globalização e as condições de relativização da ideia de soberania.

Pretendo argumentar que em nenhum dos dois registros de sentido da soberania ela pode ser obstáculo à ação do Estado no sentido de procurar realizar a persecução do preso por crime de tráfico internacional de drogas de forma a contemplar os direitos fundamentais e o devido processo legal, mesmo que para isso se tenha de abrir mão de processá-lo no Brasil.

4.1 O conceito clássico de soberania.

O conceito jurídico-político de soberania diz respeito ao poder de mando em última instância na sociedade onde o poder político é organizado. Dessa forma, a soberania é um conceito distintivo entre as sociedades humanas em que a organização não se encontra dada por esse critério. A soberania é, portanto, a racionalização política do poder que transforma a força em poder legítimo. Essa racionalização é que permite identificar a autoridade que o exercita.

O conceito aparece em fins do século XVI e indica o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política, com finalidade de reunir em uma única instância o exercício da força em um determinado território. Ao racionalizar, assim, o poder de uso legítimo e monopolístico da força, o conceito de soberania concilia o poder supremo de fato com o de direito.⁸³

A noção de soberania está ligada à de poder, sendo soberano o Estado que exerce o poder dentro de seus limites geopolíticos de forma incontestável. É Bodin, pela primeira vez, que vai estabelecer a soberania como uma característica fundamental do Estado, considerando a soberania um poder preponderante ou supremo. Em seu sentido negativo, pode a soberania ser considerada negativamente como a liberação ou dispensa das leis e dos usos do Estado e positivamente como o poder de criar e revogar leis.⁸⁴

Para Bodin, a essência da soberania é identificada ao poder de fazer e revogar leis, tendo em vista que esse poder resumiria em si todos os outros e, enquanto tal se configuraria como a força de coesão capaz de manter unida toda a sociedade.

Já para Hobbes, em posição contrária, o momento da execução do poder cogente é o único a ter condições de impor comportamentos e que representaria o único meio adequado ao fim, que é o de se fazer obedecer. Assim se estabelece a distinção entre ambas as teorias; para Bodin, o soberano tem o monopólio do direito por meio do poder de legislar, enquanto que para Hobbes o poder deriva do monopólio da força ou da coerção física.

No capítulo XVIII do *Leviatã*, Hobbes discorre sobre os direitos dos soberanos por instituição, apontando doze deles que constituiriam a essência da soberania. A relação de soberania se estabelece em diversos sentidos, desde a justificação racional da sujeição até o poder de fazer a guerra e conceder honrarias e títulos.⁸⁵

O consenso sobre o conceito de soberania leva, como se pode observar em sua formulação clássica, a uma dimensão de incontestabilidade. Seria, assim, absoluta, perpétua, indivisível, inalienável, imprescritível.

⁸³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, Volume 2, 9ª. Edição, 1997, verbete soberania, p. 1180

⁸⁴ BODIN, Jean. "Six Livres de la République", apud ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*: São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 911, verbete "soberania".

⁸⁵ HOBBS de MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, pp 145-151

O conceito de soberano indicava, na Idade Média, uma posição de proeminência, mas que não impedia outros sujeitos que não o governante superior na hierarquia a exercer a soberania. Nesse sentido, até os barões poderiam ser soberanos. Com a chegada do Estado soberano, uno, centralizado, há uma quebra dessa longa e complexa série de formas de articulação do poder, de forma que o soberano onipotente se relaciona de forma cada vez mais direta com seus súditos.⁸⁶ A noção moderna de soberania traz uma inversão importante da fonte do poder do soberano, sendo que o novo rei é aquele que faz a lei e, dessa forma, não é por ela limitado, estando assim em uma posição *supra legem*.

Em Locke se pode verificar a exigência de uma soberania limitada. Ele nem mesmo fala em soberania, mas em um “supremo poder” do parlamento limitado pelo contrato (um contrato constitucional de convivência comum) e pelo próprio povo, do qual o Parlamento é representante. No capítulo XIII Locke trata da hierarquia dos poderes daquilo que denomina comunidade civil, cuja passagem merece transcrição:

“Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança.”⁸⁷

Com Rousseau a soberania é identificada como poder legislativo, como conceito de vontade geral. A origem convencional do contrato encontra

⁸⁶ Idem, p. 1181

⁸⁷ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes (Coleção Clássicos do Pensamento Político) 1994, p. 173.

fundamentação na ideia de soberania, sendo ela o exercício da vontade geral, que não pode ser alienada ou dividida, nem tampouco concentrada nas mãos de um homem ou grupo. A vontade geral é equitativa, uma convenção que a todos obriga, já que fundada em um contrato útil, cujo objeto é o bem geral. Sendo o fundamento da convenção entre os indivíduos que vivem em sociedade civil, permite o resgate da liberdade original.

Rousseau objetiva garantir a liberdade individual, sendo sua concepção de direito político radicalmente democrática, já que faz depender do povo a autoridade e a soberania. Como fundamento da liberdade, portanto, a soberania é inalienável e indivisível, sob pena de alienação da dignidade do próprio homem. É a lei, nessa concepção de soberania, que vai determinar o destino do Estado.⁸⁸

Interessante notar, para os efeitos do argumento que ora se constrói, a importância da dimensão do bem comum na formulação do conceito de soberania proposto por Rousseau, expresso na ideia de vontade geral.

“A primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada.”⁸⁹

Em uma visão canônica da perspectiva anglo-saxônica, a soberania é conceituada como um governo que possui autoridade sobre uma área com fronteiras claramente definidas, dentro da qual é o poder supremo.⁹⁰

Para essa tradição, na linha de Bentham e Austin, a soberania é encarada como um hábito de obediência daqueles que estão sob as ordens do soberano. Para MacCormick, as autoridades soberanas são aquelas pessoas ou assembleias habitualmente obedecidas, mas que não devem obediência a qualquer pessoa superior a eles. Para o autor, uma sociedade política independente é composta de

⁸⁸ ARBOUSSE-BASTIDE, Paul & MACHADO, Lourival Gomes – “Vida e obra”, introdução à obra Rousseau – São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.19

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 85

⁹⁰ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 339

um soberano e os que vivem no território no qual a obediência e as regras são aplicadas e mantidas. Um Estado pode ser tanto uma outra forma de designar uma sociedade politicamente independente, como uma entidade governamental colegiada composta pelo soberano juntamente com as autoridades subordinadas às quais são delegadas alguma porção dos poderes soberanos de comando e coerção.

91

A soberania é, portanto, mesmo em seu conceito clássico, composta de uma dimensão de relevância social, associada ao interesse geral de uma dada coletividade que se organiza politicamente de forma a realizar determinados objetivos.

O argumento da soberania, nesse registro histórico e semântico, pode ser compreendido como a expressão do poder como fruto da vontade do povo, o que determina que as medidas que sejam realizadas em nome da soberania tenham de ser em conformidade com um pacto convencional axiológico que tenha como fundamento tanto as regras (materiais, processuais, e de câmbio) como os resultados da ação, em uma perspectiva consequencialista. Assim, falar-se em soberania como um conceito que impede uma solução processual de relativização do múnus persecutório do Estado parece um contrassenso, tanto em termos da primeira dimensão que possa orientar os fundamentos da decisão, ou seja, a da norma a ser aplicada, quanto em relação à segunda dimensão, a das consequências do curso de ação tomado.

Os dados mostram que a persecução penal do preso por tráfico internacional de drogas no Brasil, na forma como vem sendo realizada, apresenta problemas de compatibilização com as normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem os direitos fundamentais do preso, como por exemplo, a norma que dispõe sobre o devido processo legal na sua dimensão temporal, o conhecido “princípio da razoável

⁹¹ “Sovereign rulers are those persons or assemblies who are habitually obeyed, but are not in the habit of obeying any human superior above themselves. An ‘independent political society’ is the group comprising a sovereign and all those living in the territory within which the habit of obedience obtains and the commands hold sway. A ‘state’ is either an alternative name for an ‘independent political society’ or is the collegiate governing entity that comprises the sovereign together with those subordinate power holders to whom have been delegated some portion of the sovereign’s powers of command and enforcement.”MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: law, state and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 20

duração do processo”⁹², bem como as normas dos artigos 40 e 41 da Lei de Execução Penal.⁹³

4.2 A reflexão contemporânea sobre o conceito de soberania

Antes de passar à exposição da crise do conceito de soberania como núcleo doador de sentido e unificador de processos históricos tais como a formação do Estado moderno e a constituição de uma teoria do Estado, parece ser importante mencionar dois fenômenos que podem ser considerados adversários da soberania, segundo Matteucci⁹⁴: o constitucionalismo e o federalismo a esse integrado, e o pluralismo. No primeiro recorte, Benjamin Constant, como exemplo de teorizador do moderno constitucionalismo, pretende reduzir - para não dizer, eliminar - de seu sistema o conceito de soberania, identificando-o ao poder absoluto e arbitrário. Soberania e constitucionalismo são, assim, em certo sentido, termos antagônicos. Quanto ao federalismo, exemplo de contraposição política à noção de soberania são os Estados Unidos da América, que foram constituídos com base em uma ideia contrária a um Estado unitário, no qual o poder encontra-se concentrado. A lógica do constitucionalismo americano pretende dividir o poder para limitá-lo, tendo como núcleo de sentido a supremacia da lei, não do soberano.

⁹² A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

⁹³ Os artigos 40 e 41 da Lei 7.210/84 assim dispõem: Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o

descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e

desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à

saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de

sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da

companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade

de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o

diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de

direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros

meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a

cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos

mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, Volume 2, 9ª. Edição, verbete soberania, p. 1185

Já a teoria pluralista do poder é o adversário político da soberania, ao ressaltar o processo de formação da vontade política como realidade complexa em uma poliarquia, postulando que na prática o indivíduo vive em associações e grupos distintos, capazes de veicular suas próprias decisões e opções políticas, o que coloca em dúvida a unidade real do Estado.

Em Hegel, a soberania toma o sentido de unidade, sendo os poderes e os negócios do Estado dependentes da sua própria unidade conceitual. Diz o autor que “O idealismo que constitui a soberania é a mesma condição segundo a qual, no organismo animal, suas chamadas partes sejam, não partes mas membros, momentos orgânicos que, quando isolados e existentes para si, são a doença.”⁹⁵

É assim que o caráter fundamental do Estado político, segundo Hegel, se expressa na unidade, como ideal de seus momentos. É nessa unidade que, segundo o autor, se conservam e dissolvem os poderes e as funções estatais. O que constitui a soberania, portanto, não é a vontade particular dos indivíduos, mas sim a unidade do estado como significação do próprio sujeito.⁹⁶

A soberania para Hegel não é força absoluta, nem vazia arbitrariedade ou despotismo, mas faz referência ao Estado constitucional legal, no qual a soberania representa o que há de ideal nos domínios e atividades particulares. O autor completa o conceito de soberania subjetivando-a na figura do monarca, que é aquele que contém a realidade do conceito. O monarca é a figura detentora e exercente da soberania, e justamente essa atribuição plenipotenciária que lhe dá a possibilidade de exercer o direito de agraciar os criminosos. No § 282 dos Princípios da Filosofia do Direito essa potência é expressa: “Da soberania do monarca promana o direito de agraciar os criminosos, pois só ela possui aquela realização do poder do espírito que dá como não-acontecido o que aconteceu e anula o crime no esquecimento.”

Na passagem resta nítida a possibilidade de que, em nome do exercício da soberania, se abra mão de punir criminosos, sem que isso seja, de qualquer forma, atentatório à unidade do conceito e, por conseguinte, da própria unidade do Estado.

⁹⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, §278, p. 253

⁹⁶ Idem, p. 252

Hegel indica, no § 278, as razões pelas quais se encontra fundamentada essa possibilidade. Falando sobre a unidade do Estado, acima já referida, sustenta que seu domínio não é independente ou autônomo em sua finalidade, pois ele é “definido pelos fins do conjunto” (que em geral são designados, numa expressão vaga, por bem do Estado)⁹⁷

Segundo Abbagnano é contra Rousseau que Hegel se dirige, em específico contra a ideia de que o soberano é qualificado como o corpo político que nasce com o contrato social.⁹⁸ No Contrato Social, Rousseau diz que

“...o corpo político ou o soberano, não existindo senão pela integridade do contrato, não pode obrigar-se, mesmo com outrem, a nada que derogue esse ato primitivo, como alienar uma parte de si mesmo ou submeter-se a um outro soberano. Violar o ato pelo qual existe seria destruir-se, e o que nada é nada produz.”⁹⁹

Interessante observação é feita por Lourival Gomes Machado na obra de consulta, em que alerta de forma percuciente para o fato de que, ao contrário de pensadores individualistas, não reconhece Rousseau ao Estado poder ilimitado e superior à moral e ao direito. A sociedade, matriz moral do direito e, portanto, acrescento, do próprio Estado, pode tomar direções que seus membros estabelecerão conforme suas consciências.¹⁰⁰

4.3 A crise da soberania

A crise da soberania pode ser entendida como componente da crise do Estado moderno, incapaz de responder à demanda de ser o único centro autônomo do poder. Por outro lado, há o reconhecimento do pluralismo das sociedades democráticas, com o conseqüente consenso sobre a necessidade de compatibilização entre os diferentes interesses de grupos, classes, categorias e outras parcelas da sociedade. Cada qual demanda distintas naturezas de proteção jurídica, seja por recursos, por reconhecimento, por oportunidades, por participação

⁹⁷ Idem, p. 254

⁹⁸ Idem, ibidem.

⁹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. (Coleção Os Pensadores) São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.40

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

política etc. Também importante é a crescente interdependência política, ideológica, jurídica e econômica entre os diversos Estados, em um processo constante de progressiva integração internacional.

Não parece claro que a noção de soberania esteja plenamente eclipsada por alguma outra que confira sentido à noção de Estado-nação. É possível afirmar, porém, que desaparece paulatina e progressivamente a plenitude do poder estatal caracterizada pela soberania, especialmente no aspecto do direito de exercer jurisdição em seu território. Há que se ressaltar, ainda, que a realidade de blocos de países como o europeu é em grande medida distinta daquela de regiões como a América do Sul ou da América Latina, bem como da África e da Ásia (e Eurásia) onde existem diferentes intensidades de integração com maior ou menor proeminência da soberania.

Decorre do advento das comunidades internacionais supranacionais, que alguns aspectos centrais do conceito clássico de soberania fiquem relativizados. Podem ser elencados como exemplos a diminuição do poder de impor taxas alfandegárias, limitações ao poder de emitir moedas, alianças militares que retiram do Estado a decisão sobre a guerra, além do reconhecimento da existência de espaços não controlados pelo Estado soberano, como o mercado mundial, como as empresas transnacionais e seu poder de decisão fora do controle do Estado e, por vezes, condicionador das decisões do próprio Estado.¹⁰¹ A opinião pública é formada pelos meios de comunicação de massa em escala global, estabelecendo redes semânticas que pressionam os Estados em suas decisões estratégicas, tais como fazer guerra ou em relação à repressão a grupos politicamente dissidentes, ou mesmo como tratar seus cidadãos, em especial no plano do direito penal. Sindicatos, empresas e organizações sociais adquirem importância nunca antes vista no processo político global de tomada de decisões, assumindo posição e exercendo poderes de natureza essencialmente públicos, já que suas decisões atingem a grande parte (senão a todos) da sociedade.

Em síntese, a soberania como elemento central de organização do poder se encontra em franco processo de erosão. Isso não quer dizer que o poder em si esteja em processo de extinção, mas tão somente reconhecer que o poder está se

¹⁰¹ Sobre o assunto, por todos, ver: FARIA, José Eduardo (org). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, passim. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, passim.

reorganizando, tendo como pano de fundo o contexto daquilo que se convencionou chamar de globalização. É nesse contexto que se dá a atividade do tráfico internacional e é nele que Estado tem de realizar a persecução penal dos presos por crimes de tráfico internacional de drogas.

Por conta da peculiaridade do tratamento desses crimes, em que o preso é em quase todos os casos expulso do país, há dupla atuação do Estado em relação à persecução penal. Vale dizer, tanto o Executivo quanto o Judiciário tem papel preponderante no tratamento da questão, o primeiro no que toca ao processo judicial em que se sanciona o preso pelo cometimento do crime e o segundo, no tocante ao processo de expulsão, a cargo do Ministério da Justiça.

A questão da expulsão e da nacionalidade do preso coloca o problema em escala internacional, o que tem repercussão direta na questão do tempo decisório e dos mecanismos processuais em que os Estados tendem a agir de forma conjunta. É, portanto, importante, a apresentação da lógica da globalização e de seus elementos essenciais, especialmente a compressão simbólica e efetiva do tempo e do espaço sociais.

4.4 O contexto da crise contemporânea da soberania: a globalização.

O contexto em que os direitos dos presos por crime de tráfico internacional de drogas, previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, devem ser garantidos é o do mundo em que as relações de poder e o mercado são globalizados.¹⁰²

Uma primeira observação necessária é que as mudanças econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas decorrentes da globalização trouxeram o agravamento da exclusão social e aumentaram as desigualdades de oportunidades de acesso aos bens materiais, culturais e simbólicos necessários ao exercício digno da cidadania. Nesse cenário as dificuldades de concretização dos objetivos de justiça social consagrados na Constituição são crescentes, na medida em que, do ponto de vista econômico, o modelo de produção é, por essência, concentrador.¹⁰³

¹⁰² O argumento é fundamentado em FREITAS FILHO, Roberto. *Tempo, direito e poder*. Brasília: 2011. Texto original disponibilizado pelo autor. No prelo.

¹⁰³ DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 13

É notável que o conceito de globalização é de difícil precisão, levando à utilização convencional, segundo o sentido mais usualmente referido na literatura especializada¹⁰⁴, ou seja, da intensificação, a partir da década de oitenta, do processo de transnacionalização das economias capitalistas.

Decorrente desse processo, há enorme integração dos mercados financeiros mundiais e aumento do comércio internacional com intensidade jamais vista, com a criação de empresas transnacionais que operam em rede.¹⁰⁵ O poder das empresas transnacionais em um mundo globalizado é rival do poder do Estado de realizar autonomamente a tomada de decisões em relação ao direito, à economia, e à política.

Outro aspecto importante da globalização é a repercussão das mudanças econômicas na dimensão temporal dos acontecimentos. Com relação ao tempo no qual os fenômenos ocorrem no ambiente da globalização, ressalta Castells que este se dá em compressão, assim como o espaço, de tal forma que os limites geográficos não são mais barreira às relações econômicas.¹⁰⁶ A informação, o transporte e o fluxo do capital se dão em escala global de forma corriqueira, o que não ocorria em outros momentos da história, constituindo-se o mercado em nível e escala global, onde tudo acontece de forma imediata.

O poder econômico das empresas transnacionais, pela sua dimensão e pela repercussão social das suas decisões de investimento, é competidor do poder político dos Estados e a autonomia soberana na condução da aplicação de políticas públicas dos agentes políticos internos fica sensivelmente comprometida. Portanto, é aqui que se pode verificar que a conversão das economias nacionais num sistema mundial único conduz progressivamente ao redimensionamento do princípio da soberania nacional, assim como o primado do equilíbrio entre os poderes.

A reconfiguração do modelo de exercício do poder atinge também uma das ideias centrais do constitucionalismo, a tripartição de poderes. Foi ela que, originariamente destinada a conter o absolutismo dos primeiros tempos do Estado

¹⁰⁴ “Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais.” FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59

¹⁰⁵ DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14

¹⁰⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1) São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 457/496

moderno, disciplinou o monopólio do uso legítimo da violência por parte do despotismo esclarecido, estabelecendo que a atribuição da titularidade da iniciativa legislativa seria dos parlamentos soberanos.

Para os fins da presente reflexão, importa ressaltar que tal configuração institucional do poder restringe, como fórmula ideal, o campo de ação do Executivo aos limites estritos da lei, confere ao Judiciário a competência exclusiva para julgar e dirimir conflitos e atribui ao Legislativo as funções legiferante e fiscalizatória. Como é possível verificar, entretanto, as lógicas de atuação dos poderes acabam por ser disjuntivas¹⁰⁷ no caso específico do Sr. X, já que cabe ao Executivo a decisão sobre a expulsão e ao Judiciário a decisão de condenação criminal, agindo as duas instituições em tempos distintos, o que será visto detalhadamente nos capítulos seguintes.

Já vimos como o constitucionalismo responde à necessidade de justificação teórica da organização do poder e, nesta formulação, deu conta das dificuldades engendradas pelas mudanças ocorridas durante o século XIX, garantindo legitimidade política e segurança jurídica necessárias à realidade do mercado capitalista. O constitucionalismo construiu, assim, uma engenharia institucional jurídico-política de garantia das liberdades públicas e de direitos fundamentais, moldando a democracia representativa.

Sobre as funções do Estado, é importante notar que no século vinte, com o declínio do primado do equilíbrio entre os poderes por conta da crise econômica estrutural da década de vinte e da crescente complexidade das relações sociais, o Executivo viu-se obrigado a dar respostas cada vez mais rápidas e eficazes a questões econômicas, administrativas e comerciais não previstas pela teoria liberal clássica. Assume, assim, funções até então do Legislativo e do Judiciário. O Executivo passa, assim, a induzir, controlar e coordenar o mercado, convertendo-se o Estado liberal em Estado-Providência, promovendo crescimento econômico e

¹⁰⁷O conceito de disjunção diz respeito a existência de normas que não são possíveis de serem articuladas de forma coerente, normas casuísticas, excesso de leis enfim. Diz respeito também a ocorrência de inconsistência de articulação institucional e de racionalidade operativa funcional das instâncias decisórias judicial e executiva. FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: A Exaustão de um Paradigma*. Brasília Jurídica, 2003. Pg 165/167

assegurando distribuição dos recursos coletivos e proteção dos cidadãos menos favorecidos.¹⁰⁸

Do ponto de vista das relações de trabalho, os efeitos da globalização econômica promovem impacto no modelo do Estado-Providência, especialmente na década de 1970, quando as inovações tecnológicas ganham grande escala de utilização. Os choques do petróleo de 1973 e 1979 resultam na crise de sustentabilidade das políticas welfaristas e levam à recessão diversos países desenvolvidos. Um novo salto tecnológico é dado, com o objetivo de reduzir o impacto do custo do trabalho e da energia no preço final dos produtos e serviços.

Quanto ao direito, o sistema decisório e regulatório inspirado no modelo político-jurídico liberal, cujos elementos ainda estavam presentes no Estado-Providência, acaba por ruir.¹⁰⁹ O resultado do aumento da complexidade social e econômica e o ineditismo das questões que surgiram levaram o Executivo a editar normas de organização, de comportamento e programáticas. As constituições dirigentes¹¹⁰ consistem, neste cenário, num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos e conformam um marco político dos Estados intervencionistas, estabelecendo um programa para o Legislador e para os governantes concretizarem as diretrizes programáticas constitucionais.

A partir da década de 80, surgem outros pontos de ruptura, notadamente a desconcentração do aparelho estatal, a privatização de empresas públicas, a "flexibilização" da legislação social, a internacionalização do Estado, com processos de integração de blocos regionais e tratados de livre comércio, mecanismos de incentivos e subsídios fiscais e a expansão da Lex Mercatória¹¹¹ como um direito

¹⁰⁸ Nessa configuração política, a função do Estado passa de "ordenadora" para "reguladora", intervindo efetivamente no campo da economia. No mundo contemporâneo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado atuante e catalizador, que facilite, encoraje e regule os negócios. DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 113

¹⁰⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 70

¹¹⁰ A constituição dirigente é caracterizada por um texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também com uma espécie de estatuto político. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição-dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais e programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 11. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra.

¹¹¹ A globalização econômica e a crescente expansão de um direito paralelo ao dos Estados leva ao reconhecimento da "Lex mercatoria" que se impõe pela necessidade de velocidade nas decisões que tenham impacto na vida econômica das empresas, principalmente as que operam em escala transnacional.

paralelo ao do Estado, com foros de negociação estabelecidos por grandes grupos empresariais. Não é diferente o que ocorre com o crime organizado, que passa a atuar em escala global ou, no mínimo, transnacional, conforme se observa na seção em que apresento a lógica operativa do tráfico internacional de drogas.

Como as instituições internas tem seus componentes formados num paradigma liberal, as decisões são tomadas de forma a observar a soberania interna do Estado, mas desconsideram os aspectos consequentialistas da decisão e suas implicações globais. Na atividade criminosa, por exemplo, o fato de que a prisão de uma “mula” é encarada pelos operadores de alto escalão da atividade criminosa como uma questão meramente de custos, não pode ser negligenciada.

A questão é que o conceito de soberania adstrito aos limites geopolíticos do Estado é insuficiente para dar conta de explicar o fenômeno jurídico e operar um sistema de resolução de conflitos inserto no mercado globalizado em que o crime organizado atua segundo essa lógica. A *Lex mercatoria* se impõe assim como a mais importante *ratio* da lógica dos atores globais. É segundo ela que o crime organizado age e a posição, em geral, dos presos estrangeiros por tráfico internacional de drogas é a de “mula”, ou seja, apenas uma peça da burocracia, por assim dizer, do modelo funcional empresarial do crime organizado. Para o Estado, por sua vez, resta o gasto com uma persecução penal de pouca ou nenhuma eficiência, resultando em um gasto que onera o Estado sem que o resultado seja minimamente perceptível em relação ao efetivo combate ao tráfico internacional de drogas.¹¹²

Posta esta breve descrição do contexto da globalização, no qual os poderes atuam, três aspectos importantes resultados da globalização para os cidadãos merecem ser sinteticamente destacados: 1) a implementação de mercados livres globalizados trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas, o que se reflete na forma como opera o crime organizado de tráfico internacional de drogas; 2) o impacto da globalização é mais significativo para os que menos dela se beneficiam, no caso dos “mulas”, é sintomático que sejam em sua grande maioria, oriundos de países sem

¹¹² O objetivo aqui almejado não é o de descriminalizar a conduta do traficante, mas de propor solução “política” adequada para que o mesmo não seja duplamente apenado, respondendo ao processo em seu próprio país, desfrutando, assim, da proximidade de sua cultura, língua, família e com a possibilidade de ressocialização ao final da pena.

desenvolvimento econômico e sem oportunidades de exercício da cidadania de forma digna¹¹³ ; 3) o impacto político e cultural da globalização é crescentemente importante, se comparado à escala real dos problemas sociais já existentes.¹¹⁴

O avanço da economia global não garante no futuro, unicamente por mecanismos de mercado, que haja postos de trabalho, mesmo os flexíveis, compatíveis com as necessidades mínimas dos cidadãos. A lógica do fracionamento da cadeia produtiva incorpora a adoção de bolsões de trabalho barato ao redor do mundo, não aumentando necessariamente o nível dos salários.¹¹⁵ Essa lógica é plenamente aplicável ao crime organizado, tendo em vista as assimetrias de oportunidade de desenvolvimento da cidadania em distintos Estados. Implementar políticas públicas e realizar a governabilidade nessa situação é tarefa de difícil consecução, especialmente em relação a uma variável do problema, que agora discutiremos: o tempo.

4.5 O tempo da punição estatal e o tempo da “empresa” do tráfico internacional de drogas.

O conceito de tempo tem importância fundamental nos debates atuais da teoria social. O tempo, desde esta perspectiva, contrariamente ao que se imagina no senso comum, é um conceito contextual, ou seja, o tempo é local, circunstante.¹¹⁶ A noção de tempo é, portanto, social, e não propriamente cronológica. Isto é visível, por exemplo, em relação à produção fordista, que forjava o tempo como aceleração do trabalho associada ao dinheiro com aumento de pagamento.

O tempo, diz Castells, como uma categoria linear, irreversível, mensurável, e previsível, vem sendo modificado de forma nunca antes vista, dada a necessidade do capitalismo de se libertar de todas as amarras e restrições, incluída aí a barreira cronológica às possibilidades de acumulação.

¹¹³ No caso do Sr. X verifica-se uma exceção, a confirmar a regra, mas segundo os dados, o sistema prisional brasileiro abrigava, em junho de 2012, de acordo com o Ministério da Justiça, um total de 3.392 presos estrangeiros, sendo 2.563 homens e 829 mulheres. Dentre eles 546 bolivianos, 362 paraguaios, 352 nigerianos, 223 peruanos, 155 angolanos etc. Disponível em [<http://portal.mj.gov.br>]

¹¹⁴ HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 p. 11-13

¹¹⁵ DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 166

¹¹⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1) São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 557

Ao perder sua essencialidade como conceito explicativo e operativo, o tempo, no sentido cronológico, perde também sua capacidade organizativa das relações sociais. Um novo conceito de tempo substitui aquele tempo linear, o *tempo intemporal*, conceito utilizado por Castells, com a advertência que a transformação do tempo não diz respeito a todos os processos, agrupamentos sociais e territórios de nossas sociedades, embora afete todo o planeta. Ele é “uma forma *dominante* emergente do tempo social na sociedade em rede porque o espaço de fluxos não anula a existência de lugares.”¹¹⁷

A ideia de tempo está presente de forma constituinte no conceito de globalização. Tanto é assim que Giddens descreve a globalização como sendo a intensificação das relações sociais em nível mundial que ligam localidades distantes de tal forma que acontecimentos locais são conformados por eventos que ocorrem a muitos quilômetros de distancia e vice-versa, revelando a ideia de imediatidade.¹¹⁸ No mesmo sentido, Harvey se refere à globalização como a mudança de percepção do tempo e do espaço, ou ainda a compressão do tempo-espaço.¹¹⁹

Da perspectiva econômica, com a globalização, pela primeira vez na história surgiu um mercado de capitais unificado funcionando em *tempo real*. Como os lucros são maiores quanto maior é a velocidade das transações econômicas, a derrubada do obstáculo temporal à circulação do capital na dimensão global permite aumentar significativamente a possibilidade de acumulação. Além do aumento da velocidade em si das transações, a possibilidade de multiplicá-las é, também, um outro instrumento de ganhos. A capacidade de executar uma infinidade de transações em tempo reduzido, implementando circularidade ao trânsito do capital, é o que caracteriza o sistema. A projeção de ganhos no tempo futuro, imediatizada no presente, comprime o tempo, de forma que tudo na economia acontece no “agora”, mesmo os prognósticos futuros, que são imediatizados incessantemente.

O capital comprime e dissolve o tempo. As conseqüências deste fenômeno são extremamente relevantes para o direito e os efeitos da globalização demandam regulação normativa. Dentre os mais importantes, vemos crises monetárias recorrentes, dificuldades do capital prever o futuro, a potencial destruição de empresas e postos de trabalho decorrentes de mudanças constantes de cenários

¹¹⁷ Id., p. 461

¹¹⁸ GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity, 1990, p. 64

¹¹⁹ HARVEY, David. *The condition of postmodernity*. Oxford: Blackwell, p. 240

econômicos, transferência da poupança para o investimento de risco, riscos para fundos de pensão, dependência de economias periféricas de movimentos de capital especulativo, e, mais importante, a “destruição, na esfera coletiva, das sociedades, do padrão de comportamento de satisfação adiada, em benefício da ideologia comum do ‘dinheiro fácil’ que enfatiza o jogo individual com a vida e a economia; e o prejuízo basilar à percepção social da correspondência entre produção e recompensa, trabalho e significado, ética e riqueza.”¹²⁰

O tempo econômico é, portanto, gerenciado como um recurso, como um fator diferencial em relação aos atores econômicos, sendo ele a representação máxima de que o tempo, como conceito, é comprimido e processado.¹²¹ Sendo a lógica de funcionamento do crime organizado pautada pelo tempo econômico, sua forma de combate deve considerar a funcionalidade de uma punição que se arraste no tempo em relação a uma peça pouco importante na hierarquia funcional da “empresa” do tráfico.

Por outro lado, do ponto de vista do bem jurídico pretensamente tutelado pela ação do Estado em punir uma “mula”, não parece efetiva uma política de segurança ou de proteção da saúde pública que desconsidere o fato de que haverá reposição imediata de quem funcione como transportador da droga. Se adotado como plausível esse postulado, restaria ainda refletir sobre uma outra, e talvez mais importante, questão jurídica a resolver: o Estado como agente da punição de uma conduta socialmente reprovável versus o direito do sujeito a ser punido dentro dos limites razoáveis da pena, aí considerado o tempo do processo como aspecto fundamental do devido (justo) processo legal.

Para os fins do presente argumento, é importante salientar que *há uma fragmentação e potencial contradição no conceito de tempo*. O tempo não é mais uma noção cronológica, mas uma noção operativa, com a qual é possível realizar diferentes performances, dependendo de como se lhe opera em um determinado processo.

¹²⁰ Id., p. 463

¹²¹ A reflexão sobre o processo de globalização econômica e seu impacto no bem-estar dos indivíduos está longe de atingir consenso. Por outra, importantes e acalorados debates encontram-se em plena efervescência, o que revela a forte dimensão ideológica das abordagens. Um exemplo de defesa aguerrida da globalização e do liberalismo de mercado é o trabalho de LAL, Deepak. *O elogio dos impérios: globalização e ordem*. Portugal: Publicações Europa-América, 2007, p. 165/194. Para uma visão crítica SANTOS, Boaventura de Sousa e GARAVITO, Cesar A. Rodríguez (Eds.) y otros. *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* Cuajimalpa: Anthropos Editorial, 2007.

Por influência da globalização, o tempo da economia acaba por ser o mais importante e mais utilizado conceito, revelando-se presente de forma hegemônica de vários campos da experiência social, como é o caso do tráfico internacional de drogas.¹²² Podemos falar, assim, em dois tempos diferentes, o *tempo econômico* e o *tempo jurídico*, que funcionam em duas dimensões distintas.¹²³

A organização do crime de forma racional e burocrática permite o aumento da eficiência de resultados e, conseqüentemente, de lucratividade. É possível, portanto, assemelhar a atividade a uma empresa. Se o padrão de operação do crime organizado ensejasse a possibilidade constante de explosões irracionais de violência, descontrole dos vários passos da cadeia produtiva, instabilidade na identificação de funções internas dos membros da organização criminosa, entre outras circunstâncias de baixa governança, não teríamos a atividade altamente rentável como ela se apresenta.

Por paradoxal que possa parecer, o crime organizado de tráfico internacional de drogas funcionaliza seus “colaboradores” de forma racional, com pouco uso da força, mediante incentivos econômicos. A utilização potencial da violência controla as paixões e estabiliza as condutas, em um jogo de previsibilidade relacional intersubjetivo que favorece a produção e distribuição dos bens, o que caracteriza a atividade como econômica. Onde a coerção direta por meio de violência física se expressa na forma de guerra, escravidão e rapina, os processos produtivos não tem a forma de produção econômica, pois são de difícil cálculo e lhes falta regularidade de ocorrência, sendo portanto de difícil quantificação, qualidades próprias da “ciência” da economia e da atividade .

Embora o tempo econômico esteja presente em vários campos da experiência social, não é assim com todos. Assim ocorre com as relações entre

¹²² Um dos exemplos da proeminência do tempo econômico (o imediatismo) nos demais campos é a linguagem visual da MTV, a linguagem MTV, em que sucessão de imagens, mensagens, músicas e informações são apresentadas ao telespectador de forma superficial e imediata. “Imbuídos da lógica do consumo, os videoclipes podem ser analisados pelo ponto de vista de uma onírica manipulação de signos, operada dentro dos novos horizontes abertos pela tecnologia, não necessariamente por videoartistas, mas por ‘homens de mercado’, os publicitários. Baseados na exterioridade da orquestração de mensagens audiovisuais que provocam sensações efêmeras, os videoclipes são a representação simbólica do *star system* (o mundo das estrelas do rock e do pop) que o público quer consumir mesmo que virtualmente. Eles são mensagens operativas produzidas pelo processo tecnológico das comunicações de massas; são portanto, mensagens de consumo” PEDROSO, Maria Goretti e MARTINS, Rosana. *Admirável Mundo MTV Brasil*. São paulo: Saraiva, 2006, p.5

¹²³ FREITAS FILHO, Roberto. *Tempo, Direito e Poder*: 2011 Texto original não publicado disponibilizado pelo autor, p. 12

direito e economia. Embora direito e economia sejam disciplinas políticas, no sentido de que pressupõem a aplicação do raciocínio prático, há uma diferença fundamental nas lógicas das duas disciplinas. O tempo da decisão jurídica é necessariamente diferido, realiza-se de forma lenta. É próprio do processo que haja pouca velocidade, já que a instrução processual demanda a coleta de diversos elementos de convicção que perfazem o chamado conjunto probatório, condição para a realização do julgamento sobre os fatos, que tem função individual para o apenado, mas projeta-se para o futuro como precedente. Daí falar-se em funções repressiva e didática das normas. As normas jurídicas têm, assim, pretensão de estabilidade e durabilidade, pois são, em certo sentido, estruturantes do “jogo” social.

A atuação criminosa, na lógica econômica, por sua vez, trabalha com um princípio que enseja o arrojo dos comportamentos, o princípio da liberdade de iniciativa. As regras de atuação do crime organizado operam como se estivessem em um mercado e devem permitir algum grau de previsibilidade e segurança, mas devem, por conceito, permitir abertura para a adaptabilidade própria às nuances dos contextos competitivos. Sem essa compreensão, qualquer atividade persecutória do Estado em relação ao crime organizado que se dê na micro-escala da “mula” está fadada ao fracasso. Dito de outra forma, não é em nome de uma soberania de atuação persecutória do Estado que se conseguirá combater o crime organizado fazendo-se processar no Brasil um preso estrangeiro “mula” que será, segundo uma lógica econômica perversa, descartado em favor de outro, como que numa relação burocrática de impessoalidade do transportador da droga.

Por conta da distinção entre os objetivos das duas disciplinas, é possível se postular que os *tempos* do direito são o *ontem* e o *amanhã* e o *tempo* da economia é o *hoje*, assim então temos que o tempo da “empresa” do tráfico internacional de drogas é o tempo econômico e o tempo do Estado punidor é o tempo jurídico. Essa distinção acaba por ter importância fundamental na vida do apenado.

Capítulo 5. Instrumentos de cooperação jurídica e judiciária internacional em matéria penal

5.1 Considerações gerais

Este capítulo busca, em perspectiva panorâmica, expor a estrutura, os mecanismos e instrumentos legais adotados pelo Estado brasileiro na efetivação de uma política de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Objetiva também questionar a razoabilidade da obrigatoriedade do julgamento dos “mulas” do tráfico internacional de drogas se dar no local de seu flagrante.

Ao presente tema se tem dado maior atenção, porque o mesmo busca uma resposta efetiva a um problema concreto da sociedade contemporânea, que é o aumento de presos estrangeiros nos presídios e cadeias nacionais¹²⁴ que pode ter na origem, entre outras causas, a maior facilidade de mobilidade global de indivíduos, fenômeno frequentemente associado à globalização.

Se por um lado a política de repressão ao tráfico internacional faz com que a lei majore as penas e inviabilize a possibilidade da incidência de minorantes e/ou atenuantes para os que são condenados por este crime, por outro, também é crescente a pressão nacional e internacional pelo respeito aos direitos fundamentais. Exige-se o respeito aos princípios como o direito à dignidade da pessoa humana, à razoável duração do processo, à possibilidade de ressocialização do apenado *et cetera*, “que devem ser colocados como termo de referência dessa matéria, ou seja, como limite à cooperação internacional em matéria penal”.¹²⁵

Esse modo de tratamento da questão envolve uma delicado sopesar entre a definição dos deveres de proteção do Estado e uma criteriosa seleção e delimitação dos bens jurídicos que devem ser protegidos pelo direito penal. O principal marco teórico para esse paradigma é a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que afirma que eles possuem uma dimensão subjetiva e uma

¹²⁴ Os números do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, órgão vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, mostram uma curva crescente dos presos estrangeiros. De 2008 até 2012 houve crescimento aproximado de 20% do número de presos. Disponível em [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B598A21D8-92E4-44B5-943A-0AEE5DB94226%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D] Acesso em 10 de janeiro de 2013

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal*, Revista Forense, v. 373, p. 3-18, 2004

dimensão objetiva. À dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (direitos individuais etc) , adicionou-se essa dimensão objetiva, que recebeu tal denominação pela sua característica organizacional e procedimental. A dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Esses deveres geram a criação de procedimentos e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida prática, os direitos fundamentais da pessoa humana.¹²⁶

Com a perspectiva de viabilizar concomitantemente o respeito aos direitos individuais e a persecução penal, a cooperação jurídica internacional tornou-se fundamental para a efetivação da justiça penal. Mais do que uma liberalidade de cada Estado, há na doutrina quem defenda que ela tornou-se uma necessidade e, analisando-se os tratados multilaterais que tratam da matéria, como os da Organização das Nações Unidas, pode-se até dizer que cooperar passou a ser uma obrigação internacional.¹²⁷ O Estado, utilizando-se apenas dos conceitos que lhe foram satisfatórios no século passado, como soberania, competência por territorialidade exclusivamente, estaria engessado, sem poder adaptar-se ao novo panorama mundial que reflete uma imensa mobilidade humana.

Não pode faltar à discussão do tema um olhar sobre estes dois prismas distintos que dizem respeito à perspectiva a ser adotada na hora de concretizar a cooperação internacional: de um lado, a perspectiva *ex parte principis*, ou seja, a lógica do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais; de outro, a perspectiva *ex parte populi*, a dos que estão submetidos ao poder, e cuja preocupação é a liberdade, e tendo como conquista os direitos humanos.¹²⁸

A sugestão que traz o presente trabalho leva em consideração estas duas perspectivas ao propor mecanismo de cooperação jurídica internacional, tanto na formulação de acordos internacionais, quando o Estado terá de assumir obrigações perante outros estados soberanos, quanto quando procura dar assistência a

¹²⁶ CARVALHO RAMOS, André de . “Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006.

¹²⁷ SOUZA, Carolina Yumi. “Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 297-325, 2008.

¹²⁸ Id., *ibid.*

brasileiros que estão no exterior, ou que estão aqui, mas têm necessidades com reflexos internacionais.¹²⁹

A proposta de cooperação jurídica que apresento tem como supedâneo, para o enviar o processo, as provas e o próprio acusado para seu país de origem, a ideia de boa-fé. Evidentemente, a remessa do acusado e das provas para o exterior pode ter de lidar com o argumento de que o julgamento em seu próprio país de origem possa ser mais brando. Entretanto, não há motivos para supor que um país democrático, sob o Estado de Direito procederia a um julgamento falso ou tendencioso nesses casos. Se aceitássemos esse argumento, não seria crível que o Brasil e os demais países julgassem seus próprios nacionais de forma justa e rigorosa, visto que todos atendem a um objetivo comum de aplicação justa do direito. No caso do tráfico internacional de drogas, em especial, o modo tratamento da questão é bastante consensual entre os Estados democráticos.

Não se justifica resistência e desconfiança em relação à aplicação das normas de forma adequada, lembrando-se ainda que o princípio que rege a relação entre os Estados é o da boa-fé. É justamente nesse sentido que a proposta de remessa do preso e a transferência de processo se circunscreve a Estados que possuem sistemas jurídicos similares e com organização institucional próxima, ou seja, Estados Democráticos de Direito.¹³⁰

Nas seções seguintes deste capítulo, apresentarei dados sobre definição, competência, legislação e especificidades de cada um dos institutos de cooperação jurídica internacional. Em sequência passarei à ponderação sobre a pertinência da adoção dos instrumentos como meio de política pública e internacional capaz de gerenciar o déficit de legalidade (entendido como a inadequação da medida ao que o sistema normativo objetiva) criado pela restrição de direitos ao estrangeiro processado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Início pela conceituação de cooperação jurídica e judicial internacional em matéria penal, em conformidade com compêndios e com a legislação nacional. Abordo, em seguida, a competência da autoridade central e dos órgãos estatais envolvidos na mencionada cooperação. Por fim, indico as especificidades dos

¹²⁹ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 35, comentário de Nádia de Araújo.

¹³⁰ Nesse sentido, enfatizando a necessidade de cooperar dos Estados, confira-se a Resolução da Assembleia Geral da ONU, n. 2526, 1970, disponível em www.un.org.

diversos mecanismos de cooperação jurídica adotados pelo Brasil, de acordo com tratados internacionais por ele ratificados.

5.1.1 Cooperação jurídica internacional e cooperação judiciária internacional. Definições e distinções.

Qualquer forma de colaboração entre Estados, para a consecução de um objetivo comum, que tenha reflexos jurídicos, denomina-se cooperação jurídica internacional.¹³¹ Cooperação jurídica internacional é, portanto, a interação entre os Estados com o objetivo de dar eficácia extraterritorial a medidas processuais provenientes de outro Estado; pode se basear em tratado ou em pedido de reciprocidade.¹³²

A cooperação internacional vem sendo considerada essencial por alguns autores visto que ao proporcionar o estreitamento das relações entre os países, por meio da intensificação da assinatura de tratados, convenções e protocolos fundamentados no auxílio mútuo, tem a intenção de facilitar o intercâmbio de soluções para problemas estatais quando o aparato judicial, administrativo de um determinado Estado mostra-se insuficiente para solucionar certos problemas.

No Brasil, a política externa se desenvolve norteadada pelo princípio constitucional positivado no artigo 4º, inciso IX de sua Carta Magna, a qual estabelece, para as suas relações internacionais, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Segundo a doutrina, a cooperação jurídica internacional é um intercâmbio entre Estados soberanos que se destina a não deixar delitos impunes, respeitando sempre a soberania dos mesmos.¹³³ Pode também ser compreendida como um conjunto de atividades processuais cumpridas por distintos Estados soberanos para a realização de um fim comum.¹³⁴

¹³¹BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 23, comentário de Toffoli e Cestari

¹³²BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 41, comentário de Nádia de Araújo.

¹³³VILLAREAL CORRALES, Lucinda. "La globalización y la cooperación internacional em matéria penal", 2005, p. 31-56 in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71 – 2008, P. 300

¹³⁴Há quem pretenda definir a cooperação sob a perspectiva da sua forma de implementação: "É um conjunto de atividades processuais, regulares, concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais competentes em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o

Necessário, todavia, salientar que alguns doutrinadores fazem distinção entre a cooperação jurídica e a jurisdicional. Esta ocorreria quando um ato de natureza jurisdicional é reclamado do Estado cooperante, ao passo que naquela a cooperação demandada não envolveria necessariamente a intervenção do Poder Judiciário, requerendo somente atividade administrativa.¹³⁵ Nesse sentido, a preferência pela expressão cooperação jurídica internacional tem como fundamento o fato de que em algumas situações ela não depende somente da atuação das autoridades judiciárias de Estados distintos,¹³⁶ mas também de outros órgãos do Poder Executivo.

A cooperação jurídica internacional significa, portanto, em sentido amplo, o intercâmbio para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado. Ela se classifica em ativa e passiva – a depender da posição que o país pátrio ocupa, de requerente ou requerido - bem como direta e indireta – a depender da exigência jurisprudencial de juízo de delibação anterior à prestação jurisdicional requerida.

Após conceituar cooperação jurídica internacional, passa-se agora aos esclarecimentos sobre a competência legal atribuída aos órgãos estatais encarregados da implementação da mesma.

5.3 Competência

5.3.1 Autoridade Central e órgãos estatais envolvidos na cooperação jurídica internacional

A cooperação jurídica internacional é centralizada em um órgão administrativo, a chamada Autoridade Central. Os tratados é que estabelecem as autoridades centrais de cada país, que ficam responsáveis pelo andamento e concordância dos pedidos de cooperação, nas diversas modalidades que apresenta.

desenvolvimento de um processo da mesma natureza dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido CERVINI, Raúl. *Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional*, 2001, p. 441-457 *apud.* SOUZA, Carolina Yumi. "Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas" *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 297-325, 2008.

¹³⁵ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 23, comentário de Toffoli e Cestari

¹³⁶ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *O direito internacional contemporâneo- estudos em homenagem ao professor Jacob Dollinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.798

De acordo com o Decreto 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, ficou designado para exercer o papel de Autoridade Central em cooperação jurídica internacional no Brasil, a Secretaria Nacional de Justiça, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica internacional (DRCI), órgão do Ministério da Justiça¹³⁷.

O Ministério das Relações Exteriores, por meio da Secretaria de Estado das Relações Exteriores e de seus órgãos no exterior, exerce papel de relevância na formulação da política externa referente à cooperação jurídica e na tramitação dos pedidos de cooperação que seguem pelos canais diplomáticos¹³⁸.

A Advocacia-Geral da União e o Ministério Público, por sua vez, são imprescindíveis para o exercício da representação judicial quando é necessário obter uma decisão judicial¹³⁹.

Além desses, órgãos como Polícia Federal, Receita Federal e Controladoria-Geral da União atuam de modo relevante, dentro de suas esferas de atribuição, para que a cooperação jurídica desenvolvida pelo Brasil seja desempenhada com sucesso¹⁴⁰.

A decisão de cooperar com um Estado estrangeiro, insere-se no contexto das relações internacionais que devem ser mantidas pelo Presidente da República; portanto, os pedidos de auxílio, bem como as rogatórias, são encaminhados por via diplomática ou por meio de Autoridade Central prevista em tratado.

Além da robusta participação do Poder Executivo que acabamos de verificar, observa-se que o processo para prestação de cooperação jurídica envolve, em muitos casos, a atuação conjunta do Poder Executivo e do Poder Judiciário. A próxima seção trata da atribuição conferida ao Superior Tribunal de Justiça para o juízo de deliberação, também da competência para a prestação do auxílio direto atribuída aos juízes federais de primeira instância.

5.3.2 Superior Tribunal de Justiça e juízes federais de primeira instância

Os meios de cooperação jurídica, na modalidade judiciária, que dependem

¹³⁷ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p.17

¹³⁸ Idem, pg.15

¹³⁹ Idem, pg.16

¹⁴⁰ Idem, pg.16

por isso do Poder Judiciário são, na atualidade, desde a entrada em vigor da EC n. 45/04, de competência do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Tal corte exerce somente o juízo de delibação, tanto na Carta Rogatória como na Homologação de Sentença Estrangeira. Há também o instituto do Auxílio Direto, que permite cognição plena, mas cuja competência é atribuída ao juiz de primeira instância.

O juízo de delibação não permite que o Estado Requerido possa proceder a uma revisão acerca das provas ou do mérito da decisão exarada pela justiça do Estado requerente, tomando-as como um “fato jurídico” que não pode ser reexaminado sob pena de ofensa à soberania do outro Estado¹⁴¹. O que poderá acontecer, caso se apresentem indícios, é uma análise rasa sobre provas apenas para verificar pontos como a prescrição ou para buscar elementos que indiquem uma perseguição política por parte do país requerente.

Na Resolução n° 9, de 4/05/2005, a Presidência do Superior Tribunal de Justiça esclareceu, no parágrafo único do artigo 7º, que os pedidos de cooperação judiciária *stricto sensu* não serão cumpridos pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo ser levados, quando impliquem a necessária intervenção do Poder Judiciário, ao conhecimento do primeiro grau de jurisdição.

Sobre carta rogatória, homologação de sentença estrangeira e auxílio direto versarão subseções específicas a seguir expostas neste mesmo capítulo.

5.4 Instrumentos de cooperação

A cooperação jurídica internacional é implementada por meio de instrumentos previstos pelo direito internacional em tratados multi ou bilaterais. O Estado requerente de cooperação pode ser atendido caso haja para sua solicitação, previsão de instrumento adequado em acordos de que façam parte o país solicitante e o solicitado ou, em alguns casos, apenas o compromisso de reciprocidade. Nos parágrafos seguintes serão elencadas duas classificações distintas dos instrumentos

¹⁴¹ Em minha pesquisa não foi possível encontrar em outro documento, a não ser no site da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal, informações sistematizadas sobre esse instrumento, na forma em que apresento. Disponível em [<http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/>]. Acesso em 24 de outubro de 2011.

previstos pelo direito internacional: uma primeira a elaborada por Bassiouni, e a segunda esposada pelo Manual de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, do Ministério da Justiça, com acréscimos apontados pelo Ministério Público Federal, em seu site.

Para Bassiouni¹⁴², são oito as formas de cooperação penal: extradição, assistência jurídica, execução de sentença penal estrangeira, homologação de sentença penal estrangeira, transferência de procedimento criminal, bloqueio e sequestro de produtos derivados de crime, troca de informação de inteligência e do direito aplicável, espaços judiciais regionais e sub-regionais.

O Ministério da Justiça do Brasil, por sua vez, elenca no Manual de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, como mecanismos tradicionais de cooperação, a carta rogatória, a homologação de sentença estrangeira, a extradição e a transferência de presos. Lista como novos mecanismos o auxílio direto e a transferência de processos.¹⁴³

Cada um dos mecanismos de efetivação da cooperação jurídica em matéria penal acima listados, será tratado a seguir, em subitens específicos.

5.4.1 Carta rogatória

A carta rogatória é instrumento tradicional de cooperação judicial internacional¹⁴⁴ que se caracteriza pela solicitação da prática de diligência a autoridade judicial estrangeira. Utilizada para comunicação e cumprimento de diversos atos, como citação, notificação e cientificação, denominados ordinatórios ou de mero trâmite; de coleta de prova, chamados instrutórios; e, ainda, os que contem medidas de caráter restritivo, chamados executórios. A carta rogatória é veículo de

¹⁴² BASSIOUNI, Cherif. "The 'indirect enforcement system': modalities of international cooperation in penal matters." In *Nouvelles études pénales. Association Internationale de Droit Penal*, Éres, n. 19, 2004, p. 411, apud CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos", 2008. Disponível em [http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010.

¹⁴³ S BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p.26.

¹⁴⁴ Tradicional porque prevista nos códigos de processo pátrios, tanto civil quanto penal. Código de Processo Penal, artigos 367 e seguintes, 783 e seguintes. Código Processo Civil, artigo 201 e seguintes.

transmissão de qualquer pedido judicial, podendo ser de caráter cível ou penal¹⁴⁵, utilizado para veicular pedidos de realização de atos como busca e apreensão, sequestro ou bloqueio de bens, entrega de documentos, entrega de peças processuais, remessa de dados bancários e fiscais etc.

O trâmite de cartas rogatórias se efetua pela via diplomática ou por meio de Autoridades Centrais indicadas em acordos internacionais ou nas legislações nacionais.

Há dois tipos de cartas rogatórias; ativas e passivas. As cartas rogatórias passivas demandam a concessão de *exequatur*, cuja competência cabe ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da alínea “i” do artigo 105 da Constituição Federal pátria. Trata-se de ordem para que se efetive, no Brasil, diligência solicitada por autoridade judicial estrangeira.¹⁴⁶

O *exequatur* é concedido após a apreciação perfunctória do pedido, que se chama “juízo de delibação”. Não se pode, por este meio, apreciar o mérito da decisão estrangeira. Tal requisito é necessário na cooperação passiva em que o Brasil é quem se dispõe a colaborar. Quando o pedido, por sua vez, provem de um juiz nacional, seu trâmite é iniciado pela remessa à autoridade central brasileira, que o encaminhará à autoridade competente para o ato no exterior e esta é que apreciará a possibilidade de atendimento do pleito.

5.4.2 Auxílio direto

Auxílio direto é instrumento por meio do qual a integralidade dos fatos é levada ao conhecimento de judiciário estrangeiro para que profira decisão que ordene ou não a realização das diligências solicitadas. Seu surgimento decorre, em parte, da impossibilidade de concessão de *exequatur* em cartas rogatórias de caráter executório.¹⁴⁷ Sobre esse tema, importa assinalar que o Supremo Tribunal

¹⁴⁵BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 41, comentário de Nádia de Araújo.

¹⁴⁶ Os pedidos de cooperação jurídica internacional passivos que têm por objeto atos que não ensejam juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça -, ainda que denominados como carta rogatória, são tramitados como auxílio direto, nos termos do Parágrafo Único do art. 7º da Resolução do Superior Tribunal de Justiça nº 9.

¹⁴⁷ SOUZA, Carolina Yumi. “Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 297-325, 2008, p. 318

Federal era competente para a análise de concessão de *exequatur* nas cartas rogatórias, tempo em que vigia o entendimento de que os pedidos de caráter executório, entre os quais busca e apreensão e quebras de sigilo bancário, não poderiam ser deferidos sem prévia homologação da sentença estrangeira respectiva, tendo em vista o argumento da ofensa à ordem pública.

Na passagem da competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça para esses assuntos, o STF modificou o entendimento, que agora é de que se houver tratado ou convenção sobre determinada matéria deve-se verificar caso a caso a ofensa à ordem pública, exceto em casos envolvendo quebra de sigilo bancário, hipótese na qual é imprescindível a decisão judicial interna de mesmo nível.¹⁴⁸

Tendo em vista os acordos internacionais assinados pelo Brasil e o disposto na Constituição Federal, o entendimento do não cumprimento de cartas rogatórias executórias conduzia o Estado brasileiro a uma situação de não cooperação com outros países e até mesmo de descumprimento de obrigações internacionalmente assumidas.¹⁴⁹

Quando o caso dispensa o *exequatur* e pode ser atendido por meio de auxílio direto, o solicitação externa vem por intermédio da autoridade central brasileira e dali enviado ao órgão competente para sua realização. Nos casos em que há necessidade de pronunciamento judicial, será o Ministério Público Federal o órgão responsável pela proposição de ação judicial para atender ao pleito externo.

O auxílio direto passivo não enseja a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o Parágrafo Único do art. 7º da Resolução do Superior Tribunal de Justiça nº 9,¹⁵⁰ cabendo ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça, as

¹⁴⁸ Roteiro de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal. Disponível em [http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/enfrentamento-da-corrupcao/documentos/ROTEIRO%20DE%20ATUACaO%20COOPERACaO%20INTERNACIONAL%20atualizado.doc/view?searchterm=coopera%C3%A7%C3%A3o+] Acesso em 20 de dezembro de 2012.

¹⁴⁹ Id.

¹⁵⁰ Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto. Disponível em [http://www.superiortribunaldejustica.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1] Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

providências junto às autoridades competentes para o seu cumprimento¹⁵¹.

O julgamento do auxílio direto judicial no Brasil tem sua competência atribuída aos juízes federais de 1ª instância, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, seja porque figuram como parte o Ministério Público Federal ou a União, seja porque a medida busca cumprir tratado do qual o Brasil é parte.¹⁵²

Pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Se as providências solicitadas exigirem decisão judicial, conforme a legislação brasileira, deve a autoridade promover as ações judiciais necessárias. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica, não sujeita ao juízo de delibação¹⁵³. Em um pedido passivo, é a lei brasileira que irá reger a forma e o procedimento requeridos; em um pedido encaminhado a outro Estado, a lei deste determinará a forma pela qual se cumprirá o pedido brasileiro.

5.4.3 Transferência de processo penal

Na transferência de processo penal, o ato de colaboração penal internacional consiste na aceitação de que o procedimento penal iniciado perante a justiça de um determinado país, Estado requerente, possa continuar a tramitar, sem solução de continuidade, perante a justiça de outro, Estado requerido¹⁵⁴. Os atos anteriores, ainda que praticados em outro território, no caso de haver tratado que o possibilite, são convalidados e passam dali por diante a serem regidos pela legislação do Estado requerido.

Essa modalidade de instrumento de cooperação internacional já foi objeto de estudo de uma comissão de especialistas da Rede Ibero-Americana de Cooperação Judicial (IberRED), que chegou a divulgar um projeto de Código Modelo de

¹⁵¹ Id. Ibid.

¹⁵² Disponível em [www.mj.gov.br] Acesso em 03.04.2011

¹⁵³ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 32, comentário de Gilson Langaro Dipp

¹⁵⁴ Glossário sobre cooperação jurídica internacional da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal. Disponível em <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>. Acesso em 20.11.2012.

Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica, no qual há previsão da transferência de processo e de execução penal.¹⁵⁵

A previsão da proposta normativa é de que a competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado, pode ser transferida a outro Estado, considerado requerido. Para que isso se dê basta que uma das condições a seguir seja preenchida: I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas; II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido; III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida; IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução; V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.¹⁵⁶

Com franca ênfase na ressocialização, o projeto prevê que ainda que se verifique uma das condições previstas nas hipóteses I, III, IV e V, a transferência não se efetivará caso houver no Estado requerido, condições tais que façam crer que a mesma não favorecerá o acusado ou condenado.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. Disponível em [<http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1>] Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

¹⁵⁶ Art. 25.- Requisitos para a transferência do processo de conhecimento e de execução penal.

A competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado, pode ser transferida a outro Estado, considerado requerido, se observada uma das seguintes condições:

I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas;

II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido;

III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida;

IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução;

V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.

Parágrafo único. Ainda que se verifique uma das condições previstas nos incisos I, III, IV e V, não haverá lugar à transferência para o Estado requerido se houver razões para crer que a mesma não favorece a reintegração social do acusado ou condenado.

¹⁵⁷ Art. 26.- Compromisso do Estado requerido de não agravar a pena.

A transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido de que não haverá agravamento da pena.

Por fim, em outro momento está disposto que a transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido em não agravar a pena além do previsto na legislação do Estado requerido.

Minha proposta segue a linha do projeto iberoamericano, dando ênfase às seguintes condições: 1. Deve haver paridade de tratamento daquele tipo de delito entre o direito brasileiro e o direito do país para o qual vai ser enviado. 2. Deve haver tratado entre o Brasil e o país de cidadania do “mula”. 3. Deve haver concordância por parte do “mula” de que seu processo vai correr no Estado requerido. 4. O fato deve ter sido tipificado como a conduta de “mula”, em sucessivas fases processuais; no inquérito, na denúncia e no recebimento da denúncia pelo juiz da causa. 5. A oferta da possibilidade de expulsão imediata e envio do “mula” para ser processado em seu país de cidadania deve ser realizada pelo juiz da causa quando do recebimento da denúncia.

A minha sugestão é que o momento processual para a oferta de transferência de processo e de envio do preso deva ser do momento imediatamente subsequente ao recebimento da denúncia. Se houver condenação transitada em julgado do “mula”, o Estado requerido enviará a informação sobre o fato para o Brasil, que, dando seguimento ao procedimento administrativo adequado, poderá decretar sua expulsão.

5.4.4 Homologação de sentença estrangeira

Instrumento destinado a dar eficácia, em um Estado, a decisões judiciais definitivas provenientes de outro Estado. A homologação nada mais é do que o processo necessário para que à decisão judicial exarada em solo estrangeiro, seja conferida eficácia em território nacional. Assim como no caso das rogatórias, a Constituição Federal dispõe no artigo 105, inciso I, alínea “I”, que a competência para homologar a sentença estrangeira está a cargo do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁸ Esse instrumento é condição para a realização dos demais atos processuais necessários para que se execute o conteúdo da decisão. Mesmo sendo quase que somente um ato processual, preferi indicá-la como um instrumento próprio tendo em vista que no campo doutrinário é assim tratada.

¹⁵⁸Id. Ibid.

5.4.5 Execução penal de sentença estrangeira

A execução penal de sentença estrangeira se constitui em um instrumento tradicional no campo da colaboração penal. Define-se pela utilização pelo Estado Requerido, de decisão penal proferida pelo Poder Judiciário do Estado Requerente. De forma genérica, pressupõe que seja homologada e realizado “juízo de delibação” ou um “juízo de revisão de fundo” da decisão exarada pela justiça do outro país. O condenado sofrerá os efeitos penais contidos na sentença penal homologada tais como pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, pecuniária etc.

A defesa nestes processos é bastante restrita, devendo-se ater meramente à “autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução”, conforme o artigo 9º, do Código Penal Brasileiro. Além dos requisitos formais, portanto, a única matéria de defesa que pode ser utilizada é a ocorrência de ofensa à ordem pública e à soberania, questões de difícil definição e identificação problemática, dada a amplíssima significação dos termos.

Há Estados, contudo, que restringem a sua produção de efeitos, caso brasileiro, na forma do artigo 9º, do Código Penal, que só admite a geração de efeitos “secundários”, que não a imposição de pena ao condenado, podendo apenas obrigá-lo a reparar o dano ou se submeter à medida de segurança.

5.4.6 Entrega ao Tribunal Penal Internacional

A entrega de pessoa perseguida criminalmente ao Tribunal Penal Internacional está prevista no parágrafo 4º do artigo 5º da Carta Magna, que prevê a aceitação da jurisdição de tribunal desta natureza pelo Brasil, desde que tenha havido manifestação de adesão.

O instituto tem pontos em comum com a extradição, sendo ato de colaboração penal internacional cujo objetivo é a localização, captura e entrega da pessoa demandada por esse tribunal. Os dois institutos de cooperação jurídica internacional se assemelham, porém diferem na condição dos entes que se relacionam para sua consecução. Na extradição, o ato de colaboração se dá entre países soberanos, enquanto que a entrega diz respeito à colaboração entre um

Estado signatário do TPI e a Corte Penal supranacional propriamente dita. O fato do perseguido ser nacional do Estado envolvido neste pedido de colaboração, não impede a sua entrega, como se dá no caso da extradição.¹⁵⁹

5.4.7 Extradição e transferência de presos

5.4.7.1 Extradição

A extradição é o mais antigo ato de cooperação internacional. Consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou condenada por um ou mais crimes, ao país que a reclama.¹⁶⁰

O pedido de extradição não se limita aos países com os quais o Brasil possui tratado. Ele poderá ser requerido por qualquer país e para qualquer país. Quando não houver tratado, o pedido será instruído com os documentos previstos na Lei 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro e deverá ser solicitada com base na promessa de reciprocidade de tratamento para casos análogos.¹⁶¹

De acordo com dados do Ministério da Justiça, em março de 2011, o Brasil possuía tratados de extradição em vigor celebrados com vinte e um países, além do acordo do MERCOSUL, o Decreto nº 4.975, de 30 de janeiro de 2004.¹⁶²

5.4.7.2 Transferência de presos

A transferência de presos¹⁶³, também denominada de transferência de

¹⁵⁹ Disponível em [<http://gtld.pgr.mpf.gov.br>]. Acesso em 22.04.2011

¹⁶⁰ Durante quase 500 anos, da época de Grotius até o século XX, a cooperação entre os Estados em matéria penal consistiu fundamentalmente na extradição, mas que nos últimos 50 anos o cenário se transformou para acolher um número crescente de novos instrumentos e formas ou modalidades de cooperação. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos", 2008. Disponível em [http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010 p. 134

¹⁶¹ Disponível em [www.mj.gov.br]. Acesso em 03/04/2011.

¹⁶² Disponível em [www.mj.gov.br]. Acesso em 03/04/2011.

¹⁶³ Utiliza-se a expressão transferência de presos ao invés de transferência de pessoas condenadas, por razões de uniformidade, uma vez que é o termo em regra empregado nos tratados firmados pelo Brasil. Não se ignora que, tecnicamente, o instituto é mais amplo, compreendendo não só a pena de prisão, mas, igualmente, pena restritiva de direitos, medida de segurança e medida sócio-educativa para adolescente infrator. O livramento condicional, bem como outras alternativas penais são, também, passíveis de transferência.

peças condenadas, é “ato bilateral internacional discricionário, condicionado ao consentimento da pessoa transferida”¹⁶⁴. O mecanismo da transferência de pessoas condenadas em um país para cumprir pena em outro, em uma espécie de execução de sentença penal estrangeira foi ¹⁶⁵ utilizada pela primeira vez em 1951. No Brasil, todavia, tal mecanismo só foi tema de acordos internacionais na década passada, a propósito da transferência, em 2002, dos sequestradores (supostamente presos políticos) do empresário Abílio Diniz, caso rumoroso em que o empresário do ramo de varejo foi instrumento de reivindicações políticas.¹⁶⁶

Muito da fundamentação que justifica a adoção desse instrumento de cooperação internacional aproveita à proposta defendida no presente trabalho quanto ao envio do detido para seu país de origem. O mecanismo de transferência de pessoas condenadas possui cunho essencialmente humanitário, pois visa a proximidade da família e de seu ambiente social e cultural. Conforme referido em documento sobre o tema publicado pelo Ministério da Justiça, ele surge em razão de que os institutos da Extradução e da Expulsão não se mostraram suficientes para satisfazer a consciência dos direitos humanos. Conforme amplamente argumentado no presente trabalho, sendo a pena retributiva do fato e punitiva do autor, ela deve incluir, entre as suas finalidades, a reintegração do condenado à sociedade e à família.¹⁶⁷

A transferência tem como objetivo evitar, ainda, que o preso sofra discriminações nos estabelecimentos prisionais.¹⁶⁸ Esse é um ponto nodal do problema, tendo em vista que, sendo a transferência de preso possível apenas após o trânsito em julgado da condenação, os efeitos de sua permanência no Brasil são sentidos durante período significativo de tempo.

A transferência de pessoas condenadas é instrumento jurídico novo, ainda objeto de muita incompreensão, que tende a suscitar questões de natureza política e

¹⁶⁴ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. “Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos”, 2008. Disponível em [\[http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf\]](http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf). Acesso em 8 de julho de 2010 p. 242

¹⁶⁵ id., p. 235

¹⁶⁶ Além de coberto de forma sensacional pela imprensa à época, a decisão final foi objeto de ampla contestação. Não é cabível, nos limites do presente trabalho, adentrar os fatos. Para maior conhecimento há farto material jornalístico na Internet. Um exemplo: [\[http://veja.abril.com.br/220498/p_028.html\]](http://veja.abril.com.br/220498/p_028.html). Acesso em 10 de dezembro de 2012.

¹⁶⁷ BRASIL [Tratados etc]. Transferência de Pessoas Condenadas. 1. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros- MJ, 2004

¹⁶⁸ Idem

jurídica. Uma das questões que devem ser ponderadas, como a própria denominação do instituto indica, é a de que o preso só pode ser transferido para cumprir sentença em seu país após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal instrumento, portanto, não atenua as agruras do preso estrangeiro exatamente no período em que ainda não domina o idioma e não se familiarizou, nem de maneira superficial, com o sistema jurídico brasileiro.

Encerrada a etapa descritiva deste capítulo, é imprescindível ressaltar que nem todos os mecanismos são adotados uniformemente. Aqueles mais tradicionais, como a Extradução, a Carta Rogatória ou a Homologação de Sentença Estrangeira se contrapõem a instrumentos novos como o Auxílio Direto ou à Transferência de Processo. Se os primeiros estão previstos nos códigos pátrios e são comumente verificados no Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não se pode dizer com relação aos últimos. Estes exigem a superação da posição clássica pela qual ao Estado requerido não é dado interferir ou exercer o controle do que se passou ou vai se passar no processo do Estado requerente, princípio conhecido na doutrina internacional como o do *non inquiry*.¹⁶⁹ Vê-se, portanto, que a adoção dos mesmos se dá de forma ainda controversa.

5.5 A insuficiência do mecanismo de transferência de presos para solução do problema dos “mulas” no país

O instituto que ora se pretende analisar mais aprofundadamente, a transferência de pessoas condenadas, é, como visto, uma das formas previstas em um conjunto de medidas adotadas pela política de cooperação jurídica internacional. Reitera-se que essas medidas decorrem do princípio fundamental da República Federativa do Brasil, artigo 4º, IX da Constituição Federal que se rege, em suas relações internacionais, pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Não apenas a Constituição pátria, mas também a Organização das

¹⁶⁹ O princípio pode ser definido como o impedimento às cortes que decidem sobre a extraditção de considerar o tratamento que o extraditando receberá em seu país de destino. A referência aparece em John Parry: “... the Supreme Court and lower courts repeatedly have invoked the ‘rule of non-inquiry,’ under which courts hearing extradition cases may not inquire into the procedures or treatment – including possible physical abuse – that await the extraditee in the requesting state.” PARRY, John T. “International Extradition, The Rule Of Noninquiry, And The Problem Of Sovereignty”. *Boston University Law Review*, . v. 90, p. 1973, 2010. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508019] . Acesso em 10 de janeiro de 2013.

Nações Unidas fomenta as iniciativas de cooperação. Em seus próprios termos, a ONU vincula a difusão da proposta da transferência de presos à “reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social”¹⁷⁰.

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

O instituto pode ser encarado como sendo a pedra fundamental da internacionalização da Execução Penal, alargando, dessa maneira, as fronteiras até então conhecidas do Direito Penal Internacional que, em regra, terminava nas questões atinentes ao rol de delitos e das jurisdições penais internacionais, não adentrando o terreno da execução de penas e medidas de segurança no cenário supranacional.¹⁷¹

O problema detectado no estudo e na vivência do estrangeiro encarcerado é a dúvida sobre a real capacidade do instrumento cumprir os anseios e os objetivos a que se propõe. A transferência não soluciona o problema do constante crescimento do número de presos estrangeiros nos presídios nacionais. São vários os problemas, como o fato de que os presídios normalmente não possuem funcionários que se comuniquem em língua estrangeira, os presos não podem receber material de leitura em sua língua pátria, *et cetera*. É justamente a adaptação dos primeiros anos a mais difícil. O problema é que a transferência em questão só é pertinente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ao menos no Brasil, este trâmite dura alguns anos, o que corresponde a uma porcentagem significativa do tempo total de muitas das penas aplicadas. Os “mulas”, por exemplo, que trazem drogas de diversas maneiras, inclusive no próprio organismo (estômago), são normalmente primários, não raro possuem bons antecedentes e frequentemente são

170 BRASIL [Tratados etc]. *Transferência de Pessoas Condenadas*. - 1. ed. - Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros- MJ, 2004

171 GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.254

de pouca idade, o que lhes proporciona uma pena mais próxima do limite mínimo. Este tipo de crime é responsável pelo crescente aumento de presos estrangeiros no país, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça ¹⁷². O mecanismo da transferência, portanto, em pouco ou nada auxilia, no que concerne à solução do problema carcerário dos presos estrangeiros no Brasil.

A transferência de presos possui caráter humanitário, mas é possível que também almeje diminuir o custo de manutenção de detentos estrangeiros nas prisões brasileiras. Sob esse aspecto, julgo válido poderar-se de fato há benefício para a sociedade brasileira, por exemplo, em manter o estrangeiro em nosso sistema prisional.

O uso de outros mecanismos de cooperação jurídica internacional, com maior flexibilização dos princípios da territorialidade e da soberania, talvez seja meio plausível para propor solução ao problema enfrentado pelos mulas. Tais instrumentos podem ser viabilizados em acordos bi ou multilaterais entre Estados que já penalizem o crime de tráfico de droga praticado pelo “mula” com processamento e punição equânimes ou similares. O acusado poderia então ser julgado em ambos Estados, podendo optar pela transferência do processo e inquéritos para seu país de origem, desde a fase de instrução processual.

Os dados que vem a público mostram a dimensão do problema dos presos estrangeiros no Brasil. Em matéria recente, de 16.08.2010, o Correio Braziliense publicou reportagem que relatou a prisão de seis estrangeiros de diversas nacionalidades no aeroporto Internacional de Guarulhos em um só dia. Trouxe depoimento do então Secretário Nacional de Justiça, Pedro Abramovay, afirmando a necessidade de aumentar o número de acordos para transferência de presos com o intuito de reduzir o número de presos estrangeiros que já somavam 3.120 (INFOOPEN, 2010).

O Ministério da Justiça, tenta divulgar os novos mecanismos de cooperação internacional, inclusive com projeto Grotius, que visa dar treinamento a agentes públicos e acadêmicos que atuem nesta área. Sob viés econômico, fala-se em razões de conveniência econômica em aliviar as administrações penitenciárias dos Estados, não raro com crises econômicas e fiscais para lidar e com as

¹⁷² Notícia “Maioria dos presos estrangeiros responde por tráfico de drogas.” Disponível em [http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20183:maioria-dos-presos-estrangeiros-responde-por-trafico-de-drogas]. Acesso em 10/12/12.

dificuldades que caracterizam a gestão de uma população prisional estrangeira que tende a aumentar.¹⁷³ No ordenamento jurídico brasileiro, os Institutos da Extradução e da Expulsão não se mostram suficientes para controlar o aumento do contingente carcerário estrangeiro.

O trâmite do processo de transferência é todo administrativo: tratando-se de transferência passiva. Dispõe o Manual de Transferência de Pessoas Condenadas do Ministério da Justiça de 2004 que o Departamento de Estrangeiros, da Secretaria Nacional de Justiça, recebe o pedido expresso do estrangeiro no sentido de ser transferido para seu país de origem. Recebido o pedido, incumbe à Divisão de Medidas Compulsórias providenciar junto ao Poder Judiciário os documentos destinados à instrução do processo. Uma vez instruído, é providenciada a tradução dos referidos documentos para o idioma oficial do país de origem do preso estrangeiro, condenado pela justiça brasileira.

Veja-se que o Brasil não prevê em seu ordenamento jurídico, o instrumento da transferência de pessoas condenadas, necessitando de acordos bilaterais ou multilaterais para proceder com a medida. Se tal instituto tratasse da transferência de execução de sentença penal estrangeira, obrigatoriamente pressuporia que um Estado pudesse executar a sentença penal de outro Estado o que irremediavelmente haveria de passar pela apreciação do Poder Judiciário, como acontece no caso das Cartas Rogatórias. Sendo a sentença penal manifestação muito forte da soberania estatal, todos os países relutam em admitir a eficácia da sentença penal estrangeira em seus territórios. Por isso a fórmula do artigo 9º do Código Penal é usual a todos os países, quando prevê a homologação de sentença estrangeira para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e outros efeitos civis e a sujeitá-lo à medida de segurança.

A doutrina tenta contornar o problema da soberania, por meio de arranjos teóricos tendentes a transformar a decisão, de um ato de jurisdição, em ato meramente administrativo. Nesse sentido, Bassiouni e outros, defendem que a execução de uma sentença penal estrangeira tem natureza administrativa, não implicando no reconhecimento do juízo penal.¹⁷⁴ Outro argumento possível,

173 ROCHA, Manuel António Lopes. "Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada. Pressupostos, reinserção social e consentimento." In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n1, 1992, p.132

174 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos", 2008. Disponível em

entretanto, é o que pretendo formular no presente trabalho: que a questão da soberania é, nos termos aqui propostos, voltada ao interesse soberano da sociedade, que deseja a ressocialização do apenado e sua possível reinserção produtiva e saudável ao corpo social. Adotada essa perspectiva, o envio do sujeito e conseqüentemente do processo e das provas para seu país de origem não fere qualquer dimensão da soberania estatal, não tendo importância distinguir o ato de execução como um ato meramente administrativo.

Os países europeus aceitaram a justificativa jurídica de que a execução é administrativa e não judicial. Mesmo porque já existia a Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, celebrada em Haia, em 28.05.1970. Os Estados Unidos também aceitaram, sob condição de que a pessoa, para ser transferida, declarasse explicitamente que os seus direitos constitucionais foram respeitados no julgamento.¹⁷⁵

No Brasil, houve quem entendesse que era necessária a prévia homologação do Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁶ O governo brasileiro resolveu adotar a posição segundo a qual a transferência é mera questão administrativa da execução¹⁷⁷, podendo a homologação ser dispensada, já que só se consuma se houver concordância da pessoa a ser transferida, diferenciando-se assim da extradição que prescinde da anuência do condenado.

Outra argumentação utilizada para corroborar a desnecessidade da homologação foi a de que os tratados tem força de lei, tendo, portanto, capacidade de alterar o Código Penal ou mesmo a Constituição nos casos que versem sobre direitos humanos (quando aprovados com o *quorum* especial, necessário para tal).¹⁷⁸ Nesta mesma linha, autores entendem que a exigência de homologação judicial igualaria a transferência de pessoas apenadas à execução de sentença

[http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010 p. 240

175 Idem, ib.

176 O argumento era de que uma sentença condenatória prolatada no estrangeiro não poderia dar causa a instauração de um juízo executório penal, sem passar por um juízo de delibação para os ajustes necessários à legislação nacional, ainda que sem qualquer indagação de mérito, Araújo Júnior in CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos", 2008. Disponível em

[http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010 p.241

177 Idem

178 GUEIROS, Artur de Brito, p.290 in WIECKO, Ela V. De Castilho, Cooperação Internacional na execução da pena, p.241.

condenatória estrangeira.¹⁷⁹

O fundamento formal para a transferência de presos estrangeiros do Brasil para outros países e vice-versa fundamenta-se, até o presente momento, exclusivamente em tratados internacionais, devido à redação do artigo 9º do Código Penal Brasileiro.¹⁸⁰ Isto ocorre, em parte, em virtude da natureza híbrida do instituto, que não é puramente de direito processual penal nem de direito internacional. Apesar de possuir características dos dois ramos do direito, no modelo brasileiro, a prática tem indicado que, na ausência de legislação específica, se destaca o aspecto internacional, o que por vezes dificulta a obtenção satisfatória do resultado, já que o hábito no Judiciário é decidir com base em uma norma legal, no caso inexistente.

5.6 Normas aplicáveis

Não há no Brasil, uma lei específica regulamentando a cooperação internacional, nos moldes em que existe em outros ordenamentos jurídicos. Por isso, a análise dos pedidos de cooperação é feita à luz da Constituição, das convenções, tratados e acordos internacionais aplicáveis ao caso concreto, de normas internas dos próprios tribunais e de seus precedentes. Houve em 2003 um projeto de lei para regulamentação da assistência judiciária internacional em matéria penal, que versava sobre investigação, instrução processual, julgamento de delitos e estabelecimento de mecanismos de prevenção e bloqueio de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Tal projeto nunca foi aprovado, como se verá adiante.

5.6.1 Fontes do Direito Internacional

Entre Estados a cooperação pode se dar por mera liberalidade, quando um promete reciprocidade a outro, ou por um acordo formal ou mesmo por um costume internacional.¹⁸¹ As fontes principais são a Convenção Interamericana sobre Cartas

179 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos", 2008. Disponível em [http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010

180 Idem, p.242

¹⁸¹ A qualificação conceitual dessa seção se baseia na digressão de BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP. Disponível em [www.teses.usp.br]. Acesso em 22 de agosto de 2012

Rogatórias de 1975 e o Protocolo Adicional de 1979, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a Convenção das Nações Unidas de Mérida, de 2003 e o Tratado Interamericano de 1947. Além desses documentos, relativamente ao tema dos Direitos Humanos tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

Sobre o tema da extradição, há os tratados ratificados pelo Brasil, firmados com os seguintes países: Uruguai, Peru, Equador, Portugal, Argentina, Bolívia, Paraguai, Espanha, Portugal, Itália, Grã-Bretanha, Bélgica, Alemanha e Chile.

Vários tratados multilaterais, além dos já indicados, foram ratificados pelo Brasil e que tratam em seus dispositivos do tema da cooperação: a Convenção das Nações Unidas contra corrupção (Decreto 5687, de 31/01/2006), a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Decreto 154, de 26/07/1991), a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Decreto n 5014, de 12/03/2004, além do Código de Bustamante (Direito dos Tratados) ratificado por meio do Decreto n.18871, de 13/08/1929.

Sobre o tema dos acordos bilaterais sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal, o Brasil assinou e ratificou-os, dentre outros: com Cuba (Decreto n. 67462, de 21/05/2008), Espanha (Decreto n. 6681, de 08/12/2008), China (Decreto n.6282, de 03/12/2007), Estados Unidos da América (Decreto n. 3324, de 30/12/1999), Itália (Decreto n. 862, de 09/07/1993), Peru (Decreto n.3988, de 29/10/2001), Portugal (Decreto n.1320, de 30/11/1994) e Coréia (Decreto n. 5721, de 13/03/2006). Além desses, ratificou ainda o protocolo sobre assistência mútua em matéria penal, por meio do Decreto n. 3468, de 17 de maio de 2000¹⁸², que vigora no âmbito do Mercosul.

¹⁸²BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP. Disponível em [www.teses.usp.br]. Acesso em 22 de agosto de 2012

5.6.2 Fontes do Direito Brasileiro

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata do instituto da cooperação jurídica internacional em diversos dispositivos. Estabelece no preâmbulo que o Brasil, enquanto Estado Democrático, reconhece a ordem interna e a ordem internacional como base para a solução pacífica das controvérsias e a plena realização dos direitos sociais e individuais.

No artigo 3º, inciso I, estabelece a solidariedade como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. No artigo 4º, inciso IX, reconhece a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como um dos princípios regentes das relações internacionais do país. Quanto às atribuições de poderes entre os órgãos relacionados à viabilização da cooperação jurídica internacional, estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da extradição solicitada por Estado estrangeiro, nos artigos 102, inciso I, alínea “g”; a competência do Superior Tribunal de Justiça para o conhecimento e execução das cartas rogatórias passivas no artigo 105, inciso I, alínea “i”; e a competência da Justiça Federal para sua efetiva execução, nos termos do artigo 109, inciso X.

5.6.3 Legislação infraconstitucional

Reiteramos que em termos de legislação infraconstitucional, não há nenhuma lei específica que trate de cooperação jurídica internacional no Brasil. O projeto de lei 1982/2003, que intentou regulamentar a assistência judiciária internacional em matéria penal, não foi aprovado, tendo sido arquivado em 31.01.2012.¹⁸³ Na proposta de um novo Código de Processo Penal, em trâmite no Senado Federal, simplesmente o assunto foi ignorado.¹⁸⁴ Em 2012, o Ministério da Justiça elaborou uma Lei de Cooperação Jurídica Internacional, que ainda não foi encaminhada ao Poder Legislativo.¹⁸⁵

A legislação interna que regulamenta a cooperação jurídica internacional é fragmentada. Não há uma lei específica cuidando de toda a matéria, que está pre-

¹⁸³ Informação disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=133333>. Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

¹⁸⁴ SOUZA, Carolina Yumi. “Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 71, p. 297-325, 2008.

¹⁸⁵ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012

sente, de forma esparsa, em diversos diplomas legais. Dá-se maior destaque à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LIN), à Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça e à Portaria Interministerial nº 501 MRE/MJ de 21/03/2012.¹⁸⁶ Acrescento a estes, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.6815/1980) e os Códigos Penal e de Processo Penal.

Como sabido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LIN) normatiza a aplicação da lei estrangeira, questão relacionada à interpretação e aplicação do instituto da cooperação jurídica internacional. O artigo 17 estabelece que as leis, os atos e as sentenças de outro país, bem como quaisquer outras declarações de vontade, terão eficácia no Brasil se não ofenderem a ordem pública e os bons costumes e a soberania nacional. Não é demais observar que recorrentemente a questão da soberania nacional é invocada quando se trata da aplicação de soluções normativas transnacionais por meio do direito interno.

O procedimento de extradição é previsto no Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80. Já o Código de Processo Civil, no artigo 210, trata da admissibilidade e do cumprimento da carta rogatória e ao fazê-lo, estabelece a observância do disposto na convenção internacional.¹⁸⁷

O Código de Processo Penal regulamenta as relações jurisdicionais com as autoridades estrangeiras nos artigos 780 e seguintes, disciplinando o procedimento a ser adotado para atos de comunicação e de diligência por meio de carta rogatória. De acordo com o artigo 783, as cartas rogatórias ativas serão remetidas pelo juiz brasileiro competente para a ação penal ao Ministro da Justiça e, posteriormente, por via diplomática, à autoridade estrangeira. Quanto às cartas rogatórias passivas, as mesmas deverão respeitar a ordem pública e os bons costumes.

5.6.4 Limites à cooperação jurídica internacional

¹⁸⁶ BRASIL. *Manual De Cooperação Jurídica Internacional E Recuperação De Ativos: Cooperação Em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Comentários de Nadia Araújo

¹⁸⁷ Segundo Nádía Araújo, Carlos Alberto de Salles e Ricardo Ramalho Almeida, ao analisarem as normas aplicáveis, podem ocorrer as seguintes situações: vigência de regras internacionais compartilhadas pelo Brasil em âmbito multilateral; vigência de tratado ou convenção bilateral sobre cooperação jurisdicional; no âmbito do MERCOSUL estão em vigor tanto a Convenção Interamericana, como o Protocolo de Las Lemas; a última hipótese é a de países com os quais o Brasil não celebrou nenhum tratado ou convenção internacional, que a legislação ordinária nacional tem aplicação.

Apesar do poder constituinte de 1988 ter optado por um Estado de Direito democrático, aberto e internacionalmente amigo e cooperante no plano externo, diversas são as dificuldades com que se defronta aquele que pretende implementar a cooperação jurídica internacional. O posicionamento esposado pela doutrina pátria é em parte concordante com a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal, centrada na concepção de um Estado Constitucional Nacional, ou seja, conservador em sua compreensão de soberania.¹⁸⁸

O processamento da cooperação jurídica internacional não tem se mostrado eficiente. Tem-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, importantes precedentes que confirmam a postura restritiva à cooperação por meio de cartas rogatórias, por exemplo. São eles: caráter executório do pedido, necessidade homologação de sentença estrangeira, necessidade de procedimento judicial, atentado à soberania, atentado à ordem pública, ausência ou insuficiência de provas.¹⁸⁹

Muito embora possa parecer que nosso tema esteja margeando a questão da integração, o caso em tela busca tão somente a harmonização de tratamento ou a possibilidade de julgamento de um único tipo de crime (o tráfico internacional de entorpecentes praticados por mulas, acusados de menor periculosidade). Entendo distanciar-me do tema da integração pelo fato de não almejar harmonizar sistema jurídicos em suas formas genéricas. Ressalto, todavia, que não haverá cooperação se um Estado quiser impor ao outro a sua própria legislação ou o seu entendimento sobre a matéria.

¹⁸⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *A integração de Estados: entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional in Desafios do direito internacional no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pg.107

¹⁸⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP. Disponível em [www.teses.usp.br]. Acesso em 22 de agosto de 2012, p. 145

Capítulo 6. Retirada compulsória do estrangeiro do território nacional

Problema que se soma às dificuldades enfrentadas durante o processo judicial e a execução da pena do estrangeiro que comete um crime no Brasil e é por este condenado, é ter que aguardar o trâmite de seu processo administrativo de expulsão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal questão já é tema sensível há algum tempo, tanto que o Conselho Nacional de Justiça, no 2º Seminário sobre Presos Estrangeiros, realizado em 07.07.2012, no Rio de Janeiro, colocou como meta a criação de uma página na internet para funcionar como banco de dados referente a pessoas de outras nacionalidades detidas no Brasil. O intuito desta página é agilizar o processo de expulsão de presos estrangeiros.

O Estatuto do Estrangeiro prevê três distintos institutos para regular a retirada compulsória do estrangeiro do País: deportação, extradição e expulsão.¹⁹⁰ Ainda que somente o último nos interesse especificamente para o tema dos presos estrangeiros, cabe diferenciá-la dos outros dois, deportação e extradição.

6.1 Deportação

A deportação consiste em fazer sair do território brasileiro aquele estrangeiro que clandestinamente tenha ingressado, ou que nele permaneça em situação de irregularidade legal, se do País não se retirar voluntariamente dentro do prazo que lhe for fixado. O instituto é previsto e regulado nos artigos 57 a 64 da Lei 6.815/80 e nos artigos 98 e 99, do Decreto 86.715/81.

A Polícia Federal notificará o estrangeiro para se retirar do território nacional em um prazo de três a 8 dias. Se o prazo for descumprido, cabe ao Departamento de Polícia Federal promover a sua retirada do território nacional, sendo que ela somente ocorrerá se o não sair voluntariamente após a notificação recebida da

¹⁹⁰ MILESI, Rosita. "O Estatuto do Estrangeiro e as medidas compulsórias de Deportação, Expulsão e Extradição". Artigo disponível em [www.migrante.org.br/artigo_deportacao_expulsao.doc]. Acesso em 11 de janeiro de 2013.

autoridade competente. A diferença entre a expulsão e a extradição é, portanto, relativa à possibilidade de retirada voluntária do sujeito.

6.2 Extradição

A extradição, por sua vez, tratada de forma mais minudente no capítulo sobre cooperação jurídica internacional, é um dos mecanismos de cooperação internacional cujo objetivo é entregar ao Estado requerente, pessoa acusada ou condenada por crime que cometeu naquele território.¹⁹¹ Retira-se o suposto infrator do território pátrio, para devolvê-lo àquele que o reclama. No Estado requerente será julgado e talvez punido pelo poder judiciário. Tal cooperação objetiva combater e reprimir a criminalidade, evitando a possibilidade que infratores consigam evadir-se do território onde vige a jurisdição que o condenou, para se desvencilhar das consequências previstas para seu ato.

6.3 Expulsão

O que nos concerne prioritariamente neste ponto do trabalho, é o decreto de expulsão, que nada mais é do que a retirada compulsória de um estrangeiro do território nacional motivada pela prática de um crime que tenha cometido no Brasil ou por conduta incompatível com os interesses nacionais.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815/80, com redação dada pela Lei n.º 6.964/81, em seus artigos 65 e 71, regulamenta o processo administrativo para fins de expulsão. Os artigos determinam que o estrangeiro que atenta contra a segurança nacional, a ordem político-social, a moralidade, a tranquilidade pública ou a economia popular, pode ser expulso.¹⁹² Além dessas hipóteses, as condutas relacionadas ao tráfico de drogas também ensejam a possibilidade de expulsão.

¹⁹¹ Disponível em [<http://portal.mj.gov.br>]. Acesso em 17 de dezembro de 2012.

¹⁹² Art. 65 – É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Art. 71 – Nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.

Se é certo que a expulsão do estrangeiro está inserida na esfera dos poderes discricionários do Estado, tal prerrogativa não se confunde com o arbítrio, que seria uma conduta incoerente com os limites impostos pela ordem jurídica.

Muito embora a expulsão não seja classificada como pena, entendo que a mesma se relaciona especialmente com o Direito Penal e o Processo penal, uma vez que decretada e efetivada a expulsão, é vedada a concessão de visto ao estrangeiro expulso e o seu reingresso ao solo pátrio (salvo se a expulsão for revogada, consoante disposto no art. 7º, III da lei 6815/80), configura crime.

O artigo 338 do Código Penal Brasileiro prevê o crime de "reingresso de estrangeiro expulso" e comina para o ato, a pena de reclusão de um a quatro anos. O legislador pátrio incluiu o mencionado crime naqueles que figuram no rol dos crimes contra a administração da Justiça (capítulo II do Título XI do Código Penal). Para que se caracterize o crime de reingresso, é imprescindível que o estrangeiro tenha de fato saído do território nacional, para depois retornar ao mesmo. Se for expulso e de alguma maneira conseguir permanecer em território brasileiro, não está praticando crime de reingresso. A consumação do delito se produz no momento em que o agente expulso (e fora do território brasileiro), retorna ao país.

Vê-se claramente que um ato tão grave quanto a expulsão, que impede um futuro retorno do estrangeiro ao território nacional, não poderia ser imposto sem o trâmite de um processo que obedecesse às regras do devido processo legal com respeito à ampla defesa e ao contraditório. Em outras palavras, a expulsão não pode ser arbitrária, sob pena de desrespeitar os direitos e garantias fundamentais do cidadão reconhecidos no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.¹⁹³

A regra para o preso estrangeiro que comete crime no território brasileiro é a expulsão, e o juízo quanto à conveniência e oportunidade da aplicação da medida compete exclusivamente ao Presidente da República,¹⁹⁴ competência esta delegada ao Ministro da Justiça, como veremos logo adiante.

O processo de expulsão se inicia pela instauração de inquérito policial-administrativo, mas a decretação da expulsão fica sobrestada até o cumprimento da pena pelo estrangeiro.

¹⁹⁴ BRASIL. *Guia Prático para Orientação a Estrangeiros no Brasil*. Secretaria Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça. Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça. 1990.

O artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro elenca os motivos que levam à decretação da expulsão dos estrangeiros em geral: atentado à segurança, à ordem política e social; atentado à tranquilidade, moralidade pública e economia popular; ou procedimento nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. O parágrafo único deste mesmo artigo traz outras hipóteses relacionadas a fraude para obter sua entrada ou permanência no Brasil; não se retirar do território nacional no prazo que lhe for determinado; entregar-se a vadiagem ou mendicância; ou desrespeitar proibição prevista em lei para estrangeiro.

Afirma-se que a expulsão "encontra apoio na necessidade do Estado de defender as suas instituições, assegurar a tranquilidade pública e eliminar de seu meio os elementos estrangeiros perniciosos ou nocivos".¹⁹⁵ Enquanto ao nacional é vedada a pena de banimento, o estrangeiro pode ser expulso "não tem esta garantia, pois o Estado, mesmo depois de tê-lo admitido em seu território em caráter permanente, guarda o direito de expulsá-lo se for considerado perigoso para a boa ordem e a tranquilidade pública"¹⁹⁶

A expulsão comporta algumas exceções, previstas no artigo 75 da Lei 6815/80 onde se encontram as vedações legais: se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos. Ainda, que tenha filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

Com intuito de evitar uma possível extradição velada, o primeiro inciso proíbe que o expulsando seja compulsoriamente mandado ao país de origem. Um hipótese de ocorrência é a dos casos em que o estrangeiro está sendo acusado de crimes políticos em seu país de origem. Nesses casos o estrangeiro poderá escolher o país para onde quer ir.

Em relação a ter filhos ou ser casado, a norma objetiva proteger a entidade familiar que poderia ficar desagregada sem um dos seus elementos. No caso da existência de filhos que do estrangeiro dependa economicamente, o interesse da criança se sobrepõe ao do Estado, fato que veda a saída compulsória. Permanecendo o estrangeiro no país, dá-se garantia ao cumprimento dos deveres

¹⁹⁵ OSCAR TENÓRIO. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970, pág. 287.

¹⁹⁶ Op. Cit. Pág. 242.

inerentes ao poder familiar e à obrigação alimentícia. Em havendo divórcio ou abandono de menor poderá se efetivar a expulsão.

6.3.1 Processamento da expulsão.

Compete ao Ministro da Justiça instaurar o inquérito que objetiva verificar as condições para uma possível expulsão, que, em regra, não deverá exceder a 15 dias, tendo em vista a previsão de ser sumário.¹⁹⁷

Conforme dispõem as garantias processuais básicas, assegura-se o direito de defesa, não sendo, entretanto, cabível pedido de reconsideração. Como a natureza do processo é administrativa, o Ministro da Justiça tem, a qualquer tempo, poder de determinar a prisão por noventa dias do sujeito que esteja sofrendo processo de expulsão, medida prorrogável por mais até outros noventa dias.

Pode o estrangeiro ser colocado em liberdade vigiada, caso o processo não se conclua no prazo de até 6 meses, sendo que se vier a descumprir as condições de conduta impostas, pode ter sua prisão decretada novamente.

De acordo com o artigo 70 da Lei 6.815/80 o Ministro da Justiça é a autoridade competente para, de ofício ou mediante solicitação, instaurar o processo de expulsão. Está previsto para os casos de infração penal dolosa ou crime contra segurança nacional, ordem política e social, moralidade e saúde pública, que o Ministério Público enviará ao Ministério da Justiça cópia de sentença penal condenatória transitada em julgado e folha de antecedentes criminais do réu estrangeiro no prazo de até trinta dias do trânsito em julgado, conforme o artigo 68 e parágrafo único do Estatuto do Estrangeiro.

A Lei 6.815/80 foi regulamentada pelo Decreto 86.725/81 que nos seus artigos 100 a 109, disciplina o processo administrativo de expulsão. Prevê o artigo 102 que compete à Polícia Federal, mediante portaria, instaurar o inquérito de expulsão mediante requisição do Ministro da Justiça.

O processo é longo, atendendo aos ditames processuais relativos à garantia do devido processo legal. Atendida a notificação, o estrangeiro será interrogado,

¹⁹⁷ Incluem-se os casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como os casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, bem como o desrespeito a proibição especialmente prevista na lei para estrangeiros.

identificado e fotografado, podendo indicar provas que desejar produzir e indicar seu defensor. Não comparecendo ou não indicando defensor, ser-lhe-á indicado defensor dativo.

Os prazos previstos são aparentemente curtos, mas a questão é que estes se somam ao tempo já cumprido em regime prisional, ao invés de se sobreporem. Após o trânsito em julgado da sentença, o Ministério Público enviará ao Ministério da Justiça cópia da sentença penal e folha de antecedentes em até trinta dias. Só então será iniciada a instrução do processo administrativo de expulsão. Se eventualmente a instrução tiver sido iniciada durante o cumprimento de pena judicial e sobrestada para aguardar o trânsito em julgado da sentença, terá seu devido seguimento do ponto em que parou. Após a instrução, o inquérito é remetido, em 11 dias, para o Ministério da Justiça, que o encaminhará com parecer ao Ministro da Justiça, o qual, por sua vez, submeterá ao Presidente da República.

Compete ao Presidente, portanto, decretar a expulsão ou revogá-la, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência, na forma do artigo 66 da Lei 6.815/80. Por fim, embora não caiba recurso, é previsto o pedido de reconsideração no prazo de 10 dias, conforme os artigos 72 da Lei e 107 do Decreto regulamentar.

Em tese o procedimento todo se apresenta, não só do ponto de vista formal, como com relação à extensão dos prazos previstos, coerente. Entretanto, como é de conhecimento comum e segundo minha experiência, corroborada pelas informações obtidas por meio de entrevistas da pessoa responsável por uma das maiores organizações não governamentais nacionais que lida com essa questão¹⁹⁸, a maioria absoluta dos presos aqui referidos, não possui intenção de permanecer no país, desejando o quanto antes regressar a seu país de origem ou de residência, aceitando a imposição do decreto de expulsão sem resistência.

Por isso, um paradoxo se apresenta explicitamente nestes trâmites aqui relatados: o estrangeiro considerado nocivo ou indesejável ao convívio social, desejando voltar para seu país de origem, é mantido preso para não regressar voluntariamente, mas sim ser expulso. A situação controvertida e incoerente é que exatamente por não ser desejado em solo nacional, é mantido aqui. Permanece durante o período em que aguarda a decretação de expulsão, eventualmente preso

¹⁹⁸ Entrevistas realizadas com Rosita Milesi, diretora do Instituto de Migrações e Direitos Humanos e Refúgio – IMDH, durante o ano de 2011. Para mais informações sobre o Instituto, acessar por meio do sítio de Internet: [<http://www.migrante.org.br/IMDH/default.aspx>]

além do tempo de sua condenação ou, se estiver solto, fica em uma situação de irregularidade vagando sem domicílio certo ou possibilidade de trabalho formal. O trâmite do processo de expulsão, portanto, acresce o agravamento da punição do traficante estrangeiro, em desrespeito ao devido processo legal.

É possível ver que tal problemática não passou despercebida por nossas instituições públicas. O Conselho Nacional de Justiça se mobilizou para discutir a questão, dada a sua importância, por meio de um grande seminário, ocorrido em março de 2012.¹⁹⁹ Como um dos resultados dessa discussão, foi enviado ao Ministério da Justiça documento com proposta de agilização do processo de expulsão, e realizada discussão exatamente sobre um aspecto central de meu argumento, qual seja o cumprimento de pena pelo detido em seu país de origem.²⁰⁰ Foi anunciada de forma ampla em veículos de mídia, a criação de uma página na Internet na qual as informações sobre o processo de expulsão e a situação geral dos presos estrangeiros seria ali registrada.²⁰¹

A iniciativa do Conselho Nacional de Justiça demonstra o interesse nacional na agilização do processo de expulsão. A criação da página abre espaço para que todos os operadores do sistema de Justiça Criminal, incluindo Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público Federal, Justiça Federal, Justiça Estadual e Ministério Público Estadual tenham oportunidade de informar a existência de inquérito policial e processo penal contra o estrangeiro para que sua situação seja acompanhada,²⁰² assim como também acompanhada concomitantemente pelo Ministério da Justiça, agilizando o processo de expulsão, e também para que os consulados e embaixadas tenham a possibilidade de visualizar onde o estrangeiro está preso e o motivo da prisão em qualquer lugar do Brasil em que se encontre.

É fato que a agilização das informações necessárias para o trâmite regular do processo, bem como a possibilidade de acompanhamento auxiliam a diminuir a

¹⁹⁹ Disponível em [<http://www.cnj.jus.br/seminario-sobre-presos-estrangeiros>] Acesso em 10 de janeiro de 2013

²⁰⁰ Sobre essa notícia o sítio do CNJ na Internet informou que a “A cooperação tem como proposta a possibilidade de que os presos possam cumprir as penas nos países de origem. A expectativa é que o sistema torne mais ágil o processo de expulsão.” Disponível em [<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21599-cnj-em-acao-mostra-situacao-de-presos-estrangeiros-no-brasil>] Acesso em 5 de janeiro de 2013

²⁰¹ Disponível em [<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-06/cnj-vai-criar-site-para-agilizar-expulsao-de-presos-estrangeiros>] Acesso em 24 de janeiro de 2013.

²⁰² Notícia disponível em [<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-06/cnj-vai-criar-site-para-agilizar-expulsao-de-presos-estrangeiros>] Acesso em 12 de janeiro de 2013

penalidade do excesso de prazo imposto pela penalidade administrativa, porém tal medida não me parece ser suficiente. Resta a pergunta do por que se exige a manutenção de pessoa *non grata* em solo brasileiro, quando já cumpriu toda pena a ela imposta pelo Poder Judiciário e permanece aguardando apenas o processo de expulsão.

Sugestão que gostaria de propor, para resolver o problema daqueles que não desejam permanecer ou retornar ao solo brasileiro, e que assim se manifestem ainda em tempo de cumprimento de pena, seja providenciado um trâmite especialmente ágil, padrão do processo de expulsão, com a possibilidade de suas defesas poderem ser feitas por via de cooperação jurídica, com videoconferência, se necessário, já em seus países de origem. Para a porcentagem menor dos presos que manifestem o desejo de permanecer no país, continuar-se-ia o procedimento agora em vigor.

A expulsão é uma sanção gravíssima, que alija o sujeito de um direito de forma duradoura. Os limites em que ela vai ser aplicada devem, de fato, ser sopesados de forma criteriosa, tendo-se a preocupação com o devido processo legal e com as consequências práticas da medida²⁰³, mas meu argumento é que este direito não poderia se transformar em um ônus para aqueles que preferem ser expulso, ao invés de lutar pelo direito de permanecer ou regressar ao país.

Sustento ao longo do trabalho que em nome de uma proteção de instituições e tranquilidade pública, nem sempre e não em qualquer medida, se pode privar pessoas de direitos fundamentais. A aplicação, como vem sendo realizada, das normas que disciplinam o processo de expulsão dos “mulas” parece desrespeitar os limites que próprio Estado se impõe a realizar o ato.

²⁰³ CARVALHO, Dardeau. *A situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. São Paulo, Sugestões. Literárias S.A., 1976, p. 113

Conclusão

No presente trabalho analisei um caso que me pareceu exemplar de injustiça perpetrada contra alguém que se encontra em situação de vulnerabilidade, o “mula” do tráfico internacional de drogas. Minha primeira percepção sobre o problema, ainda quando se tratava de uma forte convicção acompanhada de uma singela formulação teórica sobre a questão, era de que seria possível, sem nenhum prejuízo, fazer o processo penal funcionar sem que os direitos relativos às condições de encarceramento fossem desrespeitados, como penso ser o caso dos “mulas”. Agora minha convicção é ainda maior.

Iniciei apresentando o caso de um acusado de ser “mula” do tráfico internacional de drogas, com o objetivo de construir um cenário descritivo do real problema pelo qual passam esses transportadores de drogas. A vida do Sr. X. foi pautada, desde sua tenra infância, pelo abandono, violência, descaso e falta de educação, tanto formal quanto doméstica. Sua teia de relações afetivas foi construída de forma precária e instável, nos registros doméstico e público. As tarefas formativas de sua família foram incompletas em relação à sua proteção, educação e formação de personalidade. Com aproximadamente doze anos foi viver nas ruas, abandonado por sua família, que consistia então em um pai ausente e uma mãe perversa que lhe negava afeto e constantemente lhe punia por razões as mais sem sentido possíveis. É esse o sujeito que na adolescência foi capturado pelas drogas e que, mais velho, acabou por ser capturado pelo sistema repressivo ao tráfico internacional de drogas. Sua vida no Brasil foi um contínuo de violência e de rejeição, reforçando os estímulos de sua inadequação social e sua insuficiência psicoafetiva.

Por caminhos tortuosos e aleatórios acabou sendo encaminhado para uma instituição de recuperação de drogados, o que lhe permitiu refazer alguns de seus vínculos de sentido na vida. Essa ressignificação das experiências vividas e do sentido da relação com as drogas não se deu, de forma alguma, devido ao ingresso no sistema punitivo do direito penal ou do direito da execução penal. Ao contrário, foi por um “erro” do juiz da causa que ele foi destinado a passar um período na Clínica de Recuperação OASIS, decisão que foi contestada tanto pelo Ministério Público

quanto pela defesa, por ser discrepante em relação ao que diz a lei. Ou seja, por sorte e de forma *contra legem* o Sr. X acabou por ter a oportunidade de passar um período em tratamento, o que fato incomum e não previsto em lei para o seu caso. Somente quando foi tratado, e não punido, é que teve descortinada frente a si a possibilidade de se recuperar, tratando-se do vício e dando um outro sentido a sua vida. Por sorte também encontrou em seu caminho um instituto de amparo aos presos estrangeiros, o IMDH. Essa dinâmica passa ao largo do sistema penal regular e demonstra a insuficiência da mera punição ou do castigo para o tratamento do problema do “mula”.

A dinâmica de segregação do convívio social, cumulada com a punição violenta, não é suficiente para promover a auto-reflexão sobre a sua conduta e uma ressignificação de suas relações com os outros e com a própria droga, o que somente se pode realizar com uma estrutura de suporte que passa pelo estabelecimento de relações saudáveis e fora do circuito de consumo e venda de drogas.

Como visto no capítulo 2, o consumo de drogas faz parte de um movimento que acompanha o homem durante toda sua história. No presente, o individualismo e a competição social podem ser elementos catalizadores dessa necessidade. O vácuo de sentido existencial que acompanha o sujeito consumidor que é valorizado por ter coisas, ao invés de ser de uma determinada maneira, leva à tentativa de preenchimento desse mesmo sentido por algum prazer alienante. As drogas produzem bem estar, ao contrário do que a propaganda oficial anuncia. O problema do consumo de drogas não está propriamente relacionado ao mal que elas causam, mas à consciência e deliberação sobre o quanto de mal o sujeito está disposto a sofrer em troca daquele bem estar, mais ou menos efêmero, que as drogas proporcionam. Ocorre que a questão vem sendo tratada, no ocidente, como uma questão policial, em nome da saúde pública. O resultado do tratamento criminal do problema é a constituição de um mercado negro em que o produto é vendido sem qualquer controle e o lucro da atividade alimenta uma complexa cadeia de atividades criminosas.

O “mula” é um sujeito que, nessa realidade, nada tem a ver com a organização da atividade em âmbito mais amplo. Mesmo que se entenda que ele participa da organização criminosa, não tem poder de mando nem tem poder de

articular ou administrar as atividades da organização. O entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao “mula” participar ou não de organização criminosa, não infirma a postulação de que ele não é perigoso o bastante a justificar que seja submetido a uma penalização grave que pode estar suprimindo alguns de seus direitos fundamentais. Utilizei o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado para mostrar que em algumas situações poder-se-ia defender a supressão ou a limitação de alguns dos direitos do preso, justificando-se essa medida pelo exercício do poder de punir do Estado em nome da proteção da sociedade. Não é esse o caso do “mula” do tráfico internacional de drogas. Penso que ele deve ser punido dentro de limites menos drásticos do que os que foram descritos no caso do Sr. X., merecendo mais tratamento, e oportunidade e menos castigo.

O consenso mundial sobre o tratamento e a punição dos envolvidos com o tráfico de drogas, especialmente os viciados e vulneráveis é de que devem ser tratados e não somente punidos, como se pode verificar pelo disposto no Relatório Mundial sobre Drogas 2012, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC. Ainda, a mesma Organização das Nações Unidas editou regras mínimas para o tratamento de presos, documento intitulado Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, no qual são previstas as medidas de ressocialização do preso, conforme visto no item 3.2.2 do presente trabalho. Ao longo da investigação pude verificar que a forma como o preso estrangeiro “mula” é apenado não está em consonância com essas diretrizes. Não tem acesso à informação nem consegue ter inserção de socialização no grupo de detentos por não falar adequadamente a língua. Não tem também acesso ao mundo exterior, não se comunica com sua família, não tem acesso regular a jornais, livros, recreio ou instrução. Segundo o documento, o dever da sociedade não termina com a liberação do preso, mas perdura após o cumprimento da pena, com a ajuda para que se readapte à sociedade. A todo o momento o relatório se utiliza do termo “tratamento” com relação ao que deve ser feito com o apenado e não da pura e simples punição.

Ao investigar o tema, pode-se concluir nitidamente que o “mula” não é perigoso ao ponto de ensejar a supressão de alguns de seus direitos sob o pretexto de que seja exercido o *munus* punitivo do Estado. Sua posição na estrutura do tráfico é menor, sem poder de decisão. O mais recente relatório da Organização das Nações Unidas sobre drogas mostra que a questão é de natureza

preponderantemente econômica e política, a despeito do fato de que aparece para o direito como um problema de saúde pública que é tratado de forma criminalizada. Essas diferentes perspectivas, divergentes e disjuntivas, levam a uma quase esquizofrenia institucional e política, em que se estigmatiza e segrega o usuário, se criminaliza o produtor e o transportador da droga, aumentam-se penas e restringem-se direitos sem que haja nenhum resultado prático em termos do aumento da efetividade de uma política pública transnacional para lidar com o problema das drogas.

O “mula” é, em geral, um sujeito frágil e capturado pela estrutura produtiva do tráfico de drogas para realizar uma função menor, quase que burocrática, sendo passível de imediato descarte e reposição. Sua periculosidade não vai além, por exemplo, daquela do correio quando serve de transportador para um livro que contém ácido lisérgico, o LSD. Ele é, se observarmos de perto, uma vítima da estrutura de produção e consumo de drogas. Analogamente, em alguma medida, assim ocorre com as vítimas de tráfico de pessoas, que buscam oportunidade de trabalho e acabam se tornando reféns de uma estrutura organizada que os captura e não dá chance de saída.²⁰⁴ A estrutura mafiosa é outro exemplo que recorrentemente me vem à mente, em termos de aliciamento, oferta de vantagens econômicas, ameaça, coação, instrumentos poderosos que dragam, em geral jovens, para um círculo criminoso que não permite arrependimentos ou comprometimento parcial. Ninguém trabalha em regime de dedicação parcial para a máfia ou para o tráfico. Uma vez ingressando naquela estrutura, o caminho de volta é praticamente inviável. O “mula” é o elo mais frágil, menos protegido e menos rentável do crime organizado das drogas. Não penso ser razoável tratá-lo com tanto rigor punitivo que inviabilize a possibilidade de ressocialização ou que o submeta à situação de alheamento de suas referências culturais, afetivas e simbólicas.

O “mula” do tráfico internacional de drogas é, em geral, alheio à realidade brasileira, o que dificulta, senão inviabiliza, sua ressocialização. Responder

²⁰⁴ Reportagem com mulher mula de origem francesa afirma que apesar de ter passado muito mal durante e depois do processo de ingestão das cápsulas de cocaína, não teve coragem de desistir devido à pressão difusa dos traficantes e a constantes ameaças. Publicado em: 25/08/2012 :: atualizado em: 31/08/2012 às 20:51 Mulas na Rota do Tráfico Sé [<http://noticias.r7.com/jornal-da-record/serie/mulas-na-rota-do-trafico/>] Série de reportagens mostra o combate ao tráfico de drogas internacional

criminalmente no seu país não o deixaria sem punição. Por oposto, seria punido integralmente em sistema jurídico no qual o crime cometido tivesse tratamento similar ao que dado no Brasil. Enfatizo que minha posição não é a defesa do abrandamento de tratamento dos crimes cometidos pelos mulas, mas sim a adequação da forma de punição ao justo processo penal, sem que haja excesso de punição ou de execução, e que possa o apenado se ressocializar de forma saudável à sociedade na qual viverá.

Na maioria dos casos o “mula” vai ser expulso do Brasil, o que faz com que o custo social e financeiro de apená-lo no país não seja eficiente, posto que não vai se tornar um cidadão produtivo nem vai ser reinserido na sociedade brasileira. O que se deseja é que a pena seja um instrumento estimulador da mudança de conduta e que o período em que seja cumprida possa servir para que, no contato com amigos, parentes, com oferta de trabalho e atividades saudáveis e produtivas, o sujeito desperte para a reorientação de suas opções de conduta na vida de acordo com a legalidade e com os valores sociais positivos.

O pilar retórico da prerrogativa de processar o “mula” no Brasil é a soberania do Estado. Soberania considerada como poder incontrastável no espaço geopolítico em que se exerce a violência de forma legítima, mas que no caso do “mula” deve ser vista como a expressão do interesse da sociedade em que o sujeito 1) seja destinatário da possibilidade de ressocialização por meio do direito penal e do direito da execução penal, na forma do devido (justo) processo legal e 2) seja enviado ao seu país de cidadania, aliviando os custos de apenamento e de tentativa de ressocialização em território brasileiro o que, de todo, será infrutífero, já que ao cabo do processo será, no mais das vezes, expulso do país.

A retórica da soberania está expressa no próprio artigo 9º do Código Penal Brasileiro, ao somente aceitar o pronunciamento jurisdicional de autoridade estrangeira para fins específicos de obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis ou para sujeitá-lo a medida de segurança. A norma indica o aspecto de aplicação territorial da lei, tomado como expressão da soberania. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta nesse sentido, ao decidir sobre homologação de sentença estrangeira para a produção de efeitos em território nacional:

“Sentença penal estrangeira. Decretação da prisão de pessoa domiciliada no Brasil. Impossibilidade de homologação pelo STF, sob pena de ofensa à soberania nacional. O ordenamento positivo brasileiro, tratando-se de sentença penal estrangeira, admite a possibilidade de sua homologação, desde que esse ato sentencial tenha por estrita finalidade (a) obrigar o condenado à reparação civil *ex delicto* (RTJ 82/57) ou (b) sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança (CP, art. 9º). Não pode ser homologada, no Brasil, sentença penal estrangeira que tenha decretado a prisão de pessoa com domicílio em território brasileiro. Sendo assim, e considerando que a sentença estrangeira em questão decretou a prisão de pessoa com domicílio no Brasil, não posso homologá-la, em respeito à cláusula que proclama a intangibilidade da soberania nacional (CF, art. 1º, I, c/c RISTF, art. 216).” (SE 5705, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/03/1998, publicado em DJ 25/09/1998 PP-00036) (grifei)

Em visão mais elástica sobre a questão, penso que a soberania deve ser encarada como a vontade geral de que, por critérios humanistas acrescidos aos de eficiência e utilidade da medida, o sujeito seja processado e cumpra sua pena em situação o mais justa, mesmo que para isso tenha o Brasil de abrir mão da prerrogativa de que ele fique em seu território. Essa compreensão do instituto da soberania é consentânea com o reconhecimento de que há uma crise de significado do termo e da sua operacionalidade prática, numa perspectiva pragmática.

O esgarçamento do conceito de soberania se dá pela ampliação e ao mesmo tempo compressão dos conceitos de tempo e de espaço, decorrentes da chamada “globalização”. O tempo que não é cronológico e o espaço que não pode ser mais medido como distância - e, portanto, barreira ao acesso – têm seus sentidos ampliados para significar algo mais do que usualmente significavam. Por outro lado, o tempo e o espaço são comprimidos, de forma tal que não se pode falar mais em fronteiras econômicas, fronteiras físicas e nem mesmo fronteiras políticas rígidas. Em uma realidade como essa não parece, também, que faça sentido se utilizar de um conceito rígido de soberania para se arrogar o direito de manter no país um sujeito que, em geral, oferece pouco risco e baixa capacidade de dano à sociedade.

Mais ainda, quando se sabe que há dois processos demorados, um judicial de natureza penal e um outro administrativo de expulsão, que somados levam, em situações como a do caso do Sr. X, a que permaneça preso por mais tempo do que o devido e que fique esperando o deslinde do processo de expulsão de forma precária no Brasil. Não se justifica que o problema seja tratado dessa forma.

Não desconsidero o fato de que o tráfico de drogas é atividade extremamente danosa para a saúde pública, para a economia, para a política (posta a capacidade de corrupção que detém seus agentes) e, no limite, para a moralidade e os costumes. Não propugno, portanto, que o crime de tráfico de drogas do “mula” não seja objeto de punição.

A despeito de minha opinião pessoal no sentido de que o consumo de drogas deveria ser legalizado,²⁰⁵ não é esse o tema do trabalho nem é essa a hipótese com a qual lido no presente argumento. Defendo que o “mula” receba sua punição proporcionalmente ao real perigo que oferece, à real capacidade de dano que enseja, em ambiente no qual possa estar em situação tendente à ressocialização, à reintegração saudável e produtiva à sociedade. Para isso, portanto, o “mula” pode, sem qualquer prejuízo para o Estado brasileiro, ser enviado para seu país de cidadania e lá responder pelo crime cometido e lá também cumprir sua pena.

No capítulo 5, abordei o tema dos instrumentos de cooperação jurídica e judiciária internacional em matéria penal, com o intuito de mostrar o que há hoje em

²⁰⁵ Penso que o combate violento, policial e bélico ao tráfico de drogas não pode ser justificado pela proteção ao bem jurídico “saúde pública”, como indica em geral a doutrina. Se o problema fosse de saúde pública, uma política de combate teria de ser realizada com foco nos efeitos da droga, não na sua produção nem no seu consumo. É assim que ocorre com a bebida alcoólica e o cigarro, que são drogas permitidas, valorizadas em alguns grupos sociais e incentivadas por meio de publicidade e de associação com atividades prazerosas e glamorosas. A distinção entre o que é uma droga lícita ou ilícita é arbitrária e informada mais por questões culturais históricas de cunho moral do que por uma racionalidade de potencial lesivo, asserção que é confirmada pelo amplamente divulgado número de acidentes de trânsito causado pela ingestão irresponsável de bebidas alcoólicas. O tratamento policial da questão da produção, comercialização e uso de drogas impede uma política de prevenção e de redução de riscos adequada por vários motivos, o primeiro e talvez maior deles seja o da falta de informação precisa sobre o consumo. Importante também o fato de que, sendo a droga proibida e criminalizada, o usuário não se apresenta para tratamento no sistema público de saúde. Logo, penso que o problema das drogas não é relacionado à saúde pública, mas sim equivocadamente de fundo moral.

termos de experiência no campo processual, em especial no processo penal, relativamente à atividade conjunta de Estados. Em uma realidade cada vez mais globalizada na qual o crime organizado atua, faz-se necessária a atuação cada vez mais afinada e conjunta dos Estados no sentido de garantir efetividade a uma política de segurança que, a despeito de seus méritos, encara a produção e o consumo de drogas como ilegal. É com essa realidade que se trabalha e o escopo do presente trabalho é dado pelo marco normativo penal vigente. Admitir que o “mula” é um criminoso não significa concordar com essa abordagem, mas lidar com a realidade atual da forma de lidar com a questão. Os instrumentos de cooperação internacional podem ser utilizados para minimizar o que estamos chamando de disjunção entre a pretensão declarada pela teoria penal de dar ao preso condição de se ressocializar e a realidade vivida por grande número de presos estrangeiros no Brasil na condição de “mulas” do tráfico internacional de drogas.

Nossa proposta, a partir da identificação dos instrumentos de cooperação e suas características peculiares, é de se utilizar para o “mula” que está sendo preso no Brasil ou mesmo para o “mula” brasileiro que se encontra preso no exterior a transferência de processo penal, de forma potencializada, como até o momento ainda não se fez. Conforme indicado no item 5.4.3, na transferência de processo penal o ato de colaboração penal internacional consiste na aceitação de que o procedimento penal iniciado perante a justiça de um determinado país, Estado requerente, possa continuar a tramitar, sem solução de continuidade, perante a justiça de outro, Estado requerido. Os atos judiciais já praticados são convalidados, passando-se a observar, contudo, o disposto na legislação processual penal interna do Estado requerido.

Ao defender que o “mula” merece ter oferecida a possibilidade de que o processo todo seja realizado em seu país de cidadania, algumas condições devem estar presentes. Como descrito no trabalho, essa questão já foi objeto de estudo de uma comissão de especialistas da Rede Ibero-Americana de Cooperação Judicial (IberRED), que chegou a divulgar um projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica, no qual há previsão da transferência de processo e de execução penal.

Como dito no capítulo 5, os requisitos elencados no projeto para a transferência do processo de conhecimento e de execução penal são suficientemente adequados e conformes ao que propomos no presente trabalho.

A previsão da proposta normativa é de que a competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado seja prorrogada a outro Estado. Para tanto, uma das condições a seguir deve ser preenchida: I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas; II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido; III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida; IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução; V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.²⁰⁶

Com franca ênfase na ressocialização, o projeto prevê que ainda que se verifique uma das condições previstas nas hipóteses I, III, IV e V, não ocorrerá a transferência se no Estado requerido houver razões para crer que a mesma não favorece a reintegração social do acusado ou condenado.²⁰⁷

²⁰⁶ Art. 25.- Requisitos para a transferência do processo de conhecimento e de execução penal.

A competência penal para o processo de conhecimento e para o processo de execução, havendo consentimento do acusado ou do condenado, pode ser transferida a outro Estado, considerado requerido, se observada uma das seguintes condições:

I- possuir o acusado ou condenado residência no Estado requerido ou neste concentrar suas atividades econômicas;

II- haver aumento das possibilidades de reintegração social do acusado ou condenado, com a transferência para o Estado requerido;

III- encontrar-se a pessoa a cumprir, no Estado requerido, outra pena privativa de liberdade por fato distinto do estabelecido na sentença cuja execução é ou poderá ser pedida;

IV- sendo o Estado requerido o de origem do acusado ou condenado e ter-se declarado disposto a encarregar-se da execução;

V- não estar o Estado requerente em condições de executar a sanção, mesmo com recurso à extradição, possuindo-as, entretanto, o Estado requerido.

Parágrafo único. Ainda que se verifique uma das condições previstas nos incisos I, III, IV e V, não haverá lugar à transferência para o Estado requerido se houver razões para crer que a mesma não favorece a reintegração social do acusado ou condenado.

²⁰⁷ Art. 26.- Compromisso do Estado requerido de não agravar a pena.

A transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido de que não haverá agravamento da pena.

Por fim, em outro momento está disposto que a transferência de competência dependerá do compromisso do Estado requerido de que não haverá agravamento da pena.

Minha proposta segue a linha do projeto, com a condição de que deve haver paridade de tratamento daquele tipo de delito entre o direito brasileiro e o direito do país para o qual vai ser enviado; deve haver tratado entre o Brasil e o país de cidadania do “mula”; deve haver concordância por parte do “mula” de que ele vá ser expulso e seu processo vá correr em seu país de cidadania; o fato deve ter sido qualificado, em sucessivas fases processuais: no inquérito, na denúncia e no recebimento da denúncia pelo juiz da causa; a oferta da possibilidade de expulsão imediata e envio do “mula” para ser processado em seu país de cidadania deve ser realizada pelo juiz da causa.

Por fim, penso que o momento processual para a oferta de transferência de processo e de envio do preso deva ser imediatamente após o recebimento da denúncia.

Em relação ao processo de expulsão, se houver condenação transitada em julgado do “mula”, o Estado requerido poderá enviar a informação sobre o fato para o Brasil, que por sua vez, poderá decretar a sua expulsão, caso não haja quaisquer dos óbices legais ao ato. Sob o aspecto terminológico, talvez fosse mais apropriado para o caso em tela, em que o indiciado já não se encontra em território nacional, uma mudança de nomenclatura, ou seja, ao invés de se referir ao decreto como sendo de expulsão, poderia ser de “proibição de retorno”, por exemplo, visto que compreenderia apenas seu efeito de impossibilitar o reingresso no território onde cometeu o crime de tráfico, ou sua tentativa.

Com essa providência creio que há maiores chances de que o apenado possa se ressocializar, evitando-se o gasto de processá-lo e mantê-lo no Brasil até o processo de expulsão, o que impede de forma definitiva qualquer expectativa permanência e pertencimento à sociedade brasileira.

Referências

ALBERGARIA, JASON. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997

ANJOS, Fernando Vernice dos – Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: ressocialização e o Direito Penal brasileiro. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade de São Paulo, 2009

ARAÚJO JR, João Marcelo de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de ciências Criminais*, ano 3, n. 10, abr.-jun. 1995

ARBOUSSE-BASTIDE, Paul & MACHADO, Lourival Gomes – “Vida e obra”, introdução à obra Rousseau – São Paulo: Nova Cultural, 1997

BARBOZA, Leandro de Oliveira. *Da inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado por ofensa aos direitos fundamentais: breve histórico legislativo*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em 04 de junho de 2012

BASSIOUNI, Cherif. “The ‘indirect enforcement system’: modalities of international cooperation in penal matters.” In *Nouvelles études pénales. Association Internationale de Droit Penal*, Éres, n. 19,2004, p. 411, apud

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. “Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos”, 2008. Disponível em [http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP. Disponível em [www.teses.usp.br]. Acesso em 22 de agosto de 2012

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996

BETTIOL, Giuseppe. “O mito da reeducação”. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967

BEZERRA, Márcia Fernandes. *O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, Volume 2, 9ª. Edição, 1997

BRASIL [Tratados etc]. *Transferência de Pessoas Condenadas*. - 1. ed. - Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros- MJ, 2004

BRASIL. *Guia Prático para Orientação a Estrangeiros no Brasil*. Secretaria Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça. Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça. 1990.

BRASIL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1ª ed. Brasília: 2008

BRASIL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 1ª ed. Brasília: 2012

BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001

CAMPOS, Lidiany Mendes & SANTOS Nivaldo dos. *O crime organizado e as prisões no Brasil*. Disponível em [www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais.pdf]. Acesso em 30 de setembro de 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição-dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais e programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva. 2008

CARVALHO RAMOS, André de . “Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006

CARVALHO, Dardeau. *A situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. São Paulo, Sugestões. Literárias S.A., 1976

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; V. 1) São Paulo: Paz e terra, 1999

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. “Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos”, 2008. Disponível em [http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2009_09/doutrina/Cooperacao_internacional_na_execucao_da_pena.pdf]. Acesso em 8 de julho de 2010

CHIAVARIO, Mário. “Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.5, jan./mar. 1994

CHRISTINO, Márcio. *Sistema Penitenciário e o RDD*. Disponível em: [ww.mj.gov.br/Depen/publicacoes/marcio_christino.pdf.Acesso]. Acesso em 18 de agosto de 2012

Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. Disponível em [http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1] Acesso em 12 de fevereiro de 2013

COGGIOLA, Osvaldo. “O Tráfico Internacional de Drogas e a Influência do Capitalismo” *Revista AdUSP*, agosto/1996. Disponível em [http://www.adusp.org.br/files/revistas/07/r07a07.pdf]. Acesso em 15/08/2012
Comitê pela libertação dos presos políticos. Panfleto: Liberdade para os presos políticos internacionalistas. 1998

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.*, VII ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010

DA SILVA, Eduardo Araújo. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003

DELMANTO, Roberto. “Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel” *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.134, p. 5, jan. 2004

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2aed. São Paulo: RT, 1998

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999

ELIAS, Norbert. *A Solidão dos Moribundos, seguido de, Envelhecer e Morrer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001

Entrevistas realizadas com Rosita Milesi, diretora do Instituto de Migrações e Direitos Humanos e Refúgio – IMDH, durante o ano de 2011

Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em [portal.mj.gov.br/services] e em [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257BC116F62C-19FB-4F25-8625-E6D3D415537D%257D%26ServiceInstUID%3D%257B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%257D&ei=LjMAUZxvM4mi8QTn4IHwCA&usg=AFQjCNFImlytaCyEIN1YLg5XQ6m7e0DlvQ&bvm=bv.41248874,d.eWU], acesso em 05 de janeiro de 2013

FARIA, José Eduardo (org). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. São Paulo: RT, 2007

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: A Exaustão de um Paradigma*. Brasília Jurídica, 2003

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contrados e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais*. Porto Alegre: Safe, 2008

FREITAS FILHO, Roberto. *Tempo, direito e poder*. Brasília: 2011. Texto original disponibilizado pelo autor. No prelo.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 1998

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity, 1990

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)*. Disponível em [www.ibccrim.org.br/site/artigos/imprime.php?jur_id=928]. Acesso em 20 de agosto de 2012.

GOULART, José Eduardo - *Princípios informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista Forense*, vol.100, n. 373 de maio/jun 2004

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

HARVEY, David. *The condition of postmodernity*. Oxford: Blackwell, 1989

HASSEMER, Winfried. "História das Ideias Penais na Alemanha do Pós Guerra." Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993

HASSEMER, Winfried. "Segurança pública no estado de direito." *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.3, 1994, p. 20-38.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós Guerra. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.44.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997

HOBBS de MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997

HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4a ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. São Paulo: Premier Máxima, 2006

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004

LAL, Deepak. *O elogio dos impérios: globalização e ordem*. Portugal: Publicações Europa-América, 2007

LEAL, César Barros. “A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios.” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes (Coleção Clássicos do Pensamento Político) 1994

MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: law, state and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2008

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.12, ano 3, out./dez. 1995, p. 93-100.

MAIEROVITCH, Walter Franganiello. “As associações mafiosas”. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, ano 1, ago. 1997, pp. 101-107.

MALISKA, Marcos Augusto. *A integração de Estados: entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional in Desafios do direito internacional no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

MENEZES, Bruno Seligman de. “Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, V. 14, numero 168, p. 19, nov. 2006

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução Criminal*. São Paulo: Atlas, 2007

MILESI, Rosita. “O Estatuto do Estrangeiro e as medidas compulsórias de Deportação, Expulsão e Extradicação”. Artigo disponível em [www.migrante.org.br/artigo_deportacao_expulsao.doc]. Acesso em 11 de janeiro de 2013

Ministério da Justiça de Portugal. Parecer da Procuradoria Geral da República PGRP 00000994. Número do parecer: I000401997. Disponível em [http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/e1d7845eb21624598025661700425927?OpenDocument&ExpandSection=-1#_Section2]

Ministério Público Federal - 2a Câmara de Coordenação e Revisão. Acesso em 22.04.2011

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007

MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Platense, 2001, p. 57; e MATTOS, S. L. W. de, 2009

NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999, 5a. Edição

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2aed. São Paulo: RT, 2007

OSCAR TENÓRIO. *Direito Internacional Privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970

PARRY, John T. "International Extradition, The Rule Of Noninquiry, And The Problem Of Sovereignty". *Boston University Law Review*, . v. 90, p. 1973, 2010. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508019] . Acesso em 10 de janeiro de 2013.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CELERIDADE PROCESSUAL Dissertação. Universidade de São Paulo. São Paulo 2010, p. 148. Disponível em [<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22102012-115308/pt-br.php>] Acesso em 10 de dezembro de 2012.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V.1. 2a ed. São Paulo: Forense, 2004

ROCHA, Manuel António Lopes. Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada. Pressupostos, reinserção social e consentimento. In *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n1, 1992

RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. São Paulo: IBCCRIM, 2000

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. São Paulo: Nova Cultural, 1997

ROXIN, CLAUDIUS. "Sentidos e Limites da Pena Estatal" In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998

SANTOS, Boaventura de Sousa e GARAVITO, Cesar A. Rodríguez (Eds.) y otros. *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* Cuajimalpa: Anthropos Editorial, 2007

SANTOS, Eduardo Pereira. Execução Criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.37, janeiro-março de 2002

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Crime organizado e a legislação brasileira. Justiça Penal – Críticas e Sugestões 3*. São Paulo, 1995

SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. “Crime organizado: aspectos nacionais e internacionais.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.16, ano 4, out./dez. 1996, p. 260-290.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORREA JÚNIOR, Alceu. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: RT, 1998

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis Penais Especiais Anotadas*. Campinas: Bookseller, 2004

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *O direito internacional contemporâneo- estudos em homenagem ao professor Jacob Dollinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

SOUZA, Carolina Yumi. “Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal: considerações práticas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 71, p. 297-325, 2008.

SZNICK, Valdir. Crime organizado: comentários; crime organizado, espécies; provas lícitas e ilícitas; sigilo bancário e sigilo profissional; identificação civil e datiloscopia criminal; liberdade processual e apelo em liberdade; escuta telefônica (Lei 9.296/96). São Paulo: Leud, 1997

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3 ed. New York: Foundation Press, 2000

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006

VILLAREAL CORRALES, Lucinda. “La globalización y la cooperación internacional em matéria penal”, 2005, p. 31-56 in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 71 – 2008

WEIS, Carlos. “O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado.” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 155, p. 15, out. 2005

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993

ZARIF, Cláudio Cintra. “Da Necessidade de Repensar o Processo para que ele seja realmente efetivo”, in *Processo e Constituição*, Coordenação Luiz Fuz e outros. São Paulo: Editora RT, 2007

Sítios de Internet

“Crime organizado ameaça cerca de 400 magistrados no Brasil, estima AMB: para magistrado, nova lei pode coibir casos como o juiz que deixou a investigação da organização de Cachoeira”. Notícia disponível em [http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,crime-organizado-ameaca-cerca-de-400-magistrados-no-brasil-estima-amb,906133,0.htm]. Acesso em 23 de dezembro de 2012.

[http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-06/cnj-vai-criar-site-para-agilizar-expulsao-de-presos-estrangeiros] Acesso em 24 de janeiro de 2013.

[http://portal.mj.gov.br]. Acesso em 17 de dezembro de 2012.

[http://veja.abril.com.br/220498/p_028.html]. Acesso em 10 de dezembro de 2012.

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=133333]. Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

Parecer do Deputado Relator na Comissão de Legislação Participativa, em 19/04/2007, disponível em

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=453361&filename=PRL+1+CLP+%3D%3E+SUG+258/2006+CLP], Acesso em 23 de dezembro de 2012.

[http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/21599-cnj-em-acao-mostra-situacao-de-presos-estrangeiros-no-brasil] Acesso em 5 de janeiro de 2013

[http://www.cnj.jus.br/seminario-sobre-presos-estrangeiros] Acesso em 10 de janeiro de 2013

[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm]. Acesso em 10 de novembro de 2012

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm]. Acesso em 16 de dezembro de 2012

[<http://www.migrante.org.br/IMDH/default.aspx>]

Notícia “Maioria dos presos estrangeiros responde por tráfico de drogas.” Disponível em [<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20183:maioria-dos-presos-estrangeiros-responde-por-trafico-de-drogas>]. Acesso em 10/12/12

Roteiro de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal. Disponível em [<http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/enfrentamento-da-corrupcao/documentos/ROTEIRO%20DE%20ATUACaO%20COOPERACaO%20INTERNACIONAL%20atualizado.doc/view?searchterm=coopera%C3%A7%C3%A3o+>]
Acesso em 20 de dezembro de 2012

Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Disponível em [<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B598A21D8-92E4-44B5-943A-0AEE5DB94226%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>] Acesso em 10 de janeiro de 2013.