



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 7 Extraordinario. Diciembre 1994.

Coloquio Internacional

“Movimientos de Población, Integración Cultural y paz”

Presentación. A. Beristain. Universitas Fraternitatis	11	
Acto de Apertura		
• G. Picca. Objectifs du Centre International	31	
• F. Mayor Zaragoza. Mensaje del Director General de la Unesco	35	
• G. Suárez Pertierra. Mensaje del Ministro de Educación	37	
• J. R. Recalde. Minorías, pulsiones sociales y orden público	39	
• A. Giménez Pericás. Migraciones forzadas	45	
• Mª de la Luz Lima. La situación en Latinoamérica	49	
• E. Neuman. Inmigración en el propio país	73	
• E. Raúl Zaffaroni. Minorías y poder punitivo	83	
• J. M. de Araujo. Controle e reação social no Brasil	95	
• R. Cario. La réaction sociale en France	107	
• J. Castaignède. Le droit d'asile	119	
• E. Giménez-Salinas. Extranjeros en prisión	133	
• Tony Peters. La situación belga	147	
• A. Beristain. Reflexiones criminológicas	163	
• J. L. Manzanares. Movimientos de población	191	
• Mª J. Conde. Movimientos de población y DD. HH.	203	
• M. Fernández. Emigración transcultural de la paz	205	
• E. Ruiz Vadillo. Nuevas culturas respetuosas	215	
Conferencia Solemne. J. A. Ardanza. Integración cultural y paz ..		231
• A. Messuti. El refugiado sujeto de derecho	241	
• J. Sugrañes. Un mundo de refugiados: Africa	249	
Acto de Clausura		
• F. Buesa. Movimientos de población y conciencia social	261	
• J. L. de la Cuesta. Relación general	275	
Anexos		
• Declaración de San Sebastián	289	
• Naciones Unidas. Programa de Acción de Viena	291	
• Consejo de Europa. Declaration de Vienne	321	
• Informe Cires (marzo 1994)	333	

EGUZKILORE

Número Extraordinario 7.
 San Sebastián
 Diciembre 1994
 95-105

O ESTRANGEIRO: UM “MENOS TOLERADO” (Controle e reação social no Brasil)

Prof. Dr. D. João Marcello de ARAUJO Jr.
*Prof. de Direito Penal da Universidade do Estado
 do Rio de Janeiro
 (Brasil)*

Resumen: Se estudian las consecuencias que provocan los movimientos de población tanto para los que se desplazan como para los países de acogida, considerando que el problema debe ser tratado desde una perspectiva internacional. Asimismo se expone la situación del extranjero, como minoría, en Brasil, centrándose en las características de la reacción social y en la situación penitenciaria.

Laburpena: Biztanlego mugimenduek daramatzaten ondorioak aztertzen dira, bai lekutzen direnentzat bai babesten dituzten herrietzat, kontutan hartuz arazoa nazioarteko ikuspegi batetik azertu behar dela. Brasilen atzerritarren egoera, gutxiengo bezala, azaltzen da ere bai, gizarte-erreakzioaren ezaugarrietan eta penitentiari egoeran erdiratuz.

Résumé: On étudie les conséquences que provoquent les mouvements de population tant pour ceux qui se déplacent comme pour les pays d'accueil, en considérant qu'il faut traiter le problème dès une perspective internationale. On expose aussi la situation de l'étranger, comme minorité, en Brésil, en précisant les caractéristiques de la réaction sociale et la situation pénitentiaire.

Summary: Consequences brought about by population movements are studied, including the effects for migrants and for reception countries. It is considered that the problem must be treated from an international perspective. Likewise, the situation of foreigners as minority is presented regarding Brazil and especially the characteristics of social reaction and the penitentiary conditions.

Palabras clave: Movimientos de población, Extranjero, Minorías, Reacción social.

Hitzik garrantzikoak: Biztanlego mugimenduak, Atzerritar, Gutxiengoak, Gizarte-erreakzio.

Mots clef: Mouvements de population, Etranger, Minorités, Réaction sociale.

Key words: Population movements, Foreigner, Minorities, Social reaction.

I. AS MIGRAÇÕES EM MASSA. PROBLEMA INTERNACIONAL

No mundo atual, a injusta distribuição da riqueza, a intolerância, as guerras, as ditaduras, a desintegração de Estados, as reiteradas violações aos direitos humanos, o crescimento demográfico descontrolado têm vitimizado milhões de pessoas, as quais, para que sobrevivam, ou para que tenham uma vida digna da condição humana, são obrigadas a abandonar seus lares em busca de refúgio e socorro em terras vizinhas ou distantes.

Esses grandes movimentos populacionais provocam conseqüências graves, tanto para aqueles que migram, quanto para os países que acolhem refugiados e asilados. As migrações forçadas geram um problema mundial, capaz mesmo de ameaçar a paz, como expressamente foi reconhecido na Declaração de Sevilha¹. Daí, interessarem diretamente a todas as Nações, exigindo da comunidade internacional soluções globais, baseadas na solidariedade e no reconhecimento da interdependência e da cooperação internacional.

Tal interesse decorre do fato de o Direito Internacional reconhecer o direito de asilo a todo aquele que estiver fora de seu País de nacionalidade e não possa ou não queira a ele retornar, em razão de um fundado receio de ver-se nele perseguido por motivo de raça, religião, nacionalidade, posição social, pensamento político. Tal direito, a nosso juízo, se estende também a outras pessoas que, diante de conflitos armados ou de qualquer outro acontecimento anormal, que perturbe gravemente a ordem pública, sejam obrigadas a sair de seus países.

Ocorre que, se por um lado, o direito de refúgio, por ser um direito fundamental do Homem, deve ser garantido, não será possível deixar de se reconhecer que, por outro lado, as populações dos países de acolhimento sofrem, com as migrações, grande e grave choque cultural e econômico.

A diversidade de costumes, de religião, de culturas e as necessidades de alimentação, habitação, saúde, assistência, trabalho, provocam dificuldades e conflitos entre os que chegam e aqueles que recebem. A pluralidade de idiomas agrava ainda mais o problema, diante da impossibilidade da verbalização da solução dos conflitos. A linguagem é muito mais do que um simples meio de expressão do pensamento. Ela se constitui no maior elemento de formação do pensamento e, especialmente, da estrutura do imaginário². Decorrem daí fenômenos de marginalização social, delinqüência, racismo, xenofobia, preconceito.

Esses efeitos perversos da garantia de um direito fundamental, que importam em verdadeira vitimização secundária, poderão ser melhor percebidos, se tivermos em linha de conta que a declaração sistemática do reconhecimento do direito ao plu-

1. Adotada por ocasião das "Jornadas sobre Refugiados: Derecho y Solidaridad". O conclave teve lugar na Universidade de Sevilha de 3 a 5 de fevereiro de 1994, organizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, pelo Conselho Geral do Poder Judiciário da Espanha e pela Universidade de Sevilha, (mimeo.).

2. ROBERT CARIO: "Le délinquant, acteur social. Concept opérationnel en criminologie?"; in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, 1991, p. 830.

ralismo, à liberdade e à igualdade, constante do discurso corrente, nem sempre corresponde, na prática, à realidade³.

Na vida de relação, os estrangeiros passam a constituir uma minoria, que é vista como uma ameaça pelas populações locais, especialmente pela diversidade cultural e pela necessidade que têm de ocupar postos de trabalho, nem sempre existentes em quantidade suficiente para atender à demanda dos naturais dos países de asilo.

A solução dos conflitos entre o direito do imigrante forçado e as garantias dos autóctones, não pode ficar, portanto, exclusivamente ao sabor dos direitos nacionais, que são muitas vezes, apenas, a expressão de contingências políticas momentâneas. Os refugiados, tomada a palavra no seu sentido mais amplo, precisam de proteção internacional. Por isso, o conflito há de ser apreciado de um ponto de vista macro, ou seja, através de uma perspectiva internacional a fim de dar-se efetiva garantia a um direito, que é a expressão direta da dignidade humana, cujo respeito é dever de todos os Estados. Estamos diante de uma obrigação internacional, tanto assim, que a Corte Internacional de Justiça a considerou uma obrigação "erga omnes", por incumbir a todo e qualquer Estado em face da comunidade internacional⁴.

II. O ESTRANGEIRO E AS MINORIAS

O conceito de minoria está vinculado ao de vulnerabilidade. Minorias são os grupos sociais que, no diálogo da convivência, sucumbem ao poder de outros grupos que, por se considerarem invioláveis, procuram impor sua própria vontade⁵. Trata-se de uma relação de poder, na qual os mais vulneráveis não veem respeitados, em sua plenitude, os direitos à igualdade em face a outras pessoas que, em razão de uma maneira distorcida de ver o mundo, consideram-se superiores, privilegiadas, invulneráveis.

As minorias são, de regra, objeto do preconceito. Este não se limita às relações interpessoais. As vezes, chega a se institucionalizar, como nas hipóteses de "apartheid", ou, quando não atinge a tanto, inspira uma atuação elitista e seletiva do sistema de controle social.

No que se refere ao estrangeiro, o preconceito está intimamente ligado à cultura racista que nos caracteriza. No Brasil, a escravidão foi a expressão máxima dessa cultura.

3. ROBERT CARIO: *Contrôle social des étrangers et réaction sociale à leur comportements criminels en France*, Pau, 1994, (mimeo.), a ser apresentado durante o Colóquio Internacional "La criminología ante los movimientos de población, la integración cultural y la paz"; San Sebastián, Espanha, 21/23.4.94. Organizado pelo Centro Internacional de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, do Instituto Vasco de Criminología.

4. Declaração de Sevilha, nº 5.

5. ESTER KOSOVSKI: "Victimización de las minorías"; Revista *Serie Victimológica*, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, FAP, México, 1993, nº 1, p. 19, entende que as minorias podem ser vistas como "todos os grupos sociais que são considerados inferiores e contra os quais existe discriminação".

Nos países econômica e tecnologicamente centrais o racismo manifesta-se com maior intensidade do que nos países da América Latina, por motivos históricos, políticos e econômicos. Além disso, o ressurgimento do etnoregionalismo, que parecia ter sido extinto com a segunda guerra mundial, tem contribuído para a cultura do racismo. Daí a reação de surpresa, manifestada por muitos, quando nos anos sessenta, começaram a aparecer os chamados movimentos regionais. Escoceses, galeses, católicos da Irlanda do Norte, bretões, corsos, ocitanos, galegos, catalães, bascos, flamencos, tirolezes do sul passaram a manifestar-se contrariamente ao poder central e a lutar por maior liberdade e menor discriminação⁶. Movimentos como tais assumiram proporções catastróficas após o esfacelamento do império soviético, principalmente na ex-Yugoslávia. O vitimizado se transforma em vitimizador.

Incrivelmente, na visão de um sul-americano, tudo isso se passa numa Europa, que pretende ser, cada vez mais, unida, concreta e unitária.

A cultura do racismo estrutura-se segundo idéias que se formaram através de construções do passado, da preponderância de certas línguas, de instituições, de interesses econômicos, de experiências históricas de povos que vivem á muito tempo em um mesmo território, em suma, por intermédio da crença na superioridade de uma raça.

O aparecimento do estrangeiro, em número maior do que o habitual, passa a significar uma verdadeira invasão, uma violação a valores supostamente estratificados e imutáveis. Disso decorrem idéias de enfrentamento e dominação. O estrangeiro é como um inimigo que precisa ser vencido, dominado e colocado numa posição secundária na organização social.

Dessa maneira, quase cega, de encarar as relações entre os homens, surge uma tensão social, que tanto mais se avoluma, quanto os migrantes, premidos pela reação dos autóctones, reagem e resistem à integração, passando a se proteger através de uma tomada de consciência em relação às suas peculiaridades conflitantes com a cultura da maioria e, por isso, passam a desenvolver interesse pela conservação de suas instituições e tradições culturais, desistindo, em conseqüência, de aprender a língua local e de adotar seus usos e costumes.

III. O CONTROLE SOCIAL DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

O Brasil é um País de imigrantes. Nossa história está marcada pelo extraordinário número de portugueses (nossos colonizadores), italianos, espanhóis, franceses, ingleses, poloneses, japoneses, sírios, libaneses, alemães, chineses, coreanos, holandeses, suíços, russos brancos que, no transcorrer dos quase 500 anos de nossa existência, acorreram ao território brasileiro em busca de novas e melhores oportunidades de vida. Os africanos, ao tempo da escravidão, foram violenta e desu-

6. Sobre o tema veja-se PETER WALDMAN: "Etnoregionalismo, un desafío para el mundo nacional"; *Eguzkilo*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 7, 1993, p. 283.

manamente levados às nossas praias. Todos esses, além dos índios, que embora habitantes originários apresentam-se como se estrangeiros fossem, formaram a população do Brasil.

A formação do povo brasileiro, como aliás, a de toda a população da América Latina, apresenta-se como um dos mais importantes fenômenos de integração populacional em todo o mundo, por tratar-se de um processo de sincretismo permanente, entre agentes originários de diversas regiões do mundo, de grande heterogeneidade cultural⁷.

Em conseqüência, em terras brasileiras, o conflito entre nacionais e estrangeiros não se manifesta de forma tão intensa e clara, quanto ocorre em países de economia central. Entretanto existem tensões e preconceitos.

O maior nível de preconceito é em relação aos negros. Não se trata, entretanto, exclusivamente de preconceito em razão da raça, mas, principalmente, por uma questão econômica, isso porque, nem todos os descendentes dos antigos escravos lograram ainda, por falta de oportunidades, ascender na escala econômica e social.

Estabelecidas essas noções introdutórias, vejamos como se manifesta hoje, o nosso sistema de controle social, em relação ao estrangeiro.

Examinaremos, preliminarmente, os princípios constitucionais que regulam a matéria.

A Constituição brasileira, de 1988, prescreve que a República Federativa do Brasil⁸ está fundada, dentre outros princípios básicos, na dignidade da pessoa humana⁹, constituindo-se como um de seus objetivos fundamentais "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação"¹⁰.

Em suas relações internacionais o Brasil, ademais de outros fundamentos, rege-se pela prevalência dos direitos humanos, pelo repúdio ao terrorismo, ao racismo e pela concessão de *asilo político*¹¹.

Verifica-se pelas normas constitucionais supra-indicadas, que a idéia de respeito aos direitos fundamentais está solidamente instalada em nossa Carta Magna. Porém, há mais.

7. EUGENIO RAUL ZAFFARONI: "Relato general regional para América Latina" (subtido a lo undécimo Congreso Internacional de Defensa Social), in *Cahiers de Défense Sociale*, 1987, p. 100. No mesmo sentido, JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR: "La problématique de la drogue en Amérique Latine. Les premières conclusions du Projet Alternatif de Rio"; in REYNALD OTTENHOF e ROBERT CARIO: *Delinquance et Toxicomanie*; Érès, Toulouse, 1991, p. 84.

8. Esta é a denominação oficial do nosso País.

9. Constituição, art. 1º, III.

10. Constituição, art. 3º, IV.

11. Constituição, art. 4º, II, VIII e X.

A Constituição brasileira reconhece ainda, que todos são iguais perante a lei, sem restrição de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹².

Em consequência, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens¹³. Além disso, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, bem como considerará o racismo como crime inafiançável e imprescritível¹⁴.

Como se vê, existe no Brasil toda uma estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais do Homem e de combate a qualquer espécie de discriminação, inclusive em relação ao estrangeiro.

Estamos tratando do controle social relativamente ao estrangeiro. Por isso, antes de continuarmos, necessário se faz informar qual o conceito de estrangeiro, no Brasil.

Esse conceito pode ser estabelecido, de maneira simplista, dizendo-se que estrangeiro é todo aquele que não é brasileiro. Para aclarar essa definição simplista, necessário será discorrer sobre as normas constitucionais que definem a nacionalidade brasileira. A matéria está regulada no Capítulo III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Existem duas espécies de brasileiros: os natos e os naturalizados, sendo certo, que a lei não poderá estabelecer distinções entre eles, salvo aquelas previstas na própria Constituição¹⁵. Por isso, são privativos dos brasileiros natos os cargos de:

a) Presidente e Vice-Presidente da República; b) Presidente da Câmara dos Deputados; c) Presidente do Senado Federal; d) Ministro do Supremo Tribunal Federal; e) da carreira diplomática; f) oficial das Forças Armadas¹⁶. A Constituição estabelece ainda, que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos¹⁷.

São brasileiros natos: a) os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu País; b) os nascidos no estrangeiro, de pai ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam regis-

12. Constituição, art. 5º.

13. Constituição, art. 5º, XV.

14. Constituição, art. 5º, XLI e XLII.

15. Constituição, art. 12, 2º.

16. Constituição, art. 12, 3º.

17. Constituição, art. 222.

trados em repartição brasileira competente, ou venham a residir no Brasil antes da maioridade (antes dos 21 anos) e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira¹⁸.

E interessante notar, que em relação aos portugueses, com residência permanente no Brasil, serão atribuídos os mesmos direitos inerentes aos brasileiros natos, desde que a lei portuguesa garanta a reciprocidade, salvo as vedações constantes da própria Constituição¹⁹.

Como se acaba de ver, o cidadão brasileiro, ou nasce brasileiro, ou adquire nossa nacionalidade por um ato de vontade. A determinação daqueles que nascem brasileiros decorre, principalmente, do "direito do solo" e, somente em casos específicos, do "direito do sangue".

Assim, aquele que não se enquadrar em nenhuma das situações anteriormente mencionadas será estrangeiro.

Embora o Brasil seja um País de imigrantes e a despeito do caráter liberal das normas constitucionais, as condições legais de entrada e permanência de estrangeiros no território nacional, a pouco e pouco, vão se tornando cada vez mais restritas e seletivas.

A atual lei que define a situação jurídica do estrangeiro é a de nº 6.815, de 19 de agosto de 1980²⁰.

A lei à qual acabamos de nos referir prevê casos de deportação, expulsão, extradição, além das infrações decorrentes da violação das regras sobre imigração.

A deportação importa na saída compulsória do estrangeiro para País de sua nacionalidade ou procedência, ou para outro que consinta em recebê-lo.

Ensejará a deportação, o fato de o estrangeiro entrar irregularmente no País, ou nele permanecer por tempo superior àquele que lhe foi concedido.

A lei brasileira é extremamente severa em relação ao estrangeiro em situação irregular, tanto assim que, enquanto a deportação não se efetivar, o estrangeiro poderá ser recolhido à prisão, por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, em determinadas circunstâncias, por mais 60 dias. Destaque-se, que se trata de simples prisão administrativa, fundada, apenas, na situação irregular do estrangeiro, independentemente da prática de qualquer ilícito penal. Este é um dos raros casos em que a lei brasileira prevê uma prisão, que não tenha sido ordenada por um Juiz ou Tribunal. A nosso juízo, a norma legal acima citada é inconstitucional, uma vez que o art. 5º da Constituição atual, expressamente

18. Constituição, art. 12, II.

19. Constituição, art. 12, 1º.

20. Publicada no Diário Oficial da União, de 21.8.80, retificada em 22.8.80 e republicada em 10.12.81. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 86.715, de 10.12.81. O Decreto nº 98.961, de 15.2.90, trata da expulsão do estrangeiro condenado por tráfico de drogas. O Decreto nº 840, de 22.6.93, dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Imigração.

estabelece que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária* competente, salvo em caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política e social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornar nocivo à convivência e aos interesses nacionais. Como se pode observar, o poder de expulsão é extremamente amplo, fluido e subjetivo, estando notoriamente fulcrado em interesses políticos²¹.

Será possível, ainda, a expulsão do estrangeiro que: a) praticar fraude afim de obter sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado; c) dedicar-se à vadiagem ou à mendicância.

Vejamos, agora, os casos de expulsão.

A expulsão poderá ser efetivada mesmo quando houver processo criminal instaurado contra o estrangeiro e antes mesmo de sua condenação, desde que conveniente ao interesse nacional. Em relação ao estrangeiro condenado por uso indevido ou tráfico ilícito de drogas, entretanto, a expulsão, de regra, somente deverá ocorrer, após o cumprimento integral da pena que lhe houver sido imposta²².

A expulsão, segundo a lei de 1980, é ato da competência exclusiva do Presidente da República, que para tanto expedirá um Decreto²³. O Ministro da Justiça entretanto, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão do estrangeiro submetido a processo de expulsão, por 90 dias, prorrogáveis por igual prazo.

A lei é draconiana nos casos de expulsão, tanto assim que, se a pessoa ameaçada de expulsão recorrer ao Poder Judiciário e este determinar a suspensão provisória do ato expulsório, o prazo de prisão supra mencionado ficará interrompido, até decisão final do Tribunal.

Fora dos casos de prisão administrativa anteriormente citados, o estrangeiro, enquanto aguardar o resultado do processo de expulsão, permanecerá em regime de liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministro da Justiça, e observará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

Não se procederá à expulsão: a) se implicar em extradição não admitida pela lei brasileira; b) quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro e o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos; c) quando o estrangeiro tiver filho brasileiro

21. As regras que estamos comentando estão previstas na lei mencionada, que foi editada, ainda, ao tempo do governo autoritário militar, que existiu no Brasil, a partir de 1964, hoje já superado.

22. Decreto nº 98.961, de 15.2.90, publicado no Diário Oficial da União, de 16.2.90.

23. A lei mencionada no texto é anterior à Constituição atualmente em vigor.

que esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. Não constituem impedimentos à expulsão: a adoção e o reconhecimento de filho brasileiro superveniente ao fato que a motivar.

IV. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA REAÇÃO SOCIAL A CRIMINALIDADE DO ESTRANGEIRO

O Código Penal brasileiro prevê alguns crimes que somente podem ser cometidos por estrangeiro. Assim, seu art. 309 estabelece que o estrangeiro que usar nome falso, para entrar ou permanecer no território nacional, será punido com detenção de 1 a 3 anos e multa. Por seu turno, o art. 338 estatui a pena de reclusão de 1 a 4 anos para o estrangeiro que reentrar no território nacional, após dele ter sido expulso. Nesse último caso, a nova expulsão somente será levada a cabo depois do cumprimento da pena.

Nossa lei penal define, ainda, outros crimes diretamente relacionados com o estrangeiro.

Exemplo disso é o ilícito previsto no art. 204, que trata da nacionalização do trabalho. Por força dessa regra, o empregador que frustrar, mediante fraude ou violência, uma obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho sofrerá pena de detenção de 1 mês a 1 ano.

O crime do art. 204 refere-se especificamente ao grave problema da concorrência entre brasileiros e estrangeiros pela ocupação de postos de trabalho.

O Código Penal estabelece, ainda, pena de reclusão de 1 a 4 anos, além de multa, para aquele que atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada no território nacional.

Todos esses crimes somam-se às infrações previstas na já citada Lei nº 6.815, de 19.8.80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

Na prática, a maior parte das infrações cometidas por estrangeiros está ligada à política de imigração e ao tráfico e consumo de drogas²⁴.

No que diz respeito às drogas, como já vimos, a legislação brasileira é extremamente severa, tanto assim, que somente admite a expulsão após o cumprimento integral da pena imposta.

Cumprе destacar, entretanto, que a criminalidade do estrangeiro no Brasil é muito pequena se a compararmos com a dos brasileiros. As estatísticas existentes revelam que os estrangeiros somam menos de 0,5% de toda a população car-

24. Grande número de crimes praticados por estrangeiros está relacionado com a criminalidade organizada, como parece ocorrer em outras partes do mundo. Nesse sentido veja-se ANDRÉ BOSSARD: *La Criminalité Internationale*; PUF, Paris, 1988, p. 89.

cerária²⁵. Esse dado estatístico deve ser tomado, porém, com reservas, diante da elevada “cifra negra” existente²⁶.

Assim como a lei, o sistema de justiça penal brasileiro tem se mostrado bastante severo em relação à criminalidade do estrangeiro, especialmente no que se refere ao tráfico de drogas. As penas aplicadas, em geral, são mais elevadas que as impostas aos brasileiros pelos mesmos crimes. Além disso, em razão da própria condição de estrangeiro, a prisão provisória lhe é quase sempre imposta.

V. A SITUAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTRANGEIRO

A grande injustiça provocada pela severidade do sistema de justiça penal em relação ao estrangeiro, expressa-se na sua situação carcerária.

Como já vimos, o estrangeiro que comete um crime está sempre sujeito à expulsão e, além disso, caso se trate de pessoa em situação irregular ou portadora, apenas, de um visto de turista, estará impedida de trabalhar no Brasil.

Em razão disso, o estrangeiro condenado pela prática de um crime não pode desfrutar dos favores previstos na legislação penal e penitenciária, pois estes pressupõem sempre a possibilidade de o condenado poder desenvolver um trabalho lícito.

Assim, salvo raras exceções, ao estrangeiro não se aplica, na prática, o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*). Pelo mesmo motivo, não será beneficiado com a aplicação substitutiva das penas restritivas de direitos. Isso significa dizer, que o estrangeiro, em geral, é condenado a uma pena privativa de liberdade inexorável, mesmo que o ilícito praticado seja de pequena gravidade.

Ademais desse tratamento diferenciado, não poderá gozar das disposições relativas à progressividade dos regimes. A passagem do regime fechado para o semi-aberto e para o aberto, pressupõe, ademais de outras condições, a possibilidade de trabalho e, como já dissemos, aos estrangeiros em situação irregular e aos portadores de visto de turista esta atividade está interdita.

Sequer o direito à liberdade antecipada, por meio do livramento condicional, pode ser, na prática, desfrutado pelos estrangeiros, pois esta, também, está condicionada à possibilidade do condenado exercer uma atividade honesta.

25. O número de estrangeiros presos é proporcionalmente muito pequeno em relação ao daqueles que vivem no Brasil. Nossa situação é diferente da que existe em outros países. Na França, segundo informa JACQUES LÉAUTÉ: *Les Prisons*, PUF, Paris, 1990, p. 53, a proporção de estrangeiros presos é três ou quatro vezes maior que a dos estrangeiros existentes no País.

26. REYNALD OTTENHOF: “Por un análisis específico de la criminalidad femenina”, in ANTONIO BERISTAIN e JOSE LUIS DE LA CUESTA: *Cárcel de Mujeres*; Ediciones Mensajero, Bilbao, 1989, p. 48, informa que para certas categorias de delinquência consideradas secundárias, como a das mulheres e a dos estrangeiros, porém qualitativamente importantes para a estrutura social, os meios de análise geralmente empregados são de regra inexactos.

Verifica-se do exposto, que o estrangeiro em matéria penitenciária é menos tolerado do que os brasileiros.

Cumpra destacar, finalmente, que a mesma intolerância do sistema de justiça penal se manifesta, também, na convivência carcerária. Infelizmente, o ambiente prisional reproduz²⁷ e acentua²⁸ as desigualdades do meio livre. Talvez, por isso, os dados estatísticos sobre a situação dos estrangeiros na prisão sejam, praticamente, inexistentes²⁹.

O estrangeiro na prisão está sempre em situação de desvantagem em relação aos demais condenados. Ele é, em geral, solitário. Por não possuir família no País, não recebe visitas. Além disso, o desconhecimento da língua o obriga ao silêncio ou a uma comunicação pobre.

Os demais condenados, muitas vezes, aproveitam-se da situação de vulnerabilidade do estrangeiro para exercer sobre ele constrangimentos e humilhações.

Diante de tal quadro, torna-se necessário, no Brasil, dar maior atenção à situação jurídica do estrangeiro autor de crime, afim de que as violações aos direitos fundamentais, aqui apontadas sejam evitadas.

27. ROBERT CARIO: *La criminalité des femmes, approche différentielle*, Tesis, Pau, 1985, p. 214.

28. REYNALD OTTENHOF: *op. cit.*, p. 53.

29. GÉRARD LOPEZ e SERGE BORNSTEIN: *Les comportements criminels*; PUF, Paris, 1994, p. 35, chega a afirmar que a criminalidade do estrangeiro é uma espécie de assunto tabú.

EL JUEZ EN CUANTO CREADOR

La mayor parte de los Tratados y obras de Criminología tratan bajo uno u otro título este tema en cuanto que el juez crea la sentencia penal y ésta ha de asumir los correspondientes factores criminológicos. A este respecto dice Seelig que la sentencia penal constituye la terminación del proceso, el cual se presenta como una reacción de la comunidad contra el delito y sirve para comprobar las pretensiones penales y de seguridad. Considerada desde el punto de vista jurídico-material es un objeto ideal, esto es, un precepto y mandato jurídicos aplicados a un caso concreto, una conclusión lógica partiendo de premisas dadas. Ese punto de vista pasa por alto muchas veces que la creación de la sentencia es obra humana y por tanto un proceso real. Todos los fenómenos psicofísicos de las personas que cooperan a él pueden tener importancia para el resultado de la sentencia; su investigación, se dice, compete a la Criminología.

Enrique Ruiz Vadillo, "Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia", en: de la Cuesta, Dendaluze, Echeburúa (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 364.