IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS

O INIMIGO ESTRANGEIRO: A DIRETIVA DO RETORNO À LUZ DOS FUNDAMENTOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

ISIS HOCHMANN DE FREITAS, Prof. Dr. Luciano Feldens (orientador)

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - Mestrado, Faculdade de Direito, PUCRS

Resumo

O presente trabalho é parte integrante do projeto de pesquisa em desenvolvimento no Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, que versa sobre a Diretiva do Retorno, a qual será analisada à luz dos fundamentos da internacionalização dos direitos humanos. A referida investigação acadêmica tem por escopo desenvolver uma análise acerca da legitimidade da Diretiva do Retorno para fazer frente à problemática da imigração ilegal, verificando se os termos de tal diretiva estão de acordo com os postulados da internacionalização dos direitos humanos, respeitando as garantias penais e processuais fundamentais que devem ser asseguradas tanto no âmbito internacional quanto na seara interna de cada país.

Introdução

Em 18 de junho de 2008, o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de normas aplicáveis ao regresso de estrangeiros em situação irregular[1]. Tais regras procedimentais

[1] A preocupação em tomar medidas efetivas com o fito de afastar os imigrantes do continente europeu iniciou-se na Itália, a partir da alteração havida no Código Penal Italiano, decorrente da conversão em lei do *Atto Senato* 692, o qual modificou o decreto-lei n.º 92, de 23 de maio de 2008, na condição de medida urgente em matéria de segurança pública. A aprovação ocorreu em 24 de junho de 2008. Dentre as alterações havidas, destaca-se, por oportuno, aquela que se constitui em objeto da presente investigação, qual seja, a inserção ao artigo 61, do Código Penal Italiano, da seguinte agravante "- Circostanze aggravanti comuni - Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 11-bis. Se il fatto è commesso da seguente: soggetto che si trovi illegalmente sul". "- Circunstâncias agravantes comuns - Agravam o crime, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias especiais, as seguintes situações: 11-a. Se o fato é cometido por pessoa que está ilegalmente em território nacional".
Disegno di legge A.S. n. 692-B: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica". *In* ITÁLIA. Senato della Repubblica, XVI

ficaram conhecidas como "Diretiva do Retorno". Referida lei constitui a primeira fase da política de imigração adotada pela Europa no intuito de promover o regresso voluntário de imigrantes ilegais e estabelece preceitos mínimos comuns a serem aplicados no seu tratamento.[2]

Em um mundo que parece tentar retroceder diante dos valores e princípios que estabeleceram um novo rumo, em especial a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, revela-se imprescindível o estudo voltado para o efetivo papel que detém o homem não apenas na sociedade em que inserido, mas também diante do mundo[3], e qual o real sentido do que conhecemos por *princípio da dignidade da pessoa humana*[4]. Faz-se indispensável, portanto, lançar a devida atenção sobre o que hoje se apresenta apenas como o foco de uma problemática que tende a tomar proporções desmedidas se não contida a tempo. Somente um plano sério, de âmbito internacional, pode impedir o que se afigura como um verdadeiro retrocesso na caminhada da humanidade em direção ao reconhecimento e proteção efetiva dos direitos humanos[5], os quais devem, por sua natureza, estar fundamentalmente assegurados também no âmbito das cartas políticas internas dos países, em especial no que tange à dignidade da pessoa humana[6], pessoa humana esta que não pode ser considerada inimiga[7], mas deve ser vista como essência e razão última de todo e qualquer sistema de proteção.[8]

---

legislatura. **Disegno di legge**. Disponível em <www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00302147.pdf>. Acesso em 08 de ago. de 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Madrid: Paidós, 1998; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[2] UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. **Imigração: a directiva do retorno**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20080625FCS32672/20080625FCS32672_pt.pdf>. Acesso em 03 de ago. de 2008.

[3] FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993; ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 7 reimp. São Paulo: Cia das Letras, 1989; GARLAND, David W. **Punishment and Modern Society: a study in social theory**. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[5] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[6] Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

[7] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

[8] Faz-se necessário realizar um estudo acerca do contexto em que inserida a figura do imigrante, com abordagem dos aspectos gerais e históricos, inclusive em relação ao que se compreende por soberania dos povos.

O objeto da presente pesquisa, além de ser extremamente atual, encontra-se diretamente relacionado a interesses que ultrapassam limites locais ou regionais, alcançando contornos de preocupação internacional. Nesse sentido, verifica-se a pertinência de uma abordagem acerca do tratamento da questão da imigração ilegal em nosso país.

A presente pesquisa tem por escopo verificar se a Diretiva do Retorno está de acordo com os fundamentos da internacionalização dos direitos humanos, respeitando as garantias penais e processuais fundamentais que devem ser asseguradas tanto no âmbito internacional quanto na seara interna de cada país[9], podendo ou não ser considerada legítima enquanto medida aplicável à questão do imigrante ilegal. [10]

Metodologia

O problema proposto no presente projeto de pesquisa será enfrentado a partir de uma abordagem transdisciplinar e interdisciplinar. O trabalho será realizado com base em uma análise crítica, o que será feito por um viés de criminologia, sociologia criminal, direito penal e processual penal, direito internacional e direitos humanos. Nesse sentido, concorrerão para a sua execução o uso de pesquisa bibliográfica e documental.

A presente pesquisa será realizada, predominantemente, com base no método dedutivo. Pretende-se, ainda, a utilização do método dialético, com o fito de chegar a uma conclusão acerca da problemática proposta. Em linhas gerais, pode-se verificar a existência de divergência doutrinária acerca das questões que serão abordadas, o que tornará viável a elaboração de uma pesquisa envolvendo discussão e possibilitando, dessa forma, uma abordagem crítica sobre o assunto, viabilizando uma análise comparativa com outras áreas e institutos. Outrossim, pretende-se buscar uma metodologia adequada para tratar da questão do imigrante ilegal sem excluir outros elementos que, durante a pesquisa, possam vir a ser úteis a sua elaboração.

Outrossim, a partir da análise do conceito de ética, será abordada a questão do imigrante na Europa e no Brasil, encerrando com o exame da legitimidade da Diretiva do Retorno.

[9] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almeidina, 2002.

[9] BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. de Carlos Aberto Medeiros. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.

Resultados

A presente pesquisa, por estar em sua fase inicial, ainda não apresenta resultados concretos. Entretanto, com base no referencial teórico desenvolvido até o presente momento, é possível suscitar a discussão acerca da legitimidade da Diretiva do Retorno enquanto instrumento de política criminal aplicável à questão do imigrante ilegal. A Diretiva do Retorno constitui exemplo de 'direito penal do autor'? Os termos de tal diretiva estão de acordo com os postulados da internacionalização dos direitos humanos, respeitando as garantias penais e processuais fundamentais que devem ser asseguradas tanto no âmbito internacional quanto na seara interna de cada país, podendo ser considerada legítima para fazer frente à problemática do imigrante ilegal, ainda que considerada a questão da soberania dos povos?

Conclusão

De forma preliminar, pode-se afirmar que os termos da referida diretiva européia estão em desacordo com as garantias penais e processuais fundamentais que devem ser asseguradas tanto no âmbito internacional quanto na seara interna de cada país não podendo, portanto, ser considerada uma medida legítima para fazer frente à problemática do imigrante ilegal.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 7 reimp. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. de Carlos Aberto Medeiros. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Madrid: Paidós, 1998.

CANOTILHO, **José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GARLAND, David W. **Punishment and Modern Society: a study in social theory**. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

ITÁLIA. Senato della Repubblica, XVI legislatura. **Disegno di legge**. Disponível em <www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00302147.pdf>. Acesso em 08 de ago. de 2008.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. **Constitución y valores: la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico**. *In* Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo. SCHÄFER, Jairo (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

_____. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. **Imigração: a directiva do retorno**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/focus/20080625FCS32672/20080625FCS32672_pt.pdf>. Acesso em 03 de ago. de 2008.

VERVAELE, John A.E. **A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** *In* Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHPC, Nº 1 – novembro de 2007, Porto Alegre/RS, Brasil. Disponível em <www.direito.ufrgs.br/dir1/dados/revista/1_2.pdf>. Acesso em 02 de set. de 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.