

REVISTA INTERNACIONAL **CONSINTER** DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO II – NÚMERO II

EFETIVIDADE DO DIREITO

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº II, 1º SEM. 2016



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00002.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Aline Fagundes dos Santos

Aloisio Krohling

Ana Clara Montenegro Fonseca

Antônio Carlos Efig

Dirce Nazaré de Andrade Ferreira

Fernando Rister de Sousa Lima

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Francisca Ramón Fernández

Gabriel Huberman Tyles

Glaucia Aparecida da Silva Faria Lamblem

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Herleide Herculano Delgado

Isaac Sabbá Guimarães

J. Eduardo López Ahumada

João Jacinto Anhê Andorfato

José Marcelo Ferreira Costa

Juliana Melo Tsuruda

Karina Nogueira Vasconcelos

Luciano do Nascimento Silva

Lucinéia Rosa dos Santos

Marco Antonio Marques da Silva

Miguel Horvath Júnior

Murilo Euler Catuzo

Nuria Belloso Martín

Ricardo Vieira de Souza

Roberta Soares da Silva

Rolando Pavó Acosta

Tatsiana Ushakova

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA E A ESTIGMATIZAÇÃO DOS IMIGRANTES E REFUGIADOS

THE EFFECTIVENESS OF HUMAN DIGNITY AND THE STIGMATIZE OF MIGRANTS AND REFUGEES

*Marco Antonio Marques da Silva*¹

*João Jacinto Anhê Andorfato*²

*Gabriel Huberman Tyles*³

*Ricardo Vieira de Souza*⁴

Resumo: O presente artigo tem como objetivo debater alguns fenômenos surgidos principalmente em virtude da globalização e da “aproximação” entre as nações. Esse fato é resultante de questões de ordem global, com as quais os Estados possuem enorme dificuldade em lidar, especialmente o aumento do fluxo migratório de refugiados. Assim, houve uma transformação entre os

¹ Professor Titular da PUC/SP. Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal (Mestrado e Doutorado) da PUC/SP. Presidente da *Cátedra Sérgio Vieira de Mello* (PUC/SP e ACNUR/ONU). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP. Advogado.

³ Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP. Advogado.

⁴ Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito das Relações de Consumo pelo COGEAE-PUC/SP. Bacharel em Direito pela PUC/SP. Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Advogado.

modelos de políticas estatais, deixando de ser um Estado Social e tornando-se um Estado Penal. Além disso, cria-se um triste paradoxo, dotado de falácias e preconceitos de ordem social, cultural e religiosa, que muitas vezes afrontam a dignidade da pessoa humana em nome do direito à segurança.

Palavras-chave: Efetividade do Direito. Dignidade da Pessoa Humana. Limitações da Intervenção Estatal. Estado Democrático de Direito. Criminalização dos Refugiados.

Abstract: This article aims to discuss some phenomena arising mainly due to globalization and “rapprochement” between nations. This fact is the result of global issues, that states have enormous difficulty dealing, particularly the increased flow of migrants and refugees. Thus, there was a transformation of the state policy models, leaving to be a welfare state and becoming a criminal state. In addition, it creates a sad paradox, endowed with fallacies and prejudices of social, cultural and religious, that often confront the dignity of the human person on behalf of the right to security.

Keywords: Effectiveness of law. Dignity of human person. Limitations of State intervention. Democratic state. Criminalization of Refugees

INTRODUÇÃO

O fluxo de imigrantes e de refugiados vem se multiplicando diuturnamente e em grande escala. Diversos meios de comunicação constantemente informam sobre a denominada crise dos refugiados, em especial a Europa, embora a realidade brasileira não seja muito diferente.

O debate acerca dos refugiados e dos imigrantes tem conquistado espaço na sociedade contemporânea, de modo a relacioná-lo indevidamente às questões policiais e de condutas irregulares, colocando-os numa situação perigosa em que são vistos como inimigos.

Considerando a receptividade e o acolhimento por parte dos Estados como característica fundamental para a efetividade da dignidade humana diante da crise migratória de refugiados que aflige a atualidade, o conceito de Nação necessita ser repensado e, de igual modo, o conceito de cidadania deve ser analisado com amplitude a fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, os debates e reflexões devem ser aprofundados e pautados pelo princípio da dignidade humana. Busca-se, com o presente artigo, compreender os problemas surgidos em face da globalização mundial, debater a problemática atual dos imigrantes e refugiados, e (re)afirmar o postulado da dignidade humana.

A distinção da situação dos imigrantes e dos refugiados se faz necessária, e tem por escopo garantir os direitos de cada um em consonância com o princípio da igualdade.

Contudo, a globalização e o fluxo de informações cada vez mais dinâmico, fizeram com que as fronteiras entre os países fossem praticamente eliminadas e a aproximação entre os Estados muito mais constante.

As pessoas também se deslocam de um Estado para outro com muito mais facilidade e com maior agilidade; a intensificação do fenômeno migratório se apresenta como uma perturbação social e a figura do estrangeiro se torna a representação do problema.

O estrangeiro, historicamente, sempre foi visto como um “estranho”, em algumas situações como inimigo ou, ainda, na modernidade, como um “refúgio humano”.

Atualmente, a perigosa concepção do “inimigo” retornou ao cenário mundial e está presente nos debates de política criminal no que diz respeito à crise dos refugiados, ainda que de forma velada. No entanto, é preciso alertar que o Direito Penal não é o instrumento adequado para regular a crise enfrentada pelos Estados.

O Direito dos refugiados e dos imigrantes deve guiar-se pelo aprendizado, pela receptividade, pela *sapientia* e *iurisprudencia*, e compreender que a efetividade da dignidade humana é dever de todos.

1 NAÇÃO COMO CONCEITO A SER (RE)PENSADO

Para que possamos compreender a questão dos imigrantes e dos refugiados na contemporaneidade, primeiramente, faz-se necessário entendermos o conceito de Nação, uma vez que, via de regra, as Nações buscam defender seus interesses sociais, políticos e econômicos sob a perspectiva que melhor lhes favoreça, pouco importando as consequências aos imigrantes e refugiados.

Assim, é importante a abordagem do tema levando em conta os movimentos migratórios que se deslocam predominantemente para a Europa.

Para Dalmo de Abreu Dallari, o conceito de Nação nasce no momento em que os povos europeus buscaram a constituição de unidades políticas sólidas, libertando-os de um constante estado de guerra sem interesse para o povo.

Assim é que o conceito de Nação surge de forma artificial com o objetivo de levar a burguesia à conquista do poder político. Isso porque,

antigamente, era em nome da Nação que se pretendia governar o Estado e, assim, na Revolução Americana e na Revolução Francesa, o termo “Estado” passou a ser designado como sinônimo de Nação (DALLARI, 2006).

O motivo para a confusão dos termos “Nação” e “Estado” ocorria, pois, a noção de Estado era mais difícil de ser entendido pelo povo, por fazer parte de uma construção científica mais elaborada. O termo Nação por ser muito vago e por ter sido utilizado como símbolo de reivindicações populares, prestava-se a despertar reações emocionais. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari anota que o termo Nação surge como artifício para envolver o povo em conflitos de interesses alheios.

É possível afirmar que a carga de abstração do conceito de Nação possibilita a sua utilização com fins ideológicos, de tal forma que repensar o conceito de Nação é tão necessário quanto repensar o fundamento que implica a construção de barreira de nacionalidade entre as pessoas (LOPES, 2009).

Neste sentido, quando a Nação (e a nacionalidade) passa a ser entendida como critério de exclusão, alimenta-se ideias nacionalistas, o que pode ser perigoso diante de acontecimentos históricos decorrentes dessa circunstância.

Na Europa do século XIX havia nítida predominância de certas características nacionais em cada Estado e, de acordo com o princípio das nacionalidades, cada Nação deveria constituir um Estado (DALLARI, 2006). Contudo, hodiernamente, é razoável pensarmos na ideia de cada Nação possa constituir um Estado?

A globalização aproximou os Estados e também as Nações e, assim, a ideia de cada Nação constituir um só Estado não se mostra razoável. Progressivamente, o multiculturalismo passou a fazer parte da identidade dos Países, e, por consequência tal proposição passou a constituir um evidente retrocesso.

De toda forma, segundo Celso Ribeiro de Bastos, não encontramos, ainda hoje, uma solução definitiva para atender às demandas das minorias nacionais, e por mais lamentável que seja, ainda se observa o recurso a meios desumanos, como a emigração, a troca de populações e a expulsão de território como estratégias de lidar com o problema (BASTOS, 1999).

Nesse mesmo sentido, para obter maior integração de seus povos na busca da redução das causas de conflitos, os Estados procuram criar uma imagem nacional, simbólica e carregada de efeitos emocionais, com a pretensão de que os componentes da sociedade se sintam mais solidários (DALLARI, 2006).

Com efeito, o grande desafio será repensar o conceito de Nação, pois, com ou sem nacionalismo, deve-se fazer valer os ideais de liberdade e igualdade e buscar uma cidadania democrática com fundamento na dignidade humana (LOPES, 2009).

A efetividade dos direitos fundamentais do homem é o que se pretende quando, nitidamente, as recentes ondas migratórias tornaram-se incômodas para os países receptores que estão justificadamente preocupados com o imenso número de pessoas que passarão a integrar os seus Estados.

Enfim, todo esse movimento migratório, seja de refugiados, seja de imigrantes, deve ser tratado por todos os envolvidos, diretamente ou não, com o máximo de respeito para que haja a devida efetividade dos direitos fundamentais, sendo possível vislumbrar a existência de um conceito de Nação que seja receptiva e acolhedora e não apenas voltada aos direitos dos próprios nacionais.

2 A DIGNIDADE HUMANA E AS PESSOAS IMIGRANTES E REFUGIADAS

Além de um referencial quanto à concepção de Nação na modernidade, dois institutos devem ser abordados para a análise da crise de refugiados: a dignidade da pessoa humana e a cidadania, esta última como instrumento de efetivação daquela.

Inicialmente, é necessário enfatizar que tanto o imigrante quanto o refugiado são pessoas, ou seja, são seres humanos e, como tais, gozam da dignidade humana.

Essa afirmação, embora pareça demasiadamente simples se faz imperiosa, pois, diante das recentes movimentações de pessoas, refugiadas ou imigrantes, que se dirigem principalmente para a Europa, a mídia tem noticiado que alguns países têm negado um tratamento minimamente digno a elas. Assim, nunca é demais lembrar que toda pessoa, não importa a sua condição, deve ser tratada com a dignidade humana a que tem direito.

O conceito de dignidade humana é complexo e pela amplitude de seu alcance guarda em seu conteúdo certa indeterminação, sendo possível afirmar que se trata de conceito com contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade (SARLET, 2012).

A esse respeito, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, uma das maiores dificuldades em se definir a dignidade humana é o fato de que, dife-

rentemente do que ocorre com as demais normas que asseguram determinados direitos fundamentais, como a integridade física, intimidade, vida e propriedade, a dignidade humana faz parte de uma qualidade tida como inerente a todo ser humano, ou seja, é o próprio valor que identifica o ser humano.

De toda forma, mesmo diante da dificuldade de conceituar a dignidade humana, não há dúvidas que se trata de algo real, pois, basta ser agredida e espezinhada para que fique claramente identificada pelas pessoas que tem sua dignidade violada.

Bem por isso, a conceituação da dignidade humana não pode ser fixa e estática, mas, deve-se harmonizar com a diversidade de valores que estão presentes nas sociedades democráticas modernas, sendo possível afirmar que se trata de um conceito que sempre estará em desenvolvimento, em um infinito curso de construção (SARLET, 2012).

Assim, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e implica em liberdade, igualdade e justiça, de modo que as pessoas devem agir umas para com as outras em espírito de fraternidade (SILVA, 2009).

De acordo com Jorge Miranda, a dignidade humana é um meta-princípio, pois abarca todos os princípios relativos aos direitos como também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. (MIRANDA; SILVA, 2008).

O ser humano deve ser sempre tratado de modo especial, tendo em vista a sua racionalidade. O seu respeito não é uma concessão do Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito (SILVA, 2009, p. 227).

Dentro desse contexto, isto é, inserido nas ideias daquilo que a dignidade humana representa, pode-se, então, refletir a respeito da efetividade da dignidade humana dos imigrantes e dos refugiados na atualidade.

Para isso, cumpre mencionar que imigrantes e refugiados não se confundem.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados⁵ (ACNUR), é necessário utilizar o termo correto, isto é, “refugiados”

⁵ De acordo com a cartilha do ACNUR disponível em <www.acnur.org.br>, “A agência da ONU para Refugiados (ACNUR) foi criada em dezembro de 1950, por resolução da Assembleia Geral da ONU. Iniciou suas atividades em janeiro de 1951, com mandato inicial de três anos para reassentar refugiados europeus que estavam sem lar após a Segunda Guerra Mundial. Seu trabalho tinha como base a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados. Em 1955, a Assembleia Geral ampliou o mandato do

e “imigrantes” não podem ser confundidos, sob pena de conferir tratamentos iguais para pessoas em situações diferentes⁶.

De acordo com o ACNUR, os refugiados são pessoas que escaparam de conflitos armados ou perseguições, sendo sua situação perigosa e, por conta disso, têm a necessidade de cruzar as fronteiras internacionais em busca de segurança nos países mais próximos, com objetivo claro de serem reconhecidos como refugiados.

Uma vez reconhecidos internacionalmente como refugiados, eles terão acesso à assistência dos Estados, do próprio ACNUR e de outras organizações que trabalham em prol dos refugiados⁷.

A atenção aos refugiados tem como princípios norteadores, a proteção contra a devolução, o acesso ao asilo e medidas que assegurem os direitos humanos de modo a permitir a vida em condições dignas, com o objetivo de que seja possível encontrar uma solução de longo prazo e não apenas algo paliativo.

No Brasil, a Lei 9.474, de 22.07.1997 definiu mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 da ONU. Segundo o mencionado diploma legal, será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Além disso, a Lei 9.474, de 22.07.1997, também trata de outros temas importantes relacionados aos refugiados, tais como “da condição

ACNUR, designando-o como responsável pela proteção e assistência dos apátridas em todo o mundo. Em 2003, foi abolida a cláusula que obrigava a renovação do mandato do ACNUR a cada triênio”.

⁶ Disponível em: <www.acnur.org/t3/português/>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁷ Os principais documentos internacionais sobre os direitos dos refugiados são a Convenção da ONU de 1951 e seu Protocolo de 1967, a Convenção da Organização da Unidade Africana e a Declaração de Cartagena de 1984.

jurídica de refugiado”, “do ingresso no território nacional e do pedido de refúgio”, “do processo de refúgio”, dentre outros assuntos relacionados com a matéria.

Assim, para os refugiados aplica-se as normas de refúgio (nacionais e internacionais), principalmente porque não devem retornar aos seus países de origem. Aliás, o § 1º, art. 7º, estabelece que “*em hipótese alguma será efetuada sua deportação [do refugiado] para fronteira do território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política*”.

A proibição de retorno dos refugiados aos países de origem impõe aos Estados receptores o dever de não devolução, sob pena de violação da dignidade humana.

No que se refere aos imigrantes, a situação é bem diferente. Os imigrantes deslocam-se espontaneamente com o objetivo de melhorar as condições de vida, em busca de melhores condições de trabalho, de educação, entre outros direitos sociais.

A distinção entre imigrantes e refugiados é importante, pois, os governos tratam os imigrantes de acordo com sua própria legislação e procedimentos em matéria de imigração.

No Brasil, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) que define a situação jurídica do estrangeiro e cria o Conselho Nacional de Imigração é a Lei que trata da matéria referente aos imigrantes ao dispor sobre deportação, extradição, expulsão, dentre outros temas relevantes.

A distinção entre os imigrantes e os refugiados é de extrema importância. Enquanto os primeiros, em regra, podem ser deportados pela sua situação irregular, os segundos, por sua situação pura e simples de refugiados não podem ser encaminhados novamente ao país de origem, sob pena de violação da dignidade humana.

Desta maneira, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, confundir os termos “refugiados” e “imigrantes” pode ocasionar consequências graves na vida dos refugiados. Confundi-los desvia as leis específicas e as garantias que são asseguradas aos refugiados, sendo certo que eles realmente necessitam de proteção⁸.

Contudo, dentre as recentes movimentações de pessoas que estão fugindo dos países árabes e africanos em direção à Europa, estão presentes tanto imigrantes quanto refugiados.

⁸ Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. Disponível em: <www.acnur.org/t3/portugues>.

A situação de refugiado confere possibilidades que o imigrante não possui, principalmente a de não ser deportado. O tratamento conferido a eles deve respeitar o conteúdo do princípio da igualdade.

Assim, as recentes ondas migratórias dirigidas ao continente Europeu apontam desafios para os quais ainda não existem respostas. A principal indagação é como distinguir na prática, os imigrantes dos refugiados para que se possa conferir a estes o direito de não serem devolvidos aos seus países de origem? Como saber se efetivamente trata-se de alguém almejando, espontaneamente, melhores condições de vida ou de uma pessoa que está a fugir de perseguições?

A questão não tem, ainda, uma resposta. Cada caso deverá ser tratado individualmente pelos países receptores.

Contudo, uma afirmação já é possível fazer: a efetividade dos direitos fundamentais deverá ser observada em ambos os casos, pois, sejam imigrantes, sejam refugiados, todos são seres humanos e gozam, portanto, do metaprincípio dignidade humana que abarca todos os direitos assegurados ao homem.

3 CIDADANIA: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, *caput*⁹, contempla os denominados direitos e garantias fundamentais, ou seja, aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, entre eles, o direito à vida, direito à igualdade, direito à liberdade, direito à propriedade e o direito à segurança.

No entanto, é necessário pontuar uma distinção trazida por José Afonso da Silva ao citar Rui Barbosa, referente às disposições meramente declaratórias que se caracterizam por conter direitos positivados na Carta Política e as disposições assecuratórias que têm por objeto garantias limitar o poder, como forma de efetivar os direitos constitucionalmente consagrados (SILVA, 2007).

Ademais, verifica-se que o legislador constitucional tutelou como titulares dos direitos fundamentais, os brasileiros e os estrangeiros

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. “**Art. 5º.** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção 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 propriedade, nos termos seguintes:*”.

residentes no país. Portanto, vale salientar que a República Federativa do Brasil é fundada no respeito à Dignidade da Pessoa Humana, e tratando-se de estrangeiros, imigrantes e refugiados, por mais que não possuam residência fixa no país, são titulares de direitos e obrigações.

Portanto, o Estado deve fornecer aos imigrantes e refugiados instrumentos que efetivem os direitos fundamentais positivados na Carta Política de 1988, para que, mesmo que por período transitório, possam viver de forma digna.

Nessa esteira, a Ciência Política e a Teoria Geral do Direito conceituam a cidadania como algo que é inerente à nacionalidade do cidadão, pois este deve gozar dos seus direitos políticos, desde que esteja quite com suas obrigações para com o Estado (BASTOS, 1999).

Entretanto, existem autores que conceituam a cidadania como algo inerente a formação de um Estado Democrático de Direito, tal qual os axiomas de liberdade e igualdade, os quais foram conquistados ao passar dos anos com Declarações de Direitos em âmbito universal, demonstrando que ao se reconhecer os direitos civis e sociais, houve a ampliação do conceito de cidadania (SILVA, 2009).

Assim, independentemente da concepção adotada ao termo, a cidadania apresenta-se como instrumento necessário para a efetivação dos direitos fundamentais de imigrantes e refugiados, em âmbito nacional e internacional.

4 O IMIGRANTE E O REFUGIADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que diz respeito à titularidade de direitos fundamentais, é necessária uma análise conjunta com o princípio da universalidade, que, apesar da proximidade com o princípio da igualdade, com este não se confunde (MIRANDA, 2005).

Indica o princípio da universalidade que todas as pessoas, pelo simples fato de serem pessoas, são titulares de direitos fundamentais. Não significa dizer que distinções não possam ser consideradas, inclusive, por força do próprio princípio da igualdade (SARLET, 2012).

Existe, portanto, a possibilidade de alargar ou restringir a universalidade pela atuação e efetivação judicial dos direitos (CANOTILHO, 2003), desde que respeitado o núcleo essencial de direitos fundamentais – intangíveis independentemente de qualquer discricionariedade.

Algumas distinções entre o nacional e o estrangeiro são observadas no tocante à cidadania e à nacionalidade, uma vez que a nacionalidade configura vínculo político e pessoal entre o indivíduo e o Estado, havendo uma integração com a comunidade política (MENDES, 2007).

Todavia, embora existam direitos reservados ao nacional e excepcionados ao estrangeiro, conforme José Joaquim Gomes Canotilho, a base antropológica dos direitos do homem permite ao estrangeiro, inclusive não residente, ser titular de direitos fundamentais, como forma de efetivação destes direitos e concretização da Justiça.

Portanto, ainda que não seja concebida a titularidade de todos os direitos inerentes aos nacionais, é assegurado ao estrangeiro – seja imigrante, seja refugiado – a titularidade dos direitos fundamentais, pautados no metaprincípio da dignidade humana e nos princípios da igualdade e da universalidade.

Nesse sentido, adverte-se que eventual ilegalidade na permanência do imigrante ou refugiado em país diverso de sua nacionalidade, por si só não afasta a titularidade de direitos fundamentais (SARLET, 2012), embora não afaste eventuais sanções em face das condutas praticadas, desde que respeitado o devido processo legal.

5 O ESTIGMA DO “INIMIGO” NA HISTÓRIA

Discorrer sobre os problemas atuais dos refugiados não é possível sem um recorte histórico sobre a relação “sociedade *versus* inimigo”.

Partimos, então, da análise da relação social em tribos primitivas, período anterior à existência das concepções de Estado e religião, mas que já apresentavam restrições e sanções para determinados comportamentos em sociedade.

A existência de tabus em tribos primitivas pode ser comparada às proibições religiosas e morais que temos hoje, específicas de cada sociedade.

Contudo, as restrições do tabu são distintas das proibições religiosas ou morais, pois não se baseiam em nenhuma ordem divina, não têm fundamento em nenhum sistema social ou moral, e são de origem desconhecida, mas pode-se dizer que se impõem por sua própria conta (FREUD, 1999).

Apesar das peculiaridades, os tabus se apresentam como um código de leis em tribos primitivas e sua violação deveria ser sucedida por rituais de expiação e penitência, como forma de purificação.

Acreditava-se que se um membro da tribo violasse algum tabu, tornar-se-ia impuro de tal modo que sua impureza poderia contaminar aqueles a sua volta e, portanto, seria necessária a purificação corporal e espiritual do indivíduo. A penitência era determinada por um conselho de anciãos e, além de um meio de purificação, pode ser vista aqui também como punição, pois geralmente se dava pelo isolamento temporário ou permanente, entre outras formas.

Sigmund Freud concluiu que a expiação é um fator mais fundamental que a própria purificação; o castigo a que o “impuro” é submetido tem mais importância que o próprio resultado alcançado com a punição, sendo indiferente se a ação será realmente benéfica ou não para a tribo. É o desejo primitivo de punição, em virtude da violação de uma regra, que prevalece.

Avançando para o período do colonialismo e neocolonialismo, onde verificamos a existência de conceitos de Estado e religiões, nos defrontamos com a construção do conceito social e jurídico do inimigo (ZAFFARONI, 2012).

Nesse momento, o Estado vai além dos tabus com suas proibições, que atingem não apenas questões morais, mas também questões que envolvem política criminal.

Constrói-se a figura do *hostis judicatus*, o inimigo político, cujos comportamentos naquela época eram considerados indesejáveis aos olhos do Estado. Assim, além dos autores de delitos graves, criminalizava-se aqueles que não se encaixavam aos padrões sociais da comunidade, que não aceitavam as imposições políticas e religiosas – ainda que algumas de maneira justificada, pois injustas – eram vistos como *estranhos* pelo Estado e por aqueles de bons comportamentos e bons costumes.

Com a expansão territorial das Nações surge o *hostis alienigena* – o estrangeiro. Notadamente, parte-se do pressuposto que aquele que vem de uma origem diferente, certamente terá uma cultura política, moral ou religiosa diversa. Logo, por não se encaixar nos padrões propostos por essa nova sociedade, é considerado um *estranho* e, assim, elege-se o estrangeiro como inimigo.

Os indesejáveis que desafiavam a ordem vertical ou se distinguiram dos demais cidadãos conformados e exemplares aos olhos da sociedade, sejam os *hostis judicatus* ou os *hostis alienigenas*, eram puni-

dos exemplarmente como tentativa de “domesticação”. Caso o Estado não obtivesse êxito em domesticá-los, então deveriam ser neutralizados.

A mesma concepção de inimigo nesse período, ressalvadas as especificidades políticas e sociais que se modificam de acordo com cada época, permanece em nossas sociedades contemporâneas. Tal fato demonstra que, independentemente do momento histórico, o Estado sempre utiliza-se de um preconceito que impõe medo – pois é impossível construir um inimigo sem o medo (BATISTA, 2004) – para apontar um grupo como inimigo responsável pelos problemas do próprio Estado e da sociedade.

Verdade é que, tanto antigamente como ainda hoje, os *hostis* não se declaram como tal. O *status* de inimigo é sempre declarado pelo Estado. Trata-se de uma declaração subjetiva alimentada pelo preconceito, pelo medo e pela incerteza das ações dos indivíduos – em regra, os oprimidos, aos quais o braço da Justiça nem sempre alcança – com maiores descontentamentos com a ordem vigente.

O tempo passou e a sociedade evoluiu. Contudo, algumas velhas premissas incrustadas no corpo social se mantêm. A eleição de um inimigo público como tentativa de justificar os problemas existentes é um hábito que continua, seja em razão de posicionamentos políticos adotados, seja em virtude de uma cultura de terror exposta diariamente nos meios de comunicação.

De fato, o *hostis*, o *inimigo* ou o *estranho* nunca desapareceu das vistas do poder punitivo, que poucas vezes o reconheceu abertamente.

6 PASSOS EM DIREÇÃO A UM “ESTADO DE JUSTIÇA PENAL”

Vivemos as consequências da Globalização: fronteiras eliminadas pela tecnologia permitem uma avalanche de informações que aproximam de um lado e causam sentimento de exclusão e desespero do outro, em um assustador espetáculo de riqueza e destruição.

Zygmunt Bauman analisa os refugiados como produto de uma contínua modernização, de processos modernos de construção da ordem e do progresso econômico que provocaram o que foi denominado de “refúgio humano”.

Os Estados em seus próprios processos de expansão econômica e política buscaram explorar e colonizar outros povos sem olhar para o futuro, sem pensar nas ruínas que o capitalismo produziria longe de suas vistas.

Os refugiados são vistos pelos Estados como os deslocados personificados, deslocados em toda parte do globo, exceto em seus lugares de origem que não aparecem em qualquer dos mapas utilizados pelas pessoas comuns em suas viagens (BAUMAN, 2005).

Essa transformação global também atingiu os Estados, que em certos aspectos passaram do modelo denominado “Estado Social” para um “Estado Penal”, tipicamente excludente (YOUNG, 2002), voltado para a justiça criminal e ao controle do crime (GARLAND, 2008), como se as leis penais fossem a solução de todos os males da sociedade.

No mesmo sentido, Loïc Wacquant observa uma redefinição da missão do Estado, que reduz seu papel social à amplitude e extensão de sua intervenção penal (WACQUANT, 2001).

O direito penal somente poderá ser instrumento do Estado, desde que observado o princípio da intervenção mínima, isto é, somente haverá intervenção penal quando não houver outro meio para tal. A função que o direito penal deve exercer no Estado de Direito é a proteção exclusiva de bens jurídicos essenciais à convivência pacífica, ou seja, a *ultima ratio*.

O princípio da intervenção mínima deve ser visto como uma recomendação político-criminal (BATISTA, 1996), direcionada tanto ao Poder Legislativo, ao incriminar ou não determinadas condutas, quanto pelo Poder Judiciário, no momento de aplicação da lei.

Assim, o direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, uma vez que a intervenção penal somente se justifica nas situações em que o Estado, previamente, tenha esgotado as possibilidades não penais – inclusive no que diz respeito às políticas públicas de cultura, saúde e educação, por exemplo – para a efetivação da tutela jurídica (ESPINAR, 1991).

7 A CRIMINALIZAÇÃO DOS REFUGIADOS

Diante dos conflitos atuais na Europa, criou-se na figura do refugiado a aparência de um inimigo que, alimentada pelo preconceito e pela desinformação, aterroriza e causa insegurança por suas diferenças culturais e, especialmente, religiosas.

O indivíduo desenvolve a sua personalidade por meio da sua cultura, portanto, o respeito às diferenças individuais implica um respeito às diferenças culturais (VALDÉS, 2008).

A política de repressão à imigração, ainda que inconscientemente, estigmatiza a condição do estrangeiro. Os discursos políticos propalados na mídia e a prática legislativa de policialização no procedimento de entrada de imigrantes e refugiados, relacionam o estrangeiro com o criminoso e induzem ao pensamento de que imigração é crime, uma vez que até mesmo os refugiados estão sujeitos a serem presos e deportados para seus países de origem.

Esse estigma, consagrado com a ajuda da mídia, pode ser identificado pela conotação de ilegalidade intrínseca aos estrangeiros. Observa-se que a nacionalidade, sempre que estrangeira, é motivo de destaque nas reportagens de jornais e nos noticiários de televisão, mesmo quando a informação não tem relação com o crime (LOPES, 2009).

Assim, equivocadamente, vincula-se à imagem do terrorismo – inimigo número 1 da Europa – a situação dos refugiados. Ignora-se a necessária distinção das concepções de estrangeiro, imigrante e refugiado, e passa a tratar como verdade absoluta o fato de que todo terrorista é estrangeiro e, portanto, todo refugiado é um potencial terrorista.

No Brasil, a situação não é tão diferente. O Projeto de Lei 236/2012, do Senado Federal busca criminalizar o estrangeiro que omite informação ou faz declaração falsa para manter-se na condição de refugiado, bem como aquele que auxilia a entrada ou permanência de refugiados fornecendo informações falsas. Claramente, o tratamento oferecido aos refugiados é o mesmo tratamento de imigrantes em condição irregular.

Descuida-se do fato de que a concessão do *status* de refugiado, pela via administrativa, é um processo jurídico burocrático e lento, o que impossibilita a espera da análise do pedido de refúgio, uma vez que não lhes estão presentes as condições mínimas de uma vida digna (SILVA, 2009), consequência de graves violações de direitos humanos e civis.

A situação agrava-se pelo fato de que muitos desconhecem o próprio Estatuto dos Refugiados e os meios de acesso ao pedido de concessão de refúgio. Ademais, como esperar que um refugiado com problemas graves de saúde procure um hospital para ser atendido? Uma vez que as chances de sobrevivência são maiores em um país que não enfrenta as tragédias da guerra, não há motivos para procurar atendimento hospitalar e correr o risco de uma possível comunicação da situação irregular às autoridades, em especial policiais.

Portanto, o tratamento oferecido pelo Direito Penal está longe de ser o instrumento adequado para tutelar a situação dos refugiados e representa um claro retrocesso ao espírito de proteção dos direitos huma-

nos e dos refugiados. Mostra-se contrário às recomendações internacionais para não aplicar sanções penais em virtude de entrada ou permanência por vias irregulares, desde que se apresentem às autoridades a fim de explicar as razões de sua condição¹⁰.

8 O PAPEL DOS JURISPRUDENTES NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Conforme Eduardo Vera-Cruz Pinto, presenciamos hoje uma confusão quanto à ideia de Direito e os caminhos para concretizar a Justiça.

As tituladas elites jurídicas exercem suas funções sem preocupar-se em conhecer a *iurisprudentia*¹¹ ou a essência da juridicidade das regras e normas para as soluções dos conflitos, limitando-se à aplicação das leis sem qualquer interpretação crítica.

Em regra, os poucos debates jurídicos se limitam ao confinamento dos muros da academia, permitindo a ascensão de modelos políticos e manuais escassamente doutrinários em nossa sociedade.

Lamentavelmente, reduz-se a Justiça à dimensão midiática, a um “judicialismo de casos”, que decide com base em institutos presentes apenas em definições legais sem qualquer amparo histórico, cultural ou filosófico.

Ressalva-se que não há pretensão alguma em possibilitar aos jurisperitos a imposição de soluções, uma vez que também não estão isentos de críticas e do necessário contraditório. Contudo, é de se observar a existência de uma linha tênue que distingue um “Estado de Leis” de um “Estado de Direito” (PINTO, 2015).

¹⁰ Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). “**Art. 31.** *Refugiados em situação irregular no país de refúgio: 1. Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregular. 2. Os Estados Contratantes não aplicarão aos deslocamentos de tais refugiados outras restrições que não as necessárias; essas restrições serão aplicadas somente enquanto o estatuto desses refugiados no país de refúgio não houver sido regularizado ou eles não houverem obtido admissão em outro país. À vista desta última admissão os Estados Contratantes concederão a esses refugiados um prazo razoável, assim como todas as facilidades necessárias*”.

¹¹ Refere-se aqui ao Direito Romano, no sentido de jurisprudência como fonte do Direito enquanto ciência dos *iurisprudentes*.

A sociedade pressupõe certas formas jurídicas cuja efetivação cabe ao Estado, de modo que, quando há oposição entre ambos, surge um descompasso entre as formas jurídicas pressupostas e as formas jurídicas postas.

Nesse sentido, os princípios gerais de direito não são descobertos fora do ordenamento jurídico, mas resgatados em seu interior como pressupostos preexistentes da sociedade. Dessa forma, constatamos a existência de um direito pressuposto imanente à sociedade, e um direito posto pelo Estado – direito positivo (GRAU, 1996).

A questão dos refugiados reafirma a necessidade de uma interpretação dinâmica das legislações, cuja solução exige uma dimensão social de justiça e não um mero ato automático de enquadramento do fato à norma, desprezando-se uma interpretação de matriz principiológica pautada na dignidade humana.

Assim, a efetividade do Direito dos Refugiados não deve estar restrita aos códigos e ao princípio da legalidade, aprisionados em fórmulas materiais e processuais dotadas de abstração e generalidade que se distanciam da atual realidade de temor, insegurança e indignidade que enfrentam aqueles que aguardam a concessão do refúgio.

A tutela dos refugiados somente será efetiva quando a solução adotada pautar-se na essência do Direito visto como ciência, *sapientia* e *iurisprudencia*, no caminho pela concretização da Justiça.

CONCLUSÃO

Verifica-se que em virtude da globalização intensificou-se a circulação de pessoas em âmbito transnacional, ocasionando o aumento significativo do fluxo de migrantes, buscando melhores condições de vida e de trabalho em grandes potências mundiais, os denominados “países de primeiro mundo”.

Não obstante, a situação agrava-se em decorrência do crescente fluxo de refugiados, que buscam guarida, principalmente, em Estados sob a égide da Democracia, para não serem vítimas de perseguições de cunho político e religioso.

Entretanto, muito embora as sociedades tenham evoluído, nos deparamos com situações estarrecedoras. Pessoas vítimas de perseguição em busca de guarida em territórios neutros são tratadas de forma degradante, havendo locais em que agentes públicos arremessam alimentos

como se fossem para animais, provocando verdadeira “guerra por comida” entre aqueles que aguardam a concessão do refúgio.

Além disso, tem-se conhecimento de outras questões relacionadas à depreciação da dignidade humana, como a colocação de alguns refugiados em locais ladeados por cerca, em condições totalmente insalubres, semelhante aos campos de concentração do regime nazista.

Muitos Estados, equivocadamente, ao invés de tratar essa questão como primordial para o respeito da dignidade humana, preferem dar um tom policialesco ao tema que, infelizmente, por uma onda de terrorismo mundial provocado por grupos radicais armados, acaba por inflamar essa política de criminalização do refugiado.

Cabe a toda a sociedade por meio do exercício da cidadania, mas em especial aos operadores do direito, enxergar os imigrantes e os refugiados como titulares de direitos e deveres, e buscar a constante reafirmação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem, de modo a consolidar os ideais de uma sociedade livre, democrática, justa e fraterna, tratando todos os homens de maneira igualitária e digna.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ESPINAR, Jose Miguel Zugaldía. **Fundamentos de derecho penal**: parte general. Granada: Universidad de Granada, 1991.
- FARIA, Maria Rita Fontes. **O Brasil e as Migrações Internacionais no Plano Multilateral. Reflexões para a Política Externa Brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015.
- FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Rio de Janeiro: Imago, 1999.
- GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração. O Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direito de nacionalidade e regime jurídico do estrangeiro. In: Direitos Fundamentais & Justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da PUC-RS**, Porto Alegre, a. 1, n. 1, out./dez. 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I.
- MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O Futuro da Justiça**. São Paulo: IASP, 2015.
- REDIN, Giuliana. Direito de Imigrar. **Direitos Humanos e Espaço Público**. Florianópolis: Conceito, 2013.
- SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- VALDÉS, Ernesto Garzón. Identidad y tolerancia. In: BETRÁN, Raúl Susín; SEGURA, David San Martín (Coord.). **De identidades: reconocimiento y diferencia en la modernidad líquida**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2012.