

ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A detenção administrativa dos estrangeiros irregulares na Itália e na União Europeia e o Direito humano fundamental à liberdade privada e à ampla defesa

Cristiano Celone

Ricercatore confermato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo, Italia. Abilitato alle funzioni di Professore di Seconda fascia in Diritto Amministrativo. E-mail: <cristiano.celone@unipa.it>.

Resumo: Na Itália, como em outros Estados da União Europeia, vem ocorrendo recentemente o fenômeno da “detenção administrativa” dos cidadãos estrangeiros irregulares, bem como dos requerentes de asilo, a maioria proveniente da África, do Oriente Médio e da Península Balcânica. Esses imigrantes, pelo simples fato de terem ingressado irregularmente no território europeu, apesar da imigração ilegal não constituir delito, são privados da liberdade pessoal ou de circulação e permanência, sendo detidos pelas autoridades de segurança pública, às vezes sem a validação da autoridade jurisdicional, durante um período de tempo também muito prolongado, em determinados locais, formais ou informais, estáveis ou emergencialmente improvisados, que são muito semelhantes aos estabelecimentos prisionais. Esta situação levanta problemas delicados sobre a legitimidade desta forma de restrição das liberdades fundamentais da pessoa humana, especialmente à luz das garantias previstas pela Constituição italiana e do direito internacional para a proteção da liberdade pessoal, os quais serão analisados no presente artigo, centrando-se em particular na legislação italiana e na europeia sobre “detenção administrativa” e sobre as questões de compatibilidade da legislação nacional com a Constituição italiana e o direito europeu.

Palavras-chave: Detenção administrativa. Estrangeiros. Migrantes Irregulares. Requerentes de asilo. Itália. União Europeia. Direitos fundamentais. Liberdade. Defesa.

Sumário: 1 Introdução – As características da detenção administrativa na Itália – 2 As condições e os limites da detenção administrativa e da liberdade pessoal na Constituição italiana e no direito internacional – 3 Origem e evolução da legislação italiana sobre a detenção administrativa dos cidadãos estrangeiros irregulares – 4 Vários tipos de centros destinados a acolher, identificar e expulsar os migrantes irregulares – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução – As características da detenção administrativa na Itália

No âmbito das atuais políticas de prevenção, conflito e repressão da imigração ilegal, da Itália e dos outros Estados membros da União Europeia,¹ o instituto chamado “detenção administrativa”, e, de um modo mais geral, o fenômeno de “confinamento”² em determinados locais, formais ou informais, estáveis ou improvisados em situações de emergência, dos cidadãos estrangeiros sem permissão para entrar ou permanecer no território da União Europeia, é, já há vários anos, uma medida ordinária aplicada pela autoridade de segurança pública, mesmo na ausência de uma acusação ou condenação penal do migrante.

O que diferencia estes lugares de internamento das prisões é, em especial, a sua natureza administrativa. Assim, a estadia obrigatória nesses centros de detenção segue procedimentos diferentes daqueles, regidos pela lei de processo penal, que, como será visto, são mais garantistas.

O internamento nestes espaços fechados, dos quais, por meio de um controle institucional pelas forças da ordem pública ou de entidades privadas, os imigrantes são impedidos de entrar e sair livremente, é arranjado como uma medida administrativa, que na Itália é adotada pelo *questore*³ (autoridade provincial de segurança pública – diretor da Polícia de Estado). Para a execução do referido decreto, o “estrangeiro” e, mais especificamente, o cidadão de um País fora da União Europeia ou o apátrida,⁴ que não tenha um título válido de ingresso ou permanência no território do Estado,⁵ é colocado pelas autoridades de segurança pública em estruturas especiais, em que é detido por um período de tempo extremamente variável, por vezes muito prolongado (em alguns casos, como será visto, ele pode, por lei, ser prorrogado até um ano e meio).

¹ Sobre competência da União Europeia em matéria de Imigração, ver: D. De Pretis, *L’immigrazione nel diritto dell’Unione europea, relazione al convegno “Frontiere dell’immigrazione o migrazione delle frontiere?”*, Trento, 25-26 novembre 2011, in www.giustamm.it; M. Gestri, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione europea, in Il diritto dell’immigrazione, V quaderno de “Il diritto dell’economia”*, a cura di V. Gasparini Casari e G. Cordini, Modena, 2010, vol. I, p. 45 ss.; A. M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012.

² A. Sciarba, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, 2009, observa como os locais de confinamento de migrantes na Europa, para além do escopo declarado de combate à imigração irregular, produzem um potente efeito de controle sobre a pessoa, sobretudo por meio da criação de percursos obrigatórios, que imprimem uma verdadeira e própria condição existencial de segregação, em cada migrante, que perdura para além do tempo da detenção, impedindo àquele que luta pela própria liberdade de locomoção não tanto o direito de atravessar uma fronteira, quanto também o direito de permanecer e de ficar onde se escolhe (p. 240).

³ Na Itália o *questore* é um diretor da Polícia de Estado e a autoridade provincial de segurança pública.

⁴ Art. 1º, Decreto Legislativo nº 25 luglio 1998, n. 286, e succ. mod., recante il “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” (TUI).

⁵ As condições para o ingresso e permanência regulares no território italiano de cidadão extracomunitários e de apátridas são disciplinados no “Testo unico sull’immigrazione” (d. lgs. n. 286/1998) e pelo “regolamento di attuazione” (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), como também pelo “Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio”, de 15 de março de 2006, n. 562, que instituiu o Código comunitario relativo ao regime de travessia das fronteiras (internas ou externas de um País da União Europeia) por parte das pessoas (cd. Codice frontiere Schengen).

Na Itália, estes locais de confinamento obrigatório dos estrangeiros em situação irregular, geridos pelas Prefeituras (Prefetture – Uffici territoriali del Governo – UTG),⁶ até mesmo em razão da função diferente que são chamados a desempenhar, são denominados de diferentes formas em: “centros de primeiros socorros e de acolhimento” (CPSA) ou “centros de acolhimento” (CDA), “centros de acolhimento para requerentes de asilo” (CARA), “centros de identificação e de expulsão” (CIE).

Os aspectos peculiares e ao mesmo tempo problemáticos dessas formas de restrição das liberdades fundamentais do indivíduo, tais como a liberdade individual e a liberdade de circulação e de permanência, principalmente se concentra no fato de que, não só são decididas por uma autoridade administrativa, por vezes mesmo sem estar sujeita a validação de um juiz, mas, ainda, não estão necessariamente ligadas a uma acusação penal.

Existem, de fato, atualmente, no ordenamento italiano, muitas hipóteses nas quais a imigração ilegal não é uma ofensa criminal, algumas das quais expressamente previstas pelo artigo 10-bis do nosso Texto único sobre a imigração (Decreto Legislativo nº 286/1998), introduzido em 2009⁷ e modificado em 2011,⁸ que, embora contenha a *fattispecie* do crime, muito criticado, de “entrada e permanência ilegal do estrangeiro no território do Estado”,⁹ punidos com uma multa monetária,¹⁰ identifica¹¹ alguns casos em que o imigrante não seja punível. Trata-se, em particular, de casos em que o estrangeiro: é destinatário de uma medida de repulsão “imediate” na fronteira;¹² é identificado quando ele está prestes a sair do território nacional, durante o curso dos controles da polícia de fronteira; apresenta um pedido de proteção internacional, porque isso suspende o processo penal e, no caso em que é aceito o pedido, ou é concedida uma autorização de residência por razões humanitárias ou por razões decorrentes de obrigações constitucionais ou internacionais do Estado italiano, requer ao Juiz um pedido de absolvição.

⁶ Por meio de acordos com as autoridades locais ou outras entidades públicas ou privadas, que podem fazer uso de outras entidades, de associações voluntárias e cooperativas de solidariedade social (art. 22, d.P.R. nº 394/1999, mod. dall’art. 9º, d.l. 23 maggio 2008, nº 92).

⁷ Lei nº 94 de 15 de julho de 2009.

⁸ Decreto-Lei nº 89, de 23 de junho de 2011, convalidado com modificações na Lei nº 129, de 2 de agosto de 2011.

⁹ Este ano, o movimento político radical italiano propôs a revogação, por meio do instrumento do referendo, o crime de imigração ilegal. O Comitê Judiciário do Senado, em 09 de outubro, aprovou uma emenda que se destina a eliminar tal crime.

¹⁰ Com relação ao delito de entrada ilegal ou permanência dos estrangeiros no território do Estado, que é punível com uma multa de 5.000 a 10.000 euros e não está previsto em disposição expressa de lei, foram levantadas algumas questões de inconstitucionalidade e incompatibilidade com o direito comunitário (com a Diretiva Europeia 16 de dezembro de 2008 nº 115), que foram superados, no entanto, tanto pela Corte Constitucional, no Acórdão de 8 de Julho de 2010, nº 250, quanto pela Corte de Justiça da UE, Seção I, o julgamento de 06 de dezembro de 2012 *Sagor* (Processo C-430/11), que apontaram, no entanto, o âmbito e os métodos de aplicação.

¹¹ Parágrafos 2º e 6º.

¹² Responsável pela ofensa, ao contrário, o estrangeiro destinatário de um procedimento de devolução “diferido” (art. 10, co. 2) ou de um processo de deportação (art. 13).

Há também outras situações que impedem a configuração do crime de imigração ilegal, que, embora não prevista expressamente no art. 10-bis, deriva do sistema de normas que regem a imigração e que permitem considerar a entrada ou permanência ilegal como penalmente irrelevante. Para trazer alguns exemplos: o estrangeiro que é vítima de violência ou de grave exploração e, portanto, está em condições de beneficiar-se de uma autorização de residência por razões de proteção social (art. 18). Todos os casos de não devolução (absoluta ou relativa) previstas pelo art. 19, na aplicação do princípio de *non refoulement*,¹³ entre os quais são emblemáticas: o estrangeiro vítima de perseguição por motivos de raça, sexo, idioma, nacionalidade, religião, opiniões políticas, condições pessoais ou sociais, ou alguns grupos vulneráveis, tais como o menor, o idoso, o deficiente, a mulher grávida. Ainda é possível lembrar os casos em que são organizados, através de um decreto do Presidente do Conselho de Ministros e, em consulta com outros Ministérios, medidas temporárias de proteção para as necessidades humanitárias, por ocasião dos conflitos, catástrofes naturais ou outros eventos de especial gravidade, que ocorreram em Países fora da União Europeia (art. 20), tal como já aconteceu, por exemplo, com os vários decretos, alternados entre 2011 e 2012, que tenham previsto a emissão e a extensão, sob certas condições, de uma autorização de residência temporária por razões humanitárias, devido ao afluxo maciço, nos primeiros meses de 2011, na sequência do fenômeno denominado “Primavera Árabe”,¹⁴ de pessoas que fogem da guerra e da fome, provenientes principalmente dos Países do Norte de África. Considera-se, por fim, o estrangeiro interceptado em águas internacionais por barcos italianos e transportado na Itália por necessidade de ajuda humanitária; o estrangeiro que é pai ou mãe, também naturais, do menor italiano residente na Itália, enquanto ele não seja privado da responsabilidade parental segundo a lei italiana, tem o direito de emissão de uma autorização de residência por razões familiares, mesmo se não tiver um título de residência válido (art. 30, co. 1, lett. d); o estrangeiro, parente de um cidadão da União Europeia, que apresente passaporte e visto no prazo máximo de vinte e quatro horas após a solicitação, o que mostra o status de titular do direito à liberdade de circulação;¹⁵ o estrangeiro, que pode documentar que apresentou um pedido de emissão ou renovação da autorização de residência e está aguardando as determinações da administração pública.

¹³ Este princípio foi estabelecido pelo art. 33 da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), o escopo foi ampliado para outras convenções padrões, incluindo o artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH de 1950).

¹⁴ O termo “Primavera Árabe” costuma indicar a onda de agitação, manifestações e revoluções que começou na Tunísia, no final de 2010 e expandiu-se para outros países da África e do mundo árabe, tais como, por exemplo, Líbia, Argélia, Egito, Eritreia, Gana, Somália, Síria, onde os motins, em alguns casos, também levaram à morte, prisão ou fuga de Chefes Estado. Os fatores que levaram a protestos e guerras, são diversos e incluem, entre as principais causas, corrupção, falta de liberdade do indivíduo, violações graves e repetidas dos direitos humanos e condições de vida muito duras, que em muitos casos fazem fronteira com a pobreza extrema.

¹⁵ Art. 5, co. 5, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, di attuazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al direito dos cidadãos da União e de seus familiares de circular e permanecer livres no território do Estado Membro.

2 As condições e os limites da detenção administrativa e da liberdade pessoal na Constituição italiana e no direito internacional

Uma vez que o instituto da detenção administrativa aplica-se para o estrangeiro, por que entrou ou permanece irregularmente no território da União Europeia, discute-se muito a legitimidade destas formas de confinamento em “espaços fechados” dos migrantes de terceiros Países, enquanto tais medidas, independentemente de uma incriminação, privam os imigrantes, também por períodos de tempo muito prolongados, da liberdade pessoal, que é um direito fundamental e inviolável do indivíduo, não apenas enquanto participante de uma determinada comunidade política, mas enquanto ser humano, reconhecido e protegido pela Constituição italiana (art. 13), pelo direito internacional¹⁶ e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 6).

É de notar, por outro lado, que a evolução, nas últimas décadas, do direito nacional, europeu e internacional, colocou para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo alguns limites ao poder dos Estados de restringir a liberdade das pessoas, não tem prejudicado a prerrogativa soberana de cada Estado de proteger as suas fronteiras com o instrumento da detenção dos estrangeiros irregulares, que, precisamente por esta razão, é considerado o ponto fraco da defesa dos direitos humanos, uma vez que reflete uma das maneiras de entender a soberania territorial e o poder do Estado de usar a força para defender as próprias fronteiras contra as ameaças e invasões.¹⁷

O artigo 5º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), por exemplo, depois de ter anunciado que “toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança”, enumera uma série de casos taxativos, em que uma pessoa pode ser privada de sua liberdade e entre estas inclui também a detenção dos estrangeiros irregulares e, mais precisamente, “a prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição” (lett. f).

É expressamente proibida, no entanto, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (PIDCP) e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 9, a detenção “arbitrária” do estrangeiro, que, compreendida nos termos expressos pelo Comitê de direitos humanos, designado para verificar a correta aplicação do Pacto pelos Estados signatários (embora suas decisões não são

¹⁶ Artt. 1, 2, 3, specialmente art. 9, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948); art. 5, CEDU; art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (1966).

¹⁷ Para aprofundamento sobre estes temas: D. Bigo and E. Guild, a cura di, *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, Aldershot, 2005; G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, 2010; D. Wilsher, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, 2012; G. Campesi, *La libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 339 ss.

vinculativas para os Estados), exige, para os fins da legalidade da medida detentiva, não apenas a mera legalidade formal da mesma, mas também a sua justiça substancial, avaliada em termos de razoabilidade em relação aos interesses envolvidos, de proporcionalidade¹⁸ e necessidade em relação ao propósito de alcançar, mostrando, no caso individual, a incapacidade de utilizar medidas menos invasivas. Segundo o Comitê, de fato, a simples entrada ou a mera presença ilegal do estrangeiro no território não constituem provas suficientes para tornar legítimo o recurso à medida detentiva, enquanto esta deve ser justificada por necessidades concretas, como, por exemplo, a necessidade de investigar ou evitar o risco de fuga, ou a falta de cooperação do estrangeiro. Circunstâncias estas que devem ser avaliadas em concreto, não sendo possível presumi-las em abstrato. No caso em que, posteriormente, a detenção se prolongará no tempo, mas o objetivo da expulsão, para o qual é pré-ordenada, já não mais é viável, perdendo a sua legitimidade e, de conseguinte, deve cessar imediatamente.

A propósito das garantias processuais, o Comitê deixou claro que a autoridade competente para a revisão da medida de detenção tem natureza propriamente jurisdicional e exprime um juízo concreto de razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida utilizada.

Seria, por isso, contrário às disposições do Pacto uma política de imigração que tornasse automático o recurso à detenção preventiva, reduzindo as prerrogativas dos tribunais para uma mera função de certificação da regularidade formal da medida.¹⁹

E por último, quando se olha para a relação entre a detenção administrativa e a liberdade pessoal, como descrito no artigo 13 da Constituição italiana, fica claro que o mesmo parece garantir maior proteção à liberdade das pessoas do que é oferecido pelas normas internacionais, porque ele define que somente “em casos excepcionais de necessidade e urgência, estritamente definidos por lei”, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas de restrição da liberdade individual, afirmando

¹⁸ Per D. Wilsher, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in *Whose Freedom, Security and Justice?*, a cura di A. Baldaccini, E. Guild and H. Toner, Portland, 2007, p. 425, “The developing jurisprudence from the Human Rights Committee, with its emphasis on proportionality of detention, should form part of the EU detention regime”.

¹⁹ G. Campesi, *La libertà degli stranieri. ...*, cit., p. 363 ss., analisa e confronta algumas decisões do Comitê (sobre a aplicação do artigo 9º do Pacto) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (sobre a aplicação do art. 5º, CEDU). O autor observa, por um lado, como as decisões do Comitê, embora representem uma tentativa meritória para conter, através dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, a prerrogativa soberana de recorrer a formas de restrição da liberdade pessoal, no contexto das políticas de controle de migração, no entanto, não estão isentos de limitações, com referência específica ao princípio da necessidade, por considerar que oferecem uma interpretação muito ampla da mesma, deixando grandes margens de ação aos Estados-Membros (p. 368). Por outro lado, como o Tribunal de Estrasburgo não apresenta a medida de detenção a um rigoroso julgamento individualizado de proporcionalidade e necessidade, ao contrário da sua própria jurisprudência em relação a outros casos de privação de liberdade, coberta pelo art. 5, CEDU (pp. 375-376). Do mesmo modo, G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights. ...*, cit., p. 308, observa “the level of scrutiny that is applied by the ECtHR when it assesses the lawfulness of immigration detention is not of the same intensity as it is when the lawfulness of several other categories of deprivation of liberty is examined”.

que estas medidas devem ser “provisórias” e ser “comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária, para validação nas próximas quarenta e oito horas”; em caso contrário, “são revogadas e desprovidas de qualquer efeito”, com a consequente libertação imediata da pessoa em causa.

Segundo a Constituição, deve-se, portanto, verificar se a lei identifica exhaustivamente situações excepcionais, que atendem os requisitos da necessidade e urgência e que legitimam uma medida provisória de detenção dos migrantes, de apresentar, no prazo máximo de dois dias, à validação de um juiz. Ou, ao contrário, se esta forma peculiar de confinamento dos imigrantes de terceiros Países tem sido em substância transformada pelo legislador em uma medida que pode ser adotada ordinariamente e por um tempo muito prolongado também, fora dos limites e garantias previstas no art. 13 da Constituição italiana.

Em outras palavras, deve-se perguntar se hoje, à luz dos princípios estabelecidos na Carta constitucional, a detenção obrigatória dos migrantes irregulares nos centros já existentes pode ser usada como um instrumento administrativo “ordinário” da política migratória do Governo.

A prática da Itália e de outros Países ocidentais da União Europeia, nas últimas décadas — como emergiu a partir dos relatórios e das queixas de vários organismos das Nações Unidas e de várias organizações não governamentais empenhadas na assistência humanitária²⁰ — tem sido, de outro lado, aquela de utilizar tal instrumento detentivo para além de suas estreitas finalidades, transformando-o em uma medida habitual de controle dos fluxos migratórios irregulares ou clandestinos. Com a consequência de ter produzido uma sistemática limitação da liberdade de circulação e um efeito de criminalização dos estrangeiros, tratados como uma genérica ameaça à ordem e à saúde pública, que não necessita de manifestações específicas por caso individual, ao contrário do espaço de liberdade, de segurança e de justiça no qual os cidadãos dos Estados-membros da União Europeia estão agora livres para se mover, gozando de uma presunção de não serem perigosos, tal qual seus movimentos dentro do espaço europeu não podem ser a priori considerados uma ameaça à segurança, se os riscos para a ordem e a saúde pública não são comprovadas em concreto.²¹

Sobre a hipótese de periculosidade de circulações indesejadas, tem-se assistido ao longo do tempo, também na Itália, a uma progressiva normalização de uma

²⁰ Vejam os relatórios e denúncias: dello Special Rapporteur delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti (di Jorge A. Bustamante, nel 2010, o di François Crépeau, nel 2012); dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (ACNUR, o UNHCR); della Sottocommissione ad hoc dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE); del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muižnieks, a seguito della visita in Italia dal 3 al 6 luglio 2012; oppure, della Croce Rossa, di Amnesty International, Medici senza frontiere, Medici per i diritti umani, Save the Children.

²¹ Così, G. Campesi, *La libertà degli stranieri. ...*, cit., pp. 380-381, 389. Sulle ragioni dei diversi standard di trattamento dello straniero e del cittadino dell'Unione europea, B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, in www.cortecostituzionale.it.

forma grave de limitação da liberdade pessoal, que o dispositivo constitucional, se restringe a “casos excepcionais de necessidade e urgência” e submete ao princípio da estrita legalidade e ao princípio do habeas corpus.

E apesar de a Itália, de outros Países europeus e da própria União Europeia terem evitado o uso do termo “detenção” em suas leis,²² o caráter detentivo de diferentes tipos dos centros de acolhimento e de retenção dos migrantes irregulares já foi agora confirmado, por muito tempo, pelos organismos das Nações Unidas,²³ pela Corte europeia dos direitos humanos²⁴ e pela nossa Corte constitucional, sendo concebidos e usados como espaços “fechados”, nos quais milhares de pessoas são obrigadas a ficar, mesmo por longos períodos de tempo, por razões que, já vimos, são diretamente relacionadas a políticas migratórias e, em definitivo, ao status jurídico de pessoas destituídas de um documento regular de ingresso ou permanência.

Sobre o tema, a Corte constitucional italiana esclareceu, há mais de dez anos, com a Sentença nº 105, de 20 de abril de 2001, que a detenção do estrangeiro nos “centros de permanência temporária” — hoje renomeados “centros de identificação e expulsão” (CIE) — é medida que incide sobre liberdade pessoal, fundamentada, no que diz respeito ao seu conteúdo, a “outras restrições da liberdade pessoal”, conforme previsão do artigo 13 da Constituição, uma vez que a detenção de imigrantes, ainda quando não seja separada da finalidade de assistência, determina uma violação da dignidade da pessoa humana, que se verifica em qualquer evento de submissão física ao poder de outrem e que é indicação segura da incidência da medida sobre a esfera da liberdade pessoal.

A natureza detentiva dos CIE, nos quais são mantidos os estrangeiros destinados à expulsão, resulta, por outro lado, também das disposições do Texto único sobre imigração²⁵ e do respectivo regulamento de execução,²⁶ uma vez que estes impõem ao estrangeiro “a proibição absoluta de se afastar do centro” e conferem ao questore o “poder de se utilizar da força pública para impedir a indevida transferência do centro e para restaurar a medida”, no caso em que esta tenha sido violada.

²² A França, por exemplo, usa as expressões *retention administrative*, *o locaux de retention*, ou ainda *zones d'attente* (este último, para as estruturas em que estão detidos migrantes parados na fronteira antes de serem autorizados no território nacional). A Inglaterra, no entanto, em vez do termo *custody*, utiliza as expressões *induction centres* (localizado perto dos postos de fronteira), *o accommodation centres* (lugares para os requerentes de asilo admitidos no território nacional) e *o removal centres* (chamados, no entanto, para acomodar as pessoas no processo de expulsão). Para uma análise comparativa dos aspectos legais de imigração de outros países (França, Alemanha, Reino Unido, Espanha, Estados Unidos) ver. AA. VV., in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., volume II, p. 435 ss.

²³ Ver, por exemplo, os relatórios publicados em 1998 e 1999 pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, estabelecido em 1991 pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (desde 15 de março de 2006, foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas), ou as orientações sobre a detenção de requerentes de asilo, publicado em 1999 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

²⁴ Cfr. sentença *Amuur v. France*, 25 giugno 1996.

²⁵ Art. 14, co. 7, d. lgs. n. 286/1998.

²⁶ Art. 21, co. 1 e 9, d.P.R. n. 394/1999.

Mesmo a estadia obrigatória em um CPSA ou em um CDA, ou mesmo em um CARA, como será visto, são medidas de limitação da liberdade da pessoa, embora menos invasivas do que o confinamento coercitivo em um CIE.

3 Origem e evolução da legislação italiana sobre a detenção administrativa dos cidadãos estrangeiros irregulares

O fenômeno da detenção administrativa dos imigrantes irregulares, a partir dos anos noventa até hoje, tem tendencialmente seguido duas lógicas distintas: a lógica de segurança do governo de risco, no caso dos centros destinados a deter os migrantes em vias de expulsão, ou destinados a deter os requerentes de asilo em espera do resultado positivo de seu pedido de proteção internacional; e a lógica emergencial do governo humanitário, no caso dos centros chamados a oferecer socorro e acolhimento aos estrangeiros assim que acabam de desembarcar em nosso território.²⁷

Ao mesmo tempo, a lei da detenção administrativa tem seguido as práticas dos Países da Europa ocidental.

Nos Estados com maior tradição migratória, os primeiros centros de detenção foram estabelecidos nos anos setenta, sem uma regulamentação detalhada. Somente nos anos oitenta e noventa se assistiu a uma normatização progressiva, em paralelo a uma extensão de recursos a tais instrumentos no quadro das políticas migratórias.

Nos Países de imigração recente, como a Itália, em particular, o processo de regulamentação jurídica da detenção administrativa começou na metade da década de noventa. A normativa sobre imigração é, por fim, um campo novo do ordenamento jurídico italiano: a primeira lei orgânica sobre a imigração foi de fato introduzida em 1986 (Lei de 30 de dezembro de 1986, nº 943).

Até a década de oitenta, as condições de ingresso e permanência dos estrangeiros foram regidas principalmente pelas regras contidas no texto consolidado de leis relativas à segurança pública de 1931 e no regulamento de execução de 1940, ainda modificadas e integradas pelos atos administrativos.²⁸ A espinha dorsal da disciplina sobre a condição do estrangeiro foi, portanto, por um longo tempo, o direito de polícia, que regulava as funções de controle das forças da segurança pública dos estrangeiros presentes sobre o território. As poucas disposições a respeito eram completadas por uma série de circulares ministeriais, que, por anos, desenvolveram

²⁷ G. Campesi, La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica, in *Democrazia e Diritto*, 2011, p. 179.

²⁸ C. Barbati, La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2009, p. 28; S. Castellazzi, Le implicazioni legislative del fenomeno migratorio, in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 110.

uma função de verdadeira normativa subsidiária. A disciplina em questão era, por outro lado, expressão de uma época na qual a presença dos imigrantes sobre o território italiano era reduzida e o ordenamento jurídico considerava os estrangeiros como indivíduos potencialmente suspeitos, devendo estar sob estreita vigilância. O direito de polícia, de resto, era naturalmente direto, não para a regulamentação do fenômeno migratório, mas sim para o controle do estrangeiro enquanto sujeito perigoso e, como se verá, muitos dos perfis da disciplina contemporânea têm suas raízes na disciplina policíesca, que caracterizou o direito dos estrangeiros na Itália por todo o período pós-guerra.

O fundamento do atual direito italiano da imigração foi estabelecido pela Lei nº 39, de 28 de fevereiro de 1990, que converteu com modificações o Decreto-Lei nº 416, de 30 de dezembro 1989, intitulado “Disposições urgentes sobre asilo político, ingresso e residência de cidadãos de Países fora da União Europeia e regularização de cidadãos estrangeiros e apátridas já no território do Estado”. Este texto normativo buscou delinear o quadro da atual disciplina de permanência dos estrangeiros na Itália, regulamentando ao mesmo tempo os institutos da devolução e da expulsão. Em particular, o art. 7º, agora revogado, ao disciplinar a modalidade de expulsão, tinha privilegiado o mecanismo de reassentamento “voluntário” no prazo de 15 dias, reservando-se o acompanhamento forçado até a fronteira apenas aos casos de não observância da “ordem de expulsão”; enquanto no caso em que, como resultado da ordem de expulsão, foi necessário proceder a investigações adicionais sobre a identidade e a nacionalidade do estrangeiro, ou para a aquisição de documentos ou vistos para o mesmo, assim como em qualquer outro caso em que não se foi capaz de executar imediatamente a expulsão, tinha previsto que o estrangeiro do lugar no qual o estrangeiro se encontrava poderia solicitar ao tribunal, sem outras formalidades, a aplicação, em relação à pessoa a ser expulsa, o monitoramento especial da autoridade de segurança pública, com ou sem a obrigação de permanecer em um lugar determinado.

A lei de 90 foi, por outro lado, a primeira a regular o procedimento de reconhecimento do estatuto do refugiado e da condição jurídica a ele ligada, demandando a um regulamento de execução a reordenação dos procedimentos e dos órgãos competentes para análise dos pedidos de asilo.

A detenção administrativa dos imigrantes ilegais foi introduzida pela primeira vez em um texto da lei em meados da década de noventa, quando o Executivo editou dois decretos por necessidade e urgência, que tiveram uma importância fundamental para a gênese do sistema de centros para os imigrantes.

O primeiro foi o Decreto-Lei de 30 de outubro de 1995, nº 451, convertido pela Lei nº 563, 29 de dezembro de 1995, ainda em vigor, que estabelece as “Disposições urgentes para posterior emprego do pessoal das Forças armadas em atividade de controle da fronteira marítima na Região de Puglia”, para as necessidades relacionadas com o fenômeno da imigração ilegal, com a qual foi institucionalizada a prática

com que foram tratados os “desembarques de emergência”, baseada no uso da detenção administrativa dos estrangeiros apenas desembarcados na costa italiana, tendo determinado a criação de três centros localizados ao longo da fronteira da costa marítima de Puglia, para as necessidades dos primeiros socorros de grupos de estrangeiros sem qualquer meio de sustento e à espera de identificação ou expulsão. Esta prática foi estabelecida no início da década de noventa, como resultado do grande êxodo de cidadãos da Albânia e da chegada dos primeiros boat people na costa de Puglia. O principal episódio a este respeito, também pelo impacto que teve na opinião pública italiana, foi o internamento no Estádio de Vittoria de cerca de dez mil albaneses, desembarcados no porto de Bari, em 8 de agosto de 1991, de um navio em que estavam amontoadas de cerca de vinte mil pessoas, que pode ser considerado como o precursor dos atuais centros de primeiros socorros e acolhimento.

O segundo, o Decreto-Lei nº 489, de 18 de novembro de 1995, reeditado cinco vezes até o final de 1996, sem nunca ter sido convertido em lei (seus efeitos foram, porém, salvos pela Lei nº 617, de 9 de dezembro de 1996), modificou a disciplina de expulsão traçada em 1990, lançando as bases para a construção do sistema de detenção dos imigrantes, criado depois, em 1998. Neste decreto, de fato, foi estabelecido que, quando da execução da expulsão, como medida de segurança ou de prevenção, são necessárias investigações suplementares sobre a identidade ou a nacionalidade da pessoa a ser expulsa, ou a aquisição de documentos ou vistos, ou em casos nos quais há o perigo de a pessoa se negar à execução da medida, a autoridade judiciária dispõe a medida de abrigo obrigatório pelo tempo necessário, no entanto por não mais do que trinta dias, ordenando a pessoa em causa a não se afastar do edifício indicado na medida, escolhido dentre os que foram identificados com um ou mais decretos do Ministro do interior, de acordo com o Ministro da Fazenda²⁹ e outros Ministros interessados (art. 7-sexies). Segundo o desenho traçado por este decreto, que não foi substancialmente alterado na disciplina posterior a 1998, a detenção assume, portanto, um caráter de medida cautelar voltada a assegurar a execução da ordem de expulsão.

A detenção administrativa dos estrangeiros ilegais em vias de expulsão foi definitivamente consagrada no ordenamento italiano com a Lei de Delegação nº 40, de 6 de março de 1998, a que se seguiu depois de alguns meses o Decreto Legislativo nº 286/1998, que contém o atual Texto único sobre imigração e sobre a condição jurídica do estrangeiro. Aos institutos da devolução na fronteira e da expulsão mediante acompanhamento forçado, a lei incluiu, efetivamente, a medida de “detenção” do estrangeiro nos “centros de permanência temporária e assistência”, ordenada diretamente pelo questore, embora comunicada no prazo de quarenta e oito horas à

²⁹ Hoje é chamado Ministro da economia e finanças.

autoridade judiciária para validação, nos casos em que, como já foi em parte previsto pelo Decreto-Lei nº 489/1995, não foi possível executar imediatamente as medidas expulsivas, porque foi necessário proceder ao socorro do estrangeiro, ou a investigações suplementares sobre a sua identidade ou nacionalidade, ou à aquisição de documentos para a viagem, ou para a indisponibilidade do transportador ou de outro meio de transporte adequado (art. 12).

O sistema traçado entre 1995 e 1998 conheceu uma significativa deterioração das condições dos imigrantes em seguida à edição da Lei nº 189, de 30 de julho de 2002, que confirmou as características essenciais do sistema criado nos anos anteriores, tendo feito uma mudança fundamental para o sistema de combate à imigração ilegal, enquanto transformou em principal hipótese a expulsão com acompanhamento forçado até a fronteira e a consequente possibilidade de deter o cidadão estrangeiro em um centro de permanência temporária, deixando, ao contrário, às hipóteses residuais as ordens de expulsão com a obrigação de deixar o território do Estado num breve espaço de tempo preestabelecido. Em segundo lugar, prorrogou-se o período máximo de permanência nos centros de detenção, concedendo-se à autoridade de segurança pública a possibilidade de solicitar uma prorrogação de trinta dias, quando, nos primeiros trinta dias de detenção, não tivesse sido possível executar a medida de expulsão com acompanhamento forçado até a fronteira.

Com o Decreto-Lei nº 241, de 14 de setembro de 2004, convertido com modificações na Lei nº 271, de 12 de novembro de 2004, foi revisto o procedimento de validação e extensão da medida de detenção do questore, atribuindo-se a competência jurisdicional ao “juiz de paz”.

Por último, foram inseridos à disciplina da detenção administrativa dos estrangeiros irregulares, o Decreto Legislativo nº 25, de 28 de janeiro de 2008, que implementou a Diretiva nº 2005/85/CE, sobre os procedimentos de reconhecimento e revogação do status de refugiado, e a Lei nº 129,³⁰ de 2 de agosto de 2011, que, juntamente com a Lei nº 38,³¹ de 23 de abril de 2009, tem implementado tardiamente a Diretiva nº 2008/115/CE, sobre repatriamento dos imigrantes irregulares, incorporando algumas disposições pejorativas, como uma sobre o período máximo de detenção dos estrangeiros que devem ser expulsos, que foi estendido pelo prazo de até dezoito meses.

4 Vários tipos de centros destinados a acolher, identificar e expulsar os migrantes irregulares

As estruturas de permanência obrigatória ou confinamento forçado do estrangeiro irregularmente presente no território italiano foram formalmente estabelecidas,

³⁰ Lei de Conversão do Decreto-Lei, nº 89, de 23 de junho de 2011.

³¹ Lei de Conversão do Decreto-Lei, nº 11, de 23 de fevereiro de 2009.

a partir da segunda metade da década de noventa, com decretos ministeriais e sob diversas leis.

Hoje, já se foi dito que estes lugares, por causa das diferentes finalidades pelas quais são pré-ordenadas no âmbito da política migratória do governo, podem ser amplamente divididos em três tipos (denominados diversamente): “centros de primeiros socorros e de acolhimento” (CPSA) ou “centros de acolhimento” (CDA), “centros de acolhimento para requerentes de asilo” (CARA), “centros de identificação e de expulsão” (CIE).³²

No site do Ministério do Interior — cujos dados, no entanto, não são atualizados e datam de 2011 — são indicados cerca de vinte e sete estruturas oficiais, com uma capacidade total de sete mil pessoas aproximadamente, localizadas em várias partes do território, especialmente nas Regiões do sul, algumas das quais são utilizadas seja como CDA seja como CARA (os centros de Ancona, Bari, Brindisi, Crotone e Foggia); outras, por outro lado, configuradas como CIE, atualmente estão fechadas ou funcionam com capacidade reduzida para renovação, como se depreende de um relatório elaborado pelo Ministério e publicado no mês de abril de 2013.

Mais especificamente, os CPSA e os CDA são destinados a assegurar as intervenções primárias de socorro e acolhimento para os estrangeiros detidos em zonas de fronteira ou no território italiano, ou interceptados e resgatados no mar. A permanência no centro é limitada pelo tempo estritamente necessário para garantir a primeira ajuda, estabelecer a identidade e decidir sobre a legalidade (ou menos) da presença do migrante na Itália e sobre seu eventual repatriamento.

Nos CARA, inicialmente chamados “centros de identificação”, por outro lado, é enviado, por um período de tempo variável entre vinte e trinta cinco dias, o estrangeiro requerente de asilo, desprovido de documentos de identificação ou liberado dos controles de fronteira, a fim de permitir a identificação e a definição do procedimento de reconhecimento do estatuto de refugiado ou de pessoas que carecem de proteção internacional (proteção subsidiária).

Por fim, nos CIE, originalmente chamados “centros de permanência temporária” (CPT), ou “centros de permanência temporária e assistência” (CPTA), é mantido, hoje ainda até dezoito meses, o estrangeiro destinatário de uma ordem de expulsão, não executável imediatamente. A detenção nesses centros é, portanto, uma medida cautelar pré-expulsiva, uma modalidade organizacional escolhida pelo poder legislativo para garantir a sucessiva expulsão do estrangeiro do território nacional.

³² Essa divisão reflete a classificação das diferentes situações em que um cidadão de um país terceiro pode ser detido em um centro de detenção, proposto por Elspeth Guild em um relatório publicado em 2006 pelo Parlamento Europeu, E. Guild, A typology of different types of centres for third country nationals in Europe, in www.europarl.europa.eu, 2006.

4.1 Centros de primeiro socorro e de acolhimento (CPSA) e Centros de acolhimento (CDA)

Os CPSA e os CDA têm, portanto, a função de auxiliar, acolher e identificar os estrangeiros recém-chegados no nosso território, avaliando individualmente a situação jurídica de cada migrante, a fim de decidir se é o caso de emitir uma autorização de permanência (por um dos motivos previstos da lei), ou se é o caso de repatriá-lo imediatamente, ou, ainda, transferi-lo ao CARA ou ao CIE.

Os primeiros centros de acolhimento (CDA) foram estabelecidos ao abrigo da Lei nº 563/1995, já mencionada, a fim de garantir as necessárias intervenções de auxílio em favor dos grupos de estrangeiros desembarcados na costa da Puglia, desprovidos de qualquer meio de sustento e à espera de serem identificados e eventualmente expulsos.

Os critérios e os procedimentos de admissão e permanência nesses centros não eram, no entanto, disciplinados por nenhuma lei ou decreto do Governo, portanto deixando sob as orientações (desiguais) da prática a escolha do modelo operativo cuja base rege o acolhimento em cada uma dessas estruturas. Não existe nem mesmo uma lei posterior que trate especificamente estes tipos de centro. Nem mesmo o decreto interministerial, emitido em 16 de fevereiro de 2006, que mudou o nome de alguns deles, como o de Lampedusa, em “centros de primeiro socorro e acolhimento” (CPSA), especificou as condições de retenção.

A permanência de fato obrigada nos CPSA e nos CDA, como resultado das medidas adotadas pelas autoridades administrativas sem o controle de um juiz, levanta, portanto, com referência ao princípio da legalidade e da jurisdicionalidade, questões delicadas de legitimidade de tais medidas de acolhimento forçado, já que consideradas restritivas da liberdade individual, especialmente no caso em que a retenção nestas estruturas dura por um período de tempo mais longo do que as quarenta e oito horas previstas no art. 13, co. 3, da Constituição. Não é, por outro lado, que se estabeleceu um limite temporal preciso, embora esteja previsto que as operações associadas ao socorro e ao primeiro acolhimento devem acontecer durante o “tempo estritamente necessário”.³³

Atualmente, no site do Ministério do Interior estão indicadas cinco estruturas com funções apenas de CDA ou CPSA,³⁴ todos localizados nas Regiões do sul, com uma capacidade de cerca de mil e duzentas pessoas. Para estas estruturas deve-se juntar também os cinco centros “híbridos” de Ancona, Bari, Brindisi, Crotone e Foggia, que, como já foi dito, são usados seja como CARA seja como CDA, alguns dos quais

³³ Art. 12, co. 1, legge n. 40/1998, cit.

³⁴ Agrigento, Lampedusa, 381 posti; Ragusa, Pozzallo, 172 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 360 posti; Cagliari, Elmas, 220 posti; Lecce, Otranto (il numero dei posti non è indicato).

são muitos grandes (Bari, Crotone e Foggia), de modo que podem chegar a acomodar até mil pessoas ao mesmo tempo.

Durante os períodos de excepcional afluxo de migrantes, no entanto, estes centros frequentemente têm excedido sua capacidade máxima, com condições de acolhimento, tanto do ponto de vista da saúde quanto da higiene, muitas vezes inaceitáveis, especialmente para as mulheres, crianças e menores, como revelado pelos serviços, queixas e denúncias de diferentes organizações, não governamentais, envolvidas em ajuda humanitária.

Do mesmo modo, o Parlamento Europeu denunciou decididamente a inadequação de tais estruturas para a gestão de grandes afluxos de migrantes, evidenciando a improvisação do Estado italiano nas atividades de primeiro acolhimento, embora a Itália, entre os Estados membros da União Europeia, é atualmente o País mais exposto a uma forte pressão migratória ilegal por via marítima dos Países da África do Norte. O que leva a uma reflexão mais profunda da União Europeia sobre a melhor maneira de conduzir a cooperação internacional e os controles nas fronteiras externas, com uma maior partilha, por parte dos outros Estados membros, das responsabilidades para aqueles que chegam à costa meridional da Itália, que, por outro lado, é a costa do sul da Europa, o que se dá também a fim de evitar os embarques ilegais de milhares de refugiados, obrigados a viajar em condições desumanas em barcos totalmente inadequados, assim como para evitar os dramáticos naufrágios, que ocorrem diversas vezes todos os anos, em que um grande número de pessoas perde tragicamente a vida, em um êxodo sem fim das guerras e da pobreza extrema.

A vigilância das fronteiras na Itália foi, por outro lado, desde os anos noventa, realizada segundo a lógica de emergência, tendo continuado nos anos seguintes, transformando-se, portanto, numa situação de crise permanente. A partir de 2001, de fato, uma medida do Governo tem periodicamente reiterado o estado de grave emergência em toda a costa meridional, confiando a um Comissário especial poderes extraordinários para o controle das fronteiras e a direção da rede dos centros de acolhimento.

Um exemplo significativo da ótica emergencial, com que há mais de dez anos é gerido o fenômeno de desembarques na Itália, teve lugar em 2011, com os eventos conhecidos como “Primavera Árabe”, que tem determinado um grande afluxo na Itália de uma multidão de cidadãos provenientes principalmente dos Países do Norte da África, dando origem à declaração, por decreto do Presidente do Conselho dos Ministros, prorrogado até 31 de dezembro de 2012, do enésimo estado de “emergência humanitária” na fronteira meridional.

As críticas feitas até este momento em relação à regulação e gestão dos centros de socorro e primeiro acolhimento foram, entre outras, já destacadas no relatório final publicado em 2007 por uma Comissão Governamental, criada em 2006, pelo decreto do Ministro do Interior, responsável por realizar um levantamento sobre as condições

de segurança e as situações de irregularidade de todos os centros destinados ao acolhimento e à retenção temporária dos imigrantes ilegais e dos requerentes de asilo. No mesmo levantamento foi trazido à luz que as regras que regem as operações de ajuda, assistência e primeiro acolhimento dos estrangeiros, são deficientes e se prestam a interpretações diferentes e discricionárias. Em particular, não foram definidos os tempos de detenção nem os direitos do cidadão estrangeiro. Depois, devido à concentração das chegadas em alguns períodos do ano e à existência de um número limitado de CPSA e CDA, tem-se observado que os estrangeiros são mantidos nestes centros por longos períodos de tempo, por até dois meses, sem que esta situação de efetiva limitação da liberdade individual esteja sujeita à revisão judicial.

Em adição aos CPSA e aos CDA, que foram formalmente estabelecidos como tais, devem ser consideradas também as estruturas transitórias, da vida mais ou menos efêmera, de fato usadas com fins semelhantes, mas que nunca tiveram uma regulamentação, bem como os lugares de detenção pouco conhecidos, quase “invisíveis”, como as áreas de retenção nas fronteiras aeroportuárias e marítimas. Não há, de fato, “quartos” onde os migrantes, por vezes potenciais requerentes de asilo, possam ser mantidos, antes de serem repatriados ou expulsos, sem que o rejeitado ou o expulso seja colocado em condições para ser capaz de defender-se na frente de um juiz.

A detenção dos migrantes (irregulares) interceptados nas zonas de fronteira é, em particular, uma praxe — como já foi observado³⁵ — que na Itália e em vários outros Países se desenvolve na ausência de um quadro normativo preciso. Os estrangeiros são mantidos no espaço de fronteira por um tempo extremamente variável, muitas vezes não definido pela lei, na impossibilidade de ter acesso à assistência jurídica e de contestar a legitimidade da detenção ou da devolução.

A este respeito, o relator especial da ONU sobre os direitos dos migrantes observou como muitos Estados criaram verdadeiros e próprios centros de detenção, funcionando por trás do rótulo de zonas de trânsito ou áreas de espera, transgredindo as garantias, embora limitadas, previstas pelo direito internacional.

Estruturas similares existem também nas proximidades dos principais locais da fronteira italiana, como os aeroportos internacionais de Roma-Fiumicino e Milano-Malpensa, ou os portos de Venezia, Ancona, Bari, Brindisi e Genova, mas funcionam há algum tempo na ausência de uma clara disciplina normativa e segundo as práticas burocráticas da polícia de fronteira.

No interior dessas áreas, os estrangeiros são submetidos a um tratamento depreciativo por parte dos Estados, seja porque estes são detidos em estruturas situadas em zonas remotas ou de difícil acesso, frequentemente não adequadas a um acolhimento por um período de tempo prolongado, seja porque, não tendo ainda

³⁵ Da G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia ...*, cit., p. 199-200.

atingido o território do Estado, acabam por ser submetidos a rápidos procedimentos de devolução, excluindo-os das garantias ordinariamente previstas para os processos de expulsão ou de detenção. A mesma diretiva do 2008 sobre repatriamento parece legitimar, em alguns casos, esta prática, a qual permite aos Estados ignorar as garantias previstas em favor dos estrangeiros a serem expulsos, no caso em que estes sejam apreendidos ou descobertos na zona de fronteira (art. 2, par. 2º, let. a), Diretiva nº 2008/115/CE).

4.2 Centros de acolhimento para requerentes de asilo (CARA)

Os centros de acolhimento para requerentes de asilo (CARA) atualmente são disciplinados pelo Decreto Legislativo nº 25/2008 e pelo Decreto Legislativo nº 140/2005, que dão aplicação respectivamente às diretivas da União Europeia nº 2005/85/CE, sobre os procedimentos de reconhecimento e revoga do estatuto de refugiado, e nº 2003/9/CE, sobre o acolhimento dos requerentes de asilo, das quais, não obstante, foi prevista a ab-rogação, com efeito a partir de 21 de julho de 2015, por parte das recentes Diretivas nº 2013/32/UE e nº 2013/33/UE, do Parlamento europeu e do Conselho,³⁶ com a consequente obrigação da Itália e dos outros Estados membros de adotar³⁷ as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para conformar-se a elas.

Esses centros representam a evolução dos centros de identificação (CDI), previstos pela Lei Estadual nº 189/2002 (art. 32), para hospedar os requerentes de asilo, e entrou em funcionamento em 2004, com a aprovação do seu regulamento de execução (d.P.R. nº 303/2004).

O Decreto Legislativo nº 25/2008 também previu a emissão de um ou mais regulamentos de execução que, no entanto, não foram adotados ainda, assim continuam a aplicar-se à CARA, com as necessárias adaptações, as regras do regulamento de 2004.

A disciplina de 2008, em particular, identificou melhor os casos e as condições da retenção de um requerente de asilo em um CARA (art. 20), ao invés de em um CIE (art. 21), reservando-se o último caso às pessoas para as quais existem sérias razões para se suspeitar que cometeram graves crimes previstos no artigo 1º, parágrafo f, da Convenção de Genebra, ou para aqueles que foram condenados na Itália por alguns graves crimes (exaustivamente identificados), ou àquele que é o destinatário de uma medida de expulsão. A submissão do requerente de asilo em um CARA, no

³⁶ Essas diretrizes, juntamente com os dois Regulamentos (UE) nº 603/2013 e nº 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, todos os atos adoptados em 26 de junho, reveem as normas do Sistema Europeu Comum de Asilo.

³⁷ A partir de 20 de julho de 2015.

entanto, é ordenada pelo questor (art. 26, parágrafo 4º) nos seguintes casos taxativos: quando seja necessário determinar ou verificar a sua identidade ou nacionalidade, se o mesmo não está na posse de documentos de viagem ou de identidade, ou se no momento da chegada no território do Estado apresentou documentos falsos ou falsificados; quando ele apresentou o pedido depois de ser apreendido em condições de permanência irregular, ou ainda, por ter iludido ou tentar iludir o controle na fronteira.

No caso, no entanto, em que o requerente de asilo não foi acolhido em um CARA, nem foi detido em um CIE, mas foi emitida uma autorização de residência, este, se não tem meios suficientes para assegurar uma qualidade de vida adequada para a saúde e para sustento seu e de sua família, poderá solicitar, nos termos do Decreto Legislativo nº 140/2005, aceder (com sua família) às medidas de recepção previstas no “Sistema de proteção dos requerentes de asilo e refugiados” (SPRAR): um programa nacional de asilo criado em 2001, por um protocolo de acordo entre o Ministério do Interior, a Associação Nacional dos Municípios³⁸ italianos e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR); um programa com o qual os Entes locais podem aceder, nos limites dos recursos disponíveis, ao Fundo nacional para as políticas e serviços de asilo, a fim de garantir, com o apoio dos organismos do terceiro sector, intervenções “de acolhimento integradas” espalhadas sobre a totalidade do território nacional, que excedem apenas a distribuição de alimentação e alojamento, prevendo em modo complementar mesmo medidas de informação, acompanhamento, assistência e orientação, com a criação de percursos individuais de inclusão na vida social e econômica do País. Nestes casos o Comissariado de Polícia transmite à Prefeitura o pedido de acesso do requerente de asilo às medidas de acolhimento, e a Prefeitura é chamada a avaliar a insuficiência de meios de subsistência e a verificar a disponibilidade de lugares no SPRAR.³⁹ De modo que, quando o Comissariado de Polícia não encontra as condições para o acolhimento no CARA ou para a retenção no CIE, mas o requerente de asilo pede para ser recebido em uma estrutura dado que indigente, a Prefeitura procurará um lugar disponível no SPRAR, segundo as modalidades estabelecidas pelo Ministério do Interior. No entanto, se não há mais lugares disponíveis no SPRAR, o requerente de asilo poderá ser enviado a um CARA, em que a pessoa deveria de qualquer modo gozar dos mesmos direitos previstos para os requerentes acolhidos no SPRAR.

As circunstâncias pelas quais pode ser disposta a permanência obrigatória do requerente de asilo em um CARA ou em um CIE devem, contudo, ser revistas face à recente Diretiva nº 2013/33/UE, sobre o acolhimento dos requerentes de proteção internacional, que, no art. 8º, parágrafo 3º, contempla uma série muito vasta de hipóteses, que parecem aptas a envolver todas aquelas previstas nos artigos 20 e 21 do

³⁸ Comuni ou Enti locali.

³⁹ Art. 6, co. 2, d.lgs. n. 140/2005.

Decreto Legislativo nº 25/2008. Estabelece, de fato, que o requerente de proteção internacional pode ser retido: a) para determinar ou verificar a sua identidade ou nacionalidade; b) para determinar os elementos do pedido de proteção internacional, que não poderia ser obtido sem a detenção, especialmente se existe o risco de fuga do requerente; c) para deliberar, no âmbito de um procedimento, sobre o direito do requerente de entrar no território; d) no curso de um procedimento de repatriamento, segundo a Diretiva nº 2008/115/CE, ao fim de preparar o repatriamento e/ou efetuar o afastamento, quando o Estado membro interessado pode provar, com critérios objetivos, entre quais o facto que a pessoa em questão já tem tido a oportunidade de aceder ao procedimento de asilo, que existem fundadas razões para reter que a pessoa manifestou a vontade de apresentar a pergunta de proteção internacional unicamente para o objetivo de demorar ou impedir a execução da decisão de repatriamento; e) quando existem razões de segurança nacional ou de ordem pública; f) em conformidade com o artigo 28 do regulamento UE nº 604/2013 (regulamento Dublin III), que estabelece os critérios e os mecanismos de determinação do Estado membro competente para o exame de uma pergunta de proteção internacional, apresentada em um dos Estados membros do cidadão de um País terceiro ou do apátrida.

Um problema de conformidade da disciplina nacional com a Diretiva nº 2013/33/UE poderia provavelmente pôr-se no que se refere à hipótese da detenção do requerente de asilo em um CIE, pelo simples fato de que é destinatário de uma medida de expulsão ou de devolução, dado que, de acordo com o art. 10, par. 1º, co. 2 e 3, da diretiva, os requerentes, tanto quanto possível, devem ser colocados separados dos outros cidadãos de terceiros Países que não apresentaram pedido de proteção internacional; e, se não for possível dividi-los, o Estado-Membro deve, de qualquer modo, aplicar aos requerentes as condições de detenção previstas na mesma diretiva, que, contudo, contrariamente à legislação italiana sobre as condições de acolhimento nos CARA, não prevê expressamente o direito do requerente de asilo de sair livremente do centro durante o dia.

Em respeito, mais especificamente, à disciplina contida no Decreto Legislativo nº 25/2008, pode observar-se como esta, realmente a fim de diversificar a retenção do requerente de asilo no CARA, ao invés de no CIE, não somente utiliza as expressões “acolhimento”, “hospitalidade” e “residência” unicamente referindo-se ao CARA, apesar de, deve-se precisar, o requerente de asilo poder ser retido forçadamente no centro, mesmo contra a sua vontade, mas sobretudo permite ao requerente sair livremente do centro durante o dia, ou de pedir ao prefeito, por consideráveis razões pessoais ou por razões relativas à análise do pedido, uma permissão temporária de afastamento (do centro) por um período de tempo diferente ou superior àquele de saída (art. 20, co. 4). Não pode, por conseguinte, afastar-se do CARA fora do horário ou dos dias autorizados, sob pena de perder as condições de acolhimento

deste tipo de estrutura (art. 22, co. 2) e, se a competente Comissão territorial ainda não tenha decidido a sua demanda, poderá, entretanto, ser transferido para um CIE, com um significativo agravamento das suas condições de retenção, dado que lhe é absolutamente proibido sair deste último tipo de centro. O questor, de fato, servindo-se da força pública, é chamado a adotar todas as medidas que são necessárias para impedir o indevido afastamento dos CIE das pessoas lá retidas e para restabelecer imediatamente a medida de detenção forçada.⁴⁰

A permanência nos CARA não pode em todo caso durar mais de vinte ou de trinta e cinco dias, e ao expirar esse período de acolhimento deve ser emitida uma autorização de residência temporária ao requerente, válida por três meses e renovável até a decisão de seu pedido de asilo por parte da competente Comissão territorial.⁴¹

Diferentemente, a permanência forçada nos CIE pode durar atualmente por até dezoito meses, e, no fim do período, o estrangeiro, no caso em que não foi possível afastá-lo do território nacional, é obrigado de qualquer modo, por ordem do questor, a deixar o território do Estado em sete dias.⁴²

A detenção obrigatória nos CIE, no entanto, está sujeita por lei à validação por um juiz, em oposição aos CARA, que, da mesma forma exigida a permanência obrigatória que existe nos CPSA ou nos CDA, não está sujeita à revisão judicial, mesmo quando dura mais de quarenta e oito horas. Isso é bastante complexo, certamente em termos de tratamento desigual em situações semelhantes, até mesmo criminais, apenas na medida em que o procedimento pelo qual o questor estabelece o envio e a permanência do requerente de asilo para um CARA não seja submetido à validação posterior de um juiz, mesmo no caso em que a permanência forçada em um CARA seja considerada apenas uma medida restritiva da liberdade de circulação e residência, mas não também da liberdade pessoal, como tal, portanto, abrangidos pelo âmbito do artigo 16 da Constituição, que não prevê expressamente a reserva de jurisdição para as restrições à liberdade de circulação e residência. Se se olha, de fato, às medidas cautelares identificadas no Código de Processo Penal, especialmente as que limitam, de vários modos, a liberdade da pessoa (art. 272 e seguintes), privativas de liberdade ou não, como, para citar alguns exemplos, a prisão domiciliar ou a obrigação de permanecer, estas são expressamente sujeitas à garantia da reserva de jurisdição prevista no artigo 13 da Constituição.

⁴⁰ Art. 14, co. 7, d. lgs. n. 286/1998, art. 21, co. 1 e 9, d.P.R. n. 394/1999.

⁴¹ A Comissão deve, em cada caso, realizar a entrevista com o requerente no prazo de trinta dias do recebimento do pedido e decidir, via de regra, dentro de três dias depois, a não ser que surja a necessidade de adquirir novos elementos, tendo, no entanto, neste caso, informar do atraso na decisão ao requerente e à polícia competente (art. 27). Se a Comissão decidir, em seguida, por rejeitar o pedido no sentido de que não atende os requisitos para a emissão de uma autorização de residência por razões humanitárias graves ou por outro motivo, o requerente, ultrapassado o prazo de trinta dias para o recurso, é obrigado a deixar o território e as ordens de expulsão preveem o acompanhamento pelo questore até a fronteira por meio da força pública (art. 32, par. 4º).

⁴² Art. 14, co. 5-bis, d.lgs. n. 286/1998.

Já no que diz respeito ao número de centros estabelecidos como CARA, no site do Ministério do Interior são identificados nove, com uma capacidade de aproximadamente três mil e oitocentos lugares,⁴³ alguns dos quais também exercem a função de CDA, assim como estabelece a resolução de 2004, que permite ao ministro alocar (por decreto) a estrutura estabelecida como CDA à finalidade própria dos CARA (artigo 5º DPR 303/2004).

Desde sua origem, por outro lado, o sistema de acolhimento para solicitantes de asilo foi concebido como um desdobramento do sistema de recepção para as boat people, tanto assim que alguns CDA tinham começado a funcionar como CARA desde 2002, na ausência de uma disposição legal e de acordo com um regime detentivo muito rigoroso.

Esta proximidade entre CARA CPSA, CDA e CIE continua a persistir por outros motivos relacionados como, por exemplo, o número limitado de lugares disponíveis nos CARA, o que significa que os requerentes de asilo já passaram por um CPSA ou um CDA ou foram muitas vezes enviados para outros CDA ou pior, aos CIE; ou a preparação de diferentes estruturas, embora separadas umas das outras, dentro da mesma área fechada, como acontece, por exemplo, em Pian del Lago, na província de Caltanissetta.

Apesar da tentativa de mitigar a disciplina lançada em 2002, as normas italianas e europeias ainda permitem que se utilize de modo generalizado a detenção de requerentes de asilo, e isso, a despeito da previsão do artigo. 20, parág. 1º, do Decreto Legislativo nº 25/2008, no sentido de reafirmar o princípio de que “A recorrente não pode ser detida em solo apenas com o objetivo de ter seu pedido examinado”, este princípio foi reiterado várias vezes, inclusive por meio de regulamento e diretivas da UE em 26 de junho, que afirma que os Estados-Membros não devem manter uma pessoa detida pela simples razão de ser um requerente de asilo.⁴⁴

Por outro lado, os casos que agora permitem ao questore de ter que enviar o requerente de asilo para um CARA cobrem a quase totalidade de hipóteses, relegando a *fattispecie* residual à livre circulação do requerente no território do Estado requerente com uma autorização de permanência temporária, reservada apenas para o estrangeiro, em última análise, identificado ou facilmente identificável, que surge espontaneamente (antes de ser parado) para as forças de segurança pública e solicita proteção internacional.

De fato, a normativa italiana trata o requerente de asilo como um sujeito perigoso, que deve ser mantido sob estrita vigilância, ao ponto de que mesmo quando

⁴³ Bari Palese, Area aeroportuale, 744 posti; Brindisi, Restinco, 128 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 96 posti; Crotone, località Sant’Anna, 875 posti; Foggia, Borgo Mezzanone, 856 posti; Gorizia, Gradisca d’Isonzo, 138 posti; Roma, Castelnuovo di Porto, 650 posti; Trapani, Salina Grande, 260 posti; Ancona, Arcevia, 68 posti.

⁴⁴ Art. 28, Regulamento nº 2013/604/UE; art. 26, Diretiva nº 2013/32/UE; art. 8, Diretiva nº 2013/33/UE.

liberado pelo vencimento de seu termo de detenção, ele é obrigado a comunicar seu domicílio às forças de segurança pública (artigo 22, parágrafo 1º, do Decreto Legislativo nº 25/2008), enquanto que, durante o seu período de detenção no CARA, é privado de autorização para residência e goza de direitos apenas na medida em que resida dentro do centro.

4.3 Centros de identificação e de expulsão (CIE)

Os primeiros CIEs foram formalmente instituídos em 1998, com decretos ministeriais, em regulamentação das disposições contidas na Lei Delegada nº 40/1998 (art. 12) e no Texto único sobre Imigração (art. 14).

No site do Ministério do Interior são identificados treze CIEs com uma capacidade para cerca de mil e novecentas pessoas,⁴⁵ alguns dos quais, no entanto, diz-se, agora estão fechados ou operando com capacidade reduzida para trabalhos de reestruturação.⁴⁶

Estão espalhados de maneira uniforme sobre o território italiano e hospedam grupos muito heterogêneos de pessoas: requerentes de asilo; estrangeiros recém-desembarcados no território italiano; estrangeiros que se estabeleceram durante um longo tempo na Itália, muitas vezes com a família e as crianças nascidas em território italiano (por exemplo: imigrantes que perdem a permissão de residência por causa de um licenciamento); estrangeiros provenientes da prisão, depois de ter cumprido crime comum. Boa parte dessas pessoas, por outro lado, é composta de grupos particularmente vulneráveis, como dependentes químicos, vítimas de tráfico, ex-detentos endurecidos pela longa permanência de cumprimento de pena, que manifestam estados de mal-estar crônico, aumentando ainda mais a tensão já elevada, no âmbito interno da estrutura, com tentativas de suicídio, atos de autoflagelo, insônia, depressão e comportamentos agressivos.⁴⁷

Para confirmar o caráter punitivo que os CIE assumiram ao longo do tempo, todos os relatórios publicados sobre o assunto revelam como eles vêm funcionando

⁴⁵ Bari, Palese, area aeroportuale, 196 posti; Bologna, Caserma Chiarini, 95 posti; Brindisi, Restinco, 83 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago, 96 posti; Catanzaro, Lamezia Terme, 80 posti; Crotone, S. Anna, 124 posti; Gorizia, Gradisca d'Isonzo, 248 posti; Milano, Via Corelli, 132 posti; Modena, Località Sant'Anna, 60 posti; Roma, Ponte Galeria, 360 posti; Torino, Corso Brunelleschi, 180 posti; Trapani, Serraino Vulpitta, 43 posti; Trapani, Milo, 204 posti.

⁴⁶ Este ano, no relatório (mencionado acima) do Ministério do Interior, deve-se notar que as estruturas de Restinco, Brindisi, e Serraino Vulpitta, Trapani, estão fechadas para reforma, enquanto que os de Bari, Bolonha, Caltanissetta, Crotone, Gorizia, Milão, Modena, Roma e Turim, estão operando com capacidade reduzida devido aos danos às instalações, para as quais existem obras de restauro em curso, a CIE de Lamezia Terme não é, no entanto, operacional, porque o uso a que se destina a estrutura não era elegível. Em meados de agosto deste ano, foi fechada também o CIE "St. Anne", na Ilha de Capo Rizzuto, na província de Crotone, especialmente por causa dos danos causados à estrutura, em face de uma revolta que eclodiu depois da morte de um imigrante.

⁴⁷ Tais situações são destaque nas queixas e denúncias de Médicos Sem Fronteiras, em 2010, e Médicos pelos Direitos Humanos, este ano.

como verdadeiros prolongamentos do sistema carcerário italiano, com condições higiênicas e sanitárias muitas vezes pior do que aquelas dos institutos penitenciários. Entre as pessoas detidas, de fato, a maior parte são sujeitos que cumpriram uma sanção penal por um crime comum e que, uma vez soltos, estão sujeitos a uma ordem de detenção enquanto esperam sua deportação. Isso é determinado pela incapacidade das autoridades italianas para averiguar a identidade do estrangeiro durante o período de encarceramento, produzindo uma prorrogação indevida do prazo de detenção para além dos limites da condenação criminal já cumprida.

A situação é ainda agravada pelo fato de que muitos estrangeiros detidos em um CIE já passaram por vários períodos de detenção, sem que a ordem de expulsão tenha sido executada. Tais estrangeiros, contra os quais a expulsão não é realmente executável, acabam sendo presos em um ciclo vicioso de detenção continuada, incluindo prisões e CIE, o que é absolutamente ilegal do ponto de vista do direito internacional. O mesmo governo italiano, que em 2007 apresentou um projeto de reforma da lei de imigração, reconheceu a estreita ligação entre a prisão e os centros para estrangeiros, denunciando o mecanismo perverso em que muitos estão presos. Um mecanismo que é percebido como uma grave injustiça por estrangeiros, que muitas vezes não entendem a razão de continuarem detidos mesmo depois do cumprimento da pena.

Uma pesquisa sobre os CIEs, apresentada em Roma, no último dia 13 de maio, pela organização humanitária Medici per i diritti umani (MEdu), lança luz sobre várias questões críticas, incluindo: a inadequação flagrante e congênita destas estruturas na proteção da dignidade e dos direitos fundamentais dos detidos, como saúde e acesso aos cuidados; a falta de eficácia da detenção administrativa na luta contra a imigração ilegal; a extensão do período máximo de detenção por um ano e meio, que não só não teve qualquer efeito significativo, a fim de assegurar o repatriamento, mas, além disso, têm contribuído para agravar a tensão a um ritmo alarmante nos centros; a ineficiência do CIE, que, na verdade, para além do custo humano que irá determinar os custos econômicos da gestão, acompanhamento, manutenção e reparação de estruturas, que não são, de forma alguma, compatíveis com os modestos resultados efetivamente obtidos no combate à imigração ilegal.

Levando em conta esses problemas, portanto, há aqueles que acreditam que tais centros devem ser fechados ou reduzidos a medidas excepcionais, todas de caráter residual, proporcionando, simultaneamente, novas ferramentas para prevenir e combater a imigração ilegal, caracterizada pelo respeito aos direitos humanos, com uma maior racionalidade e eficácia.

Em comparação com o atual sistema do CIE haveria algumas estratégias básicas, algumas das quais já foram identificadas em 2007 pelo governo, incluindo: a diversificação de respostas para categorias de pessoas; adequação e proporcionalidade das medidas de intervenção; uma maior transparência e envolvimento da sociedade civil, permitindo que a imprensa, autoridades locais e organizações voluntárias

possam entrar facilmente nos centros, de modo a fomentar a colaboração entre o imigrante e as autoridades. Em particular, neste último ponto, pode-se verificar se subsistem as condições para facilitar o repatriamento de estrangeiros irregulares, com o apoio financeiro, a fim de realizar seu projeto de vida no país de origem, aproveitando-se dos programas de repatriação voluntária e assistida, instituída pela Lei nº 129/2011.⁴⁸ Por outro lado, para os cidadãos não comunitários, que resultam de retorno irregular, chamados *overstayers*, pode-se pensar em uma alternativa à expulsão, se essas pessoas, antes de caírem na irregularidade, já viveram ou trabalharam na Itália, fornecendo, por exemplo, uma autorização de residência com vista a encontrar um emprego.

4.3.1 As condições para a detenção nos CIE segundo a Diretiva Europeia nº 115/2008 e a Lei Italiana de Transposição nº 129/2011

A aprovação em 2008 da Diretiva Europeia sobre o Repatriamento forçou o governo italiano a uma modificação parcial das normas sobre a detenção administrativa de imigrantes no processo de deportação para ingresso ou permanência ilegais.

A diretiva, não obstante, também introduziu algumas medidas piores nesta matéria, tais como: a extensão do período máximo de prisão por até 18 meses, quando, após os primeiros seis meses, apesar de terem sido feitos “todos os esforços razoáveis”, os riscos de operação de remoção podem durar mais tempo, devido à “falta de cooperação” por parte do estrangeiro ou tendo em vista “atrasos na obtenção da documentação necessária junto de terceiros países” (art. 15, parágrafos 5º e 6º); o direito dos Estados-Membros a adiar a revisão judicial de detenção, quando, devido a uma situação de afluxo maciço, deve providenciar o repatriamento de um número excepcionalmente grande de estrangeiros (art. 18); a possibilidade (dos Estados-Membros) de não aplicar as disposições da diretiva aos estrangeiros “devolvidos na fronteira”, com a conseqüente liberdade de prever um tratamento menos favorável para pessoas interceptadas nas áreas de fronteira (art. 2º, par. 2º, alínea a). Não foi, entre outras coisas, vetada em absoluto a detenção de menores, que podem ser detidos, mas “apenas se não houver outra solução”,⁴⁹ tampouco foi prevista uma exigência de estabelecer um mecanismo de monitoramento independente dos centros para migrantes.

⁴⁸ Art. 14-ter, TUI.

⁴⁹ Artigo 17, da Diretiva nº 2008/115/CE. A recente Diretiva nº 2013/33/UE, no acolhimento dos requerentes de proteção internacional, não proibiu absolutamente a detenção de menores, prevendo que eles podem ser “detidos em último recurso e depois de se verificar que nenhuma das medidas alternativas menos coercivas pode ser eficazmente aplicada” (art. 11, par. 2º).

Em termos de garantias substantivas, a diretiva parece privilegiar, no entanto, a escolha do instrumento a ser utilizado para a repatriação de um cidadão de um terceiro país ilegalmente presente no território europeu, a medida de concessão de um termo de “partida voluntária” (art. 7º), estabelecendo como residual e excepcional o recurso a instrumentos coercitivos e detentivos: os Estados, na verdade, devem antes de tudo dar ao estrangeiro um prazo razoável para a repatriação voluntária, compreendendo, geralmente, de sete a trinta dias (reduzíveis ou prorrogáveis, conforme as condições especificadas pela norma), podendo recorrer, no entanto, da expulsão com acompanhamento forçado, ou de eventual detenção em uma estrutura, apenas na presença de determinados pressupostos.

No que diz respeito especificamente à detenção em um centro de detenção (do estrangeiro ilegal em vias de expulsão), fica estabelecido que os Estados só podem dela recorrer nas seguintes condições: “Se no caso concreto não podem ser aplicadas outras medidas menos coercitivas” e “só a fim de preparar o repatriamento voluntário e/ou realizar a remoção” e “em particular quando há um perigo de fuga ou a pessoa em causa evitar ou obstaculizar a expulsão” (art. 15, par. 1º, alíneas a e b). A diretiva parece referir-se aos princípios da necessidade e da proporcionalidade na aplicação de detenção, que são também referidos no parágrafo 16 do preâmbulo, cujo alcance garantístico pode, contudo, ser (parcialmente) comprometido pelo inciso “em particular”, se interpretado no sentido de considerar a enumeração dos dois casos não exaustiva, deixando, assim, sobre os Estados-Membros uma certa margem de apreciação discricionária na identificação de outras hipóteses.

O “risco de fuga” é compreendido pela diretiva como “a existência de razões em um caso individual, com base em critérios objetivos definidos por lei, para acreditar que um cidadão de um terceiro país, objeto de um procedimento de repatriamento, possa tentar a fuga” (art. 3º n. 7), deixa, em concreto, os Estados membros livres para definir o conteúdo da lei, tanto assim que a Itália tem ampliado muito o seu alcance,⁵⁰ com a introdução de uma série de hipóteses questionáveis em relação ao fato de que elas possam efetivamente integrar os pressupostos do perigo de fuga, que acabou por abranger a maioria dos estrangeiros a serem devolvidos, reduzindo a possibilidade de conceder um prazo para partida voluntária.

A detenção para efeitos de isolamento deve ser considerada, em qualquer caso, na linha da diretiva, uma medida de extrema ratio, utilizável apenas quando outras medidas menos penosas (como, por exemplo, a obrigação de permanência ou de apresentar-se periodicamente às autoridades, a entrega de certos documentos ou prova de segurança financeira adequada) não são aplicáveis no caso concreto. Os Estados, entre outras coisas, são obrigados à libertação imediata do interessado,

⁵⁰ Cfr. art. 13, co. 4-bis, TUI.

quando não há mais qualquer perspectiva razoável de remoção por razões legais ou por outras razões, ou que não existam mais as condições para a detenção (art. 15, par. 4º).

Somente em 2011 a Itália concluiu a transposição da diretiva, ainda que com um endurecimento das regras (art. 14, TUI).

A Lei nº 129/2011 teve que transformar a expulsão com acompanhamento forçado e detenção em um dos centros de detenção para estrangeiros em última hipótese, favorecendo o mecanismo de repatriamento voluntário; ao fazê-lo, no entanto, fez uso completo de todas as margens interpretativas que a diretiva dava aos Estados membros, limitando ao máximo o tratamento mais favorável para o estrangeiro. Como regra geral, é de fato este último quem deve pedir um prazo para a repatriação voluntária, enquanto a concessão deste prazo é geralmente subordinada à verificação por parte da autoridade de segurança pública de posse de adequadas fontes de renda e de aplicação de uma ou mais medidas cautelares não detentivas, como a custódia do passaporte ou de outro documento equivalente, a ser devolvido no momento da partida, ou a obrigação de viver em um lugar previamente identificado, onde pode ser facilmente rastreado, ou, finalmente, a obrigação de apresentar-se periodicamente perante um escritório da segurança pública.

Além das hipóteses nas quais o estrangeiro não exerce a faculdade de solicitar um prazo para a partida voluntária, a deportação é realizada em uma variedade extremamente ampla de casos, e, em especial, quando: seja adotada por razões de ordem pública ou de segurança nacional, de prevenção de atividades terroristas ou de perigo social; existe o perigo de fuga, derivado de uma série de pistas taxativamente enumeradas, algumas das quais (veremos) controvertidas; o pedido de autorização de residência foi rejeitado, manifestamente infundado ou fraudulento; o estrangeiro tenha violado uma das medidas coercitivas impostas em conexão com a concessão de um prazo para a repatriação voluntária, ou colocado em alternativa à detenção; a deportação seja consequência de uma sanção penal, de uma medida de segurança, ou de uma sanção alternativa ou substitutiva de detenção.

Quando, porém, não seja possível seguir imediatamente a expulsão mediante acompanhamento forçado à fronteira ou devolução, “por causa de situações transitórias”, que obstaculizam a preparação do repatriamento ou a realização da remoção, a autoridade de segurança pública tem o poder de adotar — com decreto escrito, motivado e traduzido para língua conhecida do estrangeiro⁵¹ — uma medida de detenção no CIE mais próximo.

⁵¹ Ou, se não for possível, em Inglês, Francês ou Espanhol, com preferência ao indicado pelo interessado (art. 13, co. 7, art. 2, co. 6, TUI).

4.3.2 Questões de inconstitucionalidade e de incompatibilidade com o direito comunitário da legislação nacional sobre os CIEs

A atual redação da norma do Texto único sobre Imigrações, que disciplina as condições para a detenção nos CIE, a fim de garantir a execução do processo de expulsão, não exequível imediatamente (artigo 14, parágrafo 1º) é bastante ampla e indeterminada, deixando para a polícia grande margem de discricionabilidade, ao contrário da versão anteriormente em vigor, que estabelecia quatro hipóteses bem definidas e taxativas dos casos de detenção: necessidade de “prestar socorro” ou “efetuar investigações sobre a identidade ou nacionalidade do migrante” ou “adquirir documentos de viagem” ou “a disponibilidade de um vetor”. Agora estas situações, ao contrário, em conjunto com as hipóteses (listadas exaustivamente) de perigo de fuga, aparecem rebaixadas para meros exemplos, podendo a detenção ser usada nos casos de não se precisar melhores “situações transitórias”.

Assim, a disposição neste ponto pode levantar problemas de inconstitucionalidade, nos termos do art. 13 da Constituição,⁵² por violação ao princípio da legalidade, devido à imprecisão da norma na individuação dos casos que justificam a aplicação de uma medida restritiva da liberdade individual, como é a detenção em um centro para identificação e expulsão (CIE).

As hipóteses singulares de detenção, antes ressaltadas, por outro lado, não impedem que satisfaçam o duplo critério de “perigo de fuga” e de “ausência de cooperação” do estrangeiro, imposto pela diretiva de retorno aos Estados membros que buscam deter os cidadãos de um terceiro País.

Então, observando-se as hipóteses de “risco de fuga”,⁵³ contempladas quando da expulsão executada pela autoridade até a fronteira, por meio da força pública, mas que também é prevista na disposição que trata de detenção, cujas circunstâncias adicionais podem legitimar a aplicação (pela autoridade) desta última medida, algumas delas — como, por exemplo, “não portar um passaporte ou outro documento equivalente, válido” ou “a falta de documentação adequada para demonstrar a existência de habitação em que (o estrangeiro) pode ser facilmente encontrado” — poderiam levar a uma “evasão substancial” do vínculo comunitário, respeitado apenas formalmente,⁵⁴ embora a norma que imponha ao prefeito, ainda que na presença de

⁵² Assim, ver também: G. Savio (a cura di), *Codice dell’immigrazione*, Rimini, 2012, p. 146.

⁵³ Art. 13, co. 4-bis.

⁵⁴ F. Vassallo Paleologo, *Dall’accoglienza alla detenzione amministrativa: gli effetti di uno stato di emergenza permanente*, in www.meltingpot.org, 2012, observa o conceito de risco de fuga ou sob a circunstância de que o interessado possa evitar obstáculos ao preparo do retorno ou da remoção, as autoridades de segurança pública na elaboração das medidas de remoção e detenção forçada, podem recorrer, em alguns casos, a uma fórmula que, aparentemente, tem em conta a situação individual dos destinatários, mas que, em essência, reproduzem avaliações estereotipadas que revelam as necessidades individuais das situações individuais exigidas pela diretiva comunitária.

determinada circunstância de resolver, caso a caso, se constitui realmente o perigo de que o estrangeiro possa escapar da execução voluntária da ordem de expulsão.⁵⁵

Do mesmo modo, o princípio da proporcionalidade seria igualmente titubeante, porque a detenção administrativa, apesar de ter um impacto na liberdade pessoal, em comparação com a expulsão com acompanhamento até a fronteira pela polícia, pode ser essencialmente ordenada pela autoridade de fazer uso das mesmas situações que configuram o risco de fuga e que legitimam a remoção forçada.⁵⁶

Se ressalta, ainda, que as modalidades com as quais se explica a detenção não são determinadas pela lei mas pelo regulamento (d.P.R. nº 394/1999), que estabelece, no entanto, importantes direitos dos detentos,⁵⁷ como, por exemplo, a liberdade de expressão e de correspondência, incluindo a telefônica,⁵⁸ a garantia dos serviços sanitários essenciais, as intervenções de socializações e à liberdade de culto, o acompanhamento junto a locais de cura, ou junto ao Judiciário, ou ao representante diplomático (ou consular) correspondente. O fato de que, no entanto, as modalidades de detenção não estão previstas na lei, violaria, também neste caso o art. 13, parágrafo 2º, da Constituição, por força do qual, não apenas os “casos”, mas também as “modalidades” de aplicação de medidas restritivas de liberdade deveriam ter sido previstas “apenas” pela lei.⁵⁹

⁵⁵ Entre os casos que configuram o risco de fuga, alguns deles, como “não portar um passaporte ou outro documento equivalente válido” ou “a falta de documentação adequada para demonstrar a disponibilidade de um alojamento onde ele possa ser facilmente localizado” ou “se fez genericamente alguma declaração falsa”, não constitui necessariamente um elemento a comprovar o risco de fuga, como no primeiro caso, a falta de um passaporte pode ser devido ao fato de que este documento não foi renovado por parte das autoridades diplomáticas ou consulares do país de origem do imigrante, por razões não relacionadas com os interesses protegidos pela lei italiana (como, por exemplo, a falha de “obrigação militar”), a falta de documentação apropriada para alojamento, no entanto, se pode anular a imposição da obrigatoriedade de residência (desde que, art. 7º, par. 3º, da Diretiva, como uma das obrigações que podem ser impostas pelo Estado, durante o período permitido para a partida voluntária, a fim de evitar o risco de fuga), não significa que constitui necessariamente um elemento presuntivo de risco de fuga, tais como, por exemplo, no caso de um contrato de arrendamento “no preto” por motivos fora do controle do deportando, da mesma forma, também o caso genérico de certificação ou declaração de informações falsas anteriormente — que a regra é não vinculante a ocorrência de uma condenação de um estrangeiro por violação do art. 495, c. p, o que pode justificar a assunção do risco em questão. Também pode ser remota ao longo do tempo, como não dar caráter atual ao “risco de fuga”, ou que tenham sido posteriormente sanados pela emissão de uma autorização de residência.

⁵⁶ Nestes termos, M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 341.

⁵⁷ Para aprofundamento sobre o tema de imigrantes irregulares: M. Immordino, *La salute degli immigrati irregolari tra “certezza” del diritto e “incertezza” della sua effettività*, O. Spataro, *I diritti degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, numero monografico, *Diritto dell’immigrazione e diritti dei migranti*, a cura di M. Immordino e C. Celone, n. 2-3/2013, pp. 197 ss., 269 ss.; E. Codini, *Immigrazione e stato sociale*, in *Dir. pub.*, 2012, p. 599 ss., spec. p. 608 ss.; G. Corso, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2012, p. 377 ss., spec. pp. 392-393; M. R. Spasiano, *Principi sull’immigrazione*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, cit., p. 9 ss., spec. p. 14 ss.; C. Corsi, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Dir., Imm. e Citt.*, 2012, p. 45 ss.; AA. VV., *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, a cura di R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, Napoli, 2010.

⁵⁸ Também o art. 12 da Lei nº 40/1998, parágrafo 2º, prevê que ao estrangeiro seja assegurada a liberdade de correspondência assim como a telefônica ao exterior e, em geral, que seja detido no centro com modalidade tal de assegurar a necessária assistência e o pleno respeito à sua dignidade.

⁵⁹ Sobre as várias dúvidas a respeito da inconstitucionalidade que a CIE ressalta, si v. A. De Martino, *La disciplina dei “c.i.e.” è incostituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2012.

Os pressupostos de detenção em um centro de identificação e expulsão (CIE) estão sujeitos a um amplo poder discricionário da autoridade de segurança pública, não respondendo plenamente aos requisitos de necessidade e urgência, nem de estrita legalidade, proporcionalidade e extrema ratio, no conjunto, configuram a privação da liberdade privada do estrangeiro não como exceção mas como regra, isto é, como modo ordinário de dar execução ao processo de expulsão, em contraste com a diretiva de retorno e com a disposição constitucional.

Para adequar o processo administrativo de detenção às garantias constitucionais, a lei prevê que a autoridade de segurança pública deva remetê-lo, em até 48 horas da adoção da medida, ao “juiz de paz” para convalidação da mesma. Mas estabelecer, por outro lado, que o juiz, chamado a decidir sobre a convalidação, com decisão motivada, nas 48 horas sucessivas, deve primeiro submeter a referida medida à uma avaliação detalhada de sua legitimidade, verificando a conformidade com os termos e a subsistência dos requisitos previstos nos artigos 13 e 14 do TUI.

Então, se a prática de alguns juizes fosse de considerar o ato de convalidação um ato meramente formal,⁶⁰ limitado a verificar apenas a simples existência no decreto de expulsão do respeito aos termos e fundamentados nas razões para a detenção, que geralmente se dá com um “x” marcado ao lado dos itens previstos nos formulários previamente impressos, o que seria contrário às exigências da lei e às garantias constitucionais sobre o efetivo exercício do direito de defesa.

No que diz respeito à duração da detenção, se viu que pode ser prorrogada a um máximo de dezoito meses,⁶¹ com intervalos iniciais de trinta mais trinta dias, depois de sessenta mais sessenta dias e, depois os primeiros cento e oitenta dias, até um máximo de sessenta dias cada um.

Essa recente extensão a respeito da duração máxima da detenção parece conflitar com um outro limite previsto no artigo 13, parágrafo 3º, da Constituição: aquele da necessária provisoriedade do procedimento restritivo da liberdade privada.

Na versão original do Texto único, o prazo máximo era indicado em 20 dias, prorrogável por mais dez, desde que fosse “iminente a eliminação do impedimento da

⁶⁰ F. Vassallo Paleologo, La direttiva comunitaria sui rimpatri e i diritti fondamentali dei migranti tra norme di attuazione e prassi applicative, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde e A. A. Genna, Torino, 2012, p. 231; Id., I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei Centri di identificazione ed espulsione, in www.asgi.it, 2012, pp. 3, 5, observa como a convalidação do juiz de paz tem sido comumente “meramente formal”, limitada a valoração dos requisitos formais do procedimento, sem considerar no mérito seus fundamentos, em atenção ao contraditório, de qualquer modo “coletivo”, sem nenhuma atenção às posições individuais das pessoas individuais e sem consentir com o efetivo exercício do direito de defesa, para além da presença, muitas vezes silenciosa do advogado dativo.

⁶¹ Nesses casos, frequentes na prática, em que não é possível proceder ao acompanhamento coercitiva do estrangeiro expulso ou dispensado, nem foi possível ordenar sua detenção em um CIE ou medidas alternativas à prisão, ou mantê-lo nesta estrutura, nem se permitiu a expulsão do território nacional, o comissário ordena o estrangeiro a deixar o país dentro de sete dias e qualquer falha em cumprir a ordem é crime, punível com multa (art. 14, co. 5-bis e ss.).

expulsão ou da devolução”. O Tribunal Constitucional considerou então razoável esse tempo, também tendo em vista o fato de que o período de tempo não deve ser consumido por completo, mas a detenção deve durar o tempo estritamente necessário (como continua a prescrever hoje – art. 14, par. 1º, do TUI), e assim, se concorrerem as condições, a medida deveria cessar antes do término do prazo final.⁶²

Após esta decisão, no entanto, os limites máximos de tempo primeiramente foram duplicados (de trinta a sessenta dias, com a Lei nº 189/2002), em seguida, passaram a seis meses (com a Lei nº 94/2009), enfim, com Lei nº 129/2011, prorrogados por até 18 meses (art. 14, par. 5, TUI), no mesmo sentido, por outro lado, com as próprias exigências da Diretiva de Retorno (art. 15), que, por esta razão, tem sido muito criticada.

A diretiva estabelece, todavia, não só ao fim da detenção, como já visto, mas também a eventual prorrogação do mesmo prazo para os primeiros seis meses, e portanto, condições mais restritivas do que as do texto unificado, que, no entanto, lembra as mesmas condições da diretiva apenas para os últimos doze meses de detenção.

De acordo com a diretiva, a detenção, em particular, pode persistir durante os primeiros seis meses, mas somente se as duas condições que a legitimaram persistirem (risco de fuga, ou impedimentos ou obstáculos para a preparação ao repatriamento ou à remoção) e apenas durante o período necessário para assegurar a aplicação da remoção, enquanto o prolongamento do prazo da detenção nos sucessivos doze meses só pode acontecer nos casos em que, apesar de todos os esforços razoáveis, falta cooperação por parte do cidadão de um terceiro país interessado ou há um atraso na obtenção de documentos necessários junto de terceiros países.

Segundo o Texto único (art. 14, co. 5), ao contrário, o pressuposto da primeira prorrogação (dos subsequentes 30 dias) é individuado apenas em “graves dificuldades” encontradas para “determinação da identidade e da nacionalidade do ou [para] a aquisição de documentos para a viagem” independentemente, portanto, de estar presente ou não o risco de fuga, ou a falta de cooperação do sujeito, enquanto para as duas prorrogações subsequentes de 60 dias cada, a regra é que devem permanecer ou persistirem as condições iniciais, ou seja, aquelas que justificaram o primeiro período de detenção (de 30 dias). É apenas após os primeiros seis meses de estadia no centro que a regra fica em total conformidade com os requisitos da diretiva, o que permite a repetição das “mesmas condições”, para que o questore possa exigir, de tempos em tempos ao magistrado, novas prorrogações da detenção “por períodos não superiores a 60 dias”, até um período máximo de doze meses.

Questiona-se, portanto, se esta nova disciplina da duração da detenção de até dezoito meses deve, desta vez, ser considerada “não razoável” pela Corte

⁶² Corte Constitucional, Sentença nº 105/2001, cit.

Constitucional e incompatível com a previsão constitucional da “provisoriedade” do procedimento restritivo da liberdade privada.⁶³

A isto se soma a anômala configuração do título legitimante da detenção e suas várias prorrogações, representado pelo decreto de validação iniciado por um juiz não togado, que é o juiz de paz. A validação judicial que, estando pelo menos de acordo com o texto da disposição, comporta automaticamente a permanência do estrangeiro no CIE por um período de trinta dias, já pré-determinado pela lei. Ao contrário do que estabelece o Código de Processo Penal, sobre as medidas cautelares, ao juiz de paz, sobre esta matéria, em relação às circunstâncias do caso concreto, sujeitas a seu conhecimento, é, portanto, vedado, certamente com a primeira validação, de estabelecer um período de restrição da liberdade pessoal menor do que a preestabelecida. Decisão, esta última que, estando sempre de acordo com o texto literal da norma, não parece, no entanto, necessariamente precluso ao juiz a concessão de sucessivas prorrogações, tendo em vista o fato de que o legislador, no que respeita à primeira prorrogação, utiliza-se do auxiliar “pode” quando se refere ao poder de o tribunal estender, à pedido do questore, o prazo por mais trinta dias, o que não impede de interpretar a disposição no sentido de que o juiz, em relação ao caso específico, também possa prorrogar o prazo por um tempo inferior àquele solicitado; no que diz respeito, no entanto, às duas prorrogações de 60 dias cada, e as posteriores, não superiores a 60 dias, a regra só se refere à capacidade do questore de solicitar ao juiz para prorrogar o mesmo prazo; mesmo nesses casos, não seria proibido que concedesse a prorrogação da detenção, reduzindo-lhe o prazo, em razão de sua valoração sobre as circunstâncias de cada caso concreto

É apenas o questore, designadamente, que pode executar o repatriamento ou devolução antes do decurso do prazo de detenção especificado no decreto de validação, sem atraso em notificar o juiz (art. 14, par. 5º), de modo que o controle judicial da duração da detenção resulta um pouco enfraquecido, enquanto a decisão sobre o seu término, neste caso, é reservada exclusivamente à autoridade administrativa, com a conseqüente dúvida sobre a constitucionalidade da nova disciplina sobre a convalidação da detenção, especialmente sob os contornos da efetividade do controle jurisdicional.

Além disso, diferentemente da validação da detenção em casos de prorrogação da mesma, a norma não prevê expressamente, para garantia do direito de defesa, uma audiência em que o interessado possa exercer o contraditório acompanhado de seu defensor, embora sobre o assunto já tenha se manifestado a Corte de Cassação,⁶⁴ no

⁶³ C. Corsi, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 37.

⁶⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 24 febbraio 2010, n. 4544; Cass. civ., sez. I, sentenza 8 giugno 2010, n. 13767; Cass. civ., sez. VI, ord. 15 giugno 2011, n. 13117.

sentido de esclarecer que as garantias adequadas da ampla defesa e do contraditório entre as partes e a defesa, através da companhia do defensor e da oitiva do sujeito interessado, previsto explicitamente para a primeira detenção, também deve ser assegurada quando da decisão sobre o pedido de prorrogação, de acordo com uma leitura constitucional da norma que, embora não a reitere expressamente, a contém implicitamente, até porque uma interpretação contrária levaria a uma violação dos princípios consagrados nos artigos 3º, 24 e 111 da Constituição.

Este enfraquecimento do princípio da reserva de jurisdição, em tema de detenção, poderia ter sido eventualmente superado se o legislador tivesse dado plena aplicação à diretiva de 2008 sobre repatriamento que, no art. 15, par. 3º, prescreve “Em todo o caso, a detenção é objeto de reapreciação a intervalos razoáveis, quer a pedido do nacional de país terceiro em causa, quer oficiosamente. No caso de períodos de detenção prolongados, as reapreciações são objeto de fiscalização pelas autoridades judiciais”; enquanto no par. 4º: “Quando, por razões de natureza jurídica ou outra ou por terem deixado de se verificar as condições enunciadas no n. 1, se afigure já não existir uma perspectiva razoável de afastamento, a detenção deixa de se justificar e a pessoa em causa é libertada imediatamente”. Estas disposições, que não foram trazidas ao direito interno pela Lei de Recepção nº 129/2011, mas que impõem o instituto de reexame judicial da detenção e a obrigação correspondente de imediata liberação do estrangeiro em face da ausência de condições que legitimam o uso da medida privativa de liberdade, seriam de fato idôneas a restituir centralidade, nesta matéria, à jurisdição e ao direito a uma defesa eficaz.

Não obstante, deve-se ter em vista a decisão da Corte de Justiça, segundo a qual ao juiz nacional, encarregado de aplicar, no âmbito da própria competência, as disposições do direito da União Europeia e de assegurar-lhe a plena efetividade, caberá não aplicar qualquer disposição do TUI contrária ao resultado da diretiva.⁶⁵

O juiz de paz é, portanto, chamado a aplicar os princípios e as disposições do direito comunitário e constitucional, a fim de garantir a realização dos objetivos seguidos pela diretiva e para trazer a disciplina da detenção ao centro das garantias constitucionais.

5 Conclusões

A evolução, a partir dos anos noventa até hoje, da regulamentação italiana e europeia a respeito da detenção administrativa de imigrantes em situação irregular nos vários centros de acolhimento, assistência e identificação mostra, deste modo,

⁶⁵ Cfr. Corte de Justiça da União Europeia, sexl, sentença de 28 de abril de 2011 (causa El Dridi).

por um lado, como tais medidas administrativas passaram, progressivamente e num curto espaço de tempo, de um evento excepcional a uma medida que acha larga aplicação na atividade de controle da fronteira e na execução de expulsão, também por longos períodos, trazendo diversas questões de legitimidade, sobretudo em relação à observância dos princípios e das garantias estabelecidas no direito constitucional e internacional em favor do direito fundamental de todos os homens à liberdade e à defesa jurisdicional efetiva.

Em particular, sob o perfil da tutela jurisdicional, emerge a debilidade dos instrumentos defensivos previstos no direito interno em favor do migrante detido ilegitimamente, determinada pelo fato de que o conhecimento e julgamento de tais controvérsias na Itália foi confiada ao juiz de paz: um juiz honorário, criado em 1995, com competência para causas civis de valor econômico reduzido e infrações penais de fácil avaliação, processadas com a denúncia da vítima. Desta forma, a atribuição, em 2004, de responsabilidades para validar a detenção não parece adequada, nem com a fisionomia e o papel de tais juízes, que por sua natureza, não são competentes para julgar sobre casos relacionados a liberdade pessoal, nem com a perspectiva conciliadora e simplificada da sua própria competência.

Por outro lado, a legislação em causa revela como o direito dos centros para imigrantes ilegais é um direito derogatório, um direito policiesco, que imita em maneira formal as garantias do processo penal, mas não as garantias substantivas. Como a detenção administrativa assumiu as características de uma medida administrativa de segurança, seletivamente contra determinadas categorias de pessoas, consideradas menos confiáveis, ou socialmente perigosas ou ainda menos colaborativas e, portanto, submetidas a um controle mais rígido da polícia, até o ponto de ser passível de detenção, em alguns casos, por até dezoito meses sem que tenha havido qualquer acusação ou condenação de natureza criminal.

Se considerarmos, por fim, as falhas encontradas na legislação e, por outro lado, o excesso de discricionariedade dada às autoridades administrativas na utilização não uniforme deste instrumento de detenção, no entanto, na ausência de um sistema de controle independente dos centros para estrangeiros, não percebe que a legalização progressiva de detenção administrativa de imigrantes de fora da UE longe de representar um retorno ao quadro de legalidade estabelecido pelo paradigma do "Estado de Direito", terminou por determinar uma mera procedimentalização da mesma, para fins de atribuir uma discricionariedade excessiva às forças policiais no uso da detenção e de suas modalidades de aplicação. A regulamentação da detenção administrativa dos estrangeiros representou, substancialmente, uma transformação em instrumento ordinário de uma medida concebida como excepcional no desenho constitucional, até o ponto que é atualmente possível recorrer de uma medida privativa da liberdade pessoal, como é a detenção do imigrante em um centro de permanência temporária, frequentemente na sombra de uma situação de emergência contínua, que inspirou desde o início a política migratória italiana.

Administrative Detention of Irregular Foreigners in Italy and in the European Union and the Fundamental Human Right to Personal Freedom and Proper Defense

Abstract: Foreigners are particularly subject to the restriction of personal freedom. A great number of countries resort to the detention of irregular migrants and asylum seekers by reason of the violation of immigration laws, including irregularly crossing the State border, using false document, non-possession of identification documents, remaining after the permit of stay has expired, etc. In Italy and in other member States of the European Union we can notice an ordinary use of administrative detention of foreigners (without authorization to entry or stay in EU countries) and of other measures of restriction of personal freedom also with respect to asylum seekers. The purpose of this article is to examine the Italian and European legal framework of administrative detention of non-EU citizens and stateless persons, to see if it complies with the fundamental principles of constitutional and international law and jurisprudence on human rights, with regard, in particular, to the protection of personal freedom and proper defense.

Key words: Administrative Detention. Foreigners. Migrants. Asylum seekers. Irregular. Italy. European Union. Fundamental Human Rights. Freedom. Defense.

Referências

- F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, Catanzaro, 2009.
- A. Baldaccini, E. Guild and H. Toner (a cura di), *Whose Freedom, Security and Justice?*, Portland, 2007.
- D. Bigo and E. Guild (a cura di), *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, Aldershot, 2005.
- A. M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012.
- G. Campesi, *La libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2012.
- G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e Diritto*, 2011.
- E. Codini, *Immigrazione e stato sociale*, in *Diritto pubblico*, 2012.
- G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden, 2010.
- C. Corsi, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra Stato, Regioni e Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2012.
- C. Corsi, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, Relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, in www.cortecostituzionale.it.
- G. Corso, *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2012.
- A. De Martino, *La disciplina dei «c.i.e.» è incostituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2012.
- D. De Pretis, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Relazione al Convegno *"Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere?"*, Trento, 25-26 novembre 2011, in www.giustamm.it.

- V. Gasparini Casari e G. Cordini (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, 2 volumi, Modena, 2010.
- E. Guild, *A typology of different types of centres for third country nationals in Europe*, in www.europarl.europa.eu, 2006.
- M. Immordino e C. Celone (a cura di), *Diritto dell'immigrazione e diritti dei migranti*, Atti del Convegno internazionale di Agrigento (22-23 maggio 2013), in *Nuove Autonomie*, Numero monografico, n. 2-3/2013.
- B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, Relazione al Seminario di Studio *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, in www.cortecostituzionale.it.
- R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010.
- M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione dei flussi migratori*, Milano, 2012.
- G. Savio (a cura di), *Codice dell'immigrazione*, Rimini, 2012.
- A. Sciarba, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, 2009.
- F. Vassallo Paleologo, *Dall'accoglienza alla detenzione amministrativa: gli effetti di uno stato di emergenza permanente*, in www.meltingpot.org, 2012.
- F. Vassallo Paleologo, *I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei Centri di identificazione ed espulsione*, in www.asgi.it, 2012.
- G. Verde e A. A. Genna (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.
- D. Wilsher, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CELONE, Cristiano. A detenção administrativa dos estrangeiros irregulares na Itália e na União Europeia e o Direito humano fundamental à liberdade privada e à ampla defesa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 51-85, jan./mar. 2014.

Recebido em: 09.02.2014

Aprovado em: 15.02.2014