

Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia: do “descaso” ao “excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia*

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth¹

Resumo

O artigo analisa a instrumentalização do Direito Penal pelos países da União Europeia no que se refere ao combate à imigração irregular. A referida análise parte da investigação dos motivos sociais e econômicos que estão por detrás da construção dos imigrantes ilegais, enquanto “sujeitos de risco”. A seguir, procura-se demonstrar que dito contexto conduz à criação de um ambiente de mixofobia (medo de misturar-se) em relação aos imigrantes, exsurgindo, então, a preocupação central do trabalho: verificar as influências da mixofobia na forma como o Direito Penal tem sido utilizado para o controle dos fluxos migratórios pelos países da União Europeia, o que permite afirmar que se assiste a um movimento de retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor, assentado em medidas punitivas de cunho altamente repressivista que violam as garantias penais e processuais desse público-alvo.

Palavras-chave: Direito Penal. Imigração ilegal. União Europeia.

1 Introdução

O estudo do processo de expansão do Direito Penal, no que diz respeito à questão da imigração irregular na União Europeia, assume, na contemporaneida-

* Artigo recebido em: 08/04/2011.

Artigo aceito em: 25/04/2011.

¹ Advogado. Mestre em Direito Público pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutorando em Direito pela UNISINOS. Professor dos cursos de graduação em Direito da UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e da UNISINOS. Autor da obra Medo e Direito Penal (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011) e coautor da obra Sistema Penal e Política Criminal (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010). E-mail: madwermuth@gmail.com

de, especial relevância. Isso porque o dito processo expansivo encontra-se assentado em bases que são características de um Direito Penal autoritário e demasiadamente repressivo, inadmissível nesta quadra da história, e que tem por consequência graves violações aos direitos e garantias fundamentais dos imigrantes.

O medo e a insegurança que permeiam as relações sociais na contemporaneidade, em decorrência das novas tecnologias e da incerteza que o futuro da sociedade globalizada representa, bem como diante do enxugamento até o limite máximo do modelo de Estado pautado no bem-estar social, conduzem a um ambiente de “mixofobia”, em que o “medo de misturar-se” com estrangeiros cada vez mais se acentua. Esse medo surge, em primeiro lugar, porque os estrangeiros são considerados “parasitas” do referido modelo de Estado, e, em segundo lugar, porque eles trazem consigo a possibilidade eventual de serem “terroristas”, o que decorre justamente do ambiente de “guerra global” que se instaurou no início do século XXI, em especial depois dos atentados ocorridos em Nova Iorque, em setembro de 2001.

Nesse sentido, o presente artigo pretende demonstrar que, no que se refere à sua instrumentalização para o “combate” à imigração irregular, o Direito Penal encontra-se na contemporaneidade, trilhando um caminho de retrocesso rumo a um modelo de Direito Punitivo de autor, por meio do qual não se assegura a proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco se busca a prevenção à prática de crimes – conforme preconizam os discursos clássicos de legitimação do *jus puniendi* do Estado –, mas sim a dominação e a opressão exercidas precipuamente contra aquelas camadas sociais escolhidas como “alvo” por serem “indesejáveis” em um determinado contexto social, em clara afronta ao princípio da dignidade humana.

2 O direito penal em face do fenômeno da imigração irregular na união europeia

No debate jurídico-penal contemporâneo, a preocupação com o enfrentamento aos riscos representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade

diante do fenômeno da globalização assume papel de destaque. Os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos primeiros anos deste novo século – a exemplo dos perpetrados em Nova Iorque em setembro de 2001 e em Madri em março de 2004 – deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas efetivas a esses problemas.

Ditos eventos, segundo Hardt e Negri,² na verdade não criaram nem alteraram a situação de “guerra global” na qual se vive na contemporaneidade, mas apenas obrigaram a reconhecer seu caráter geral, ou seja, que “não há como fugir ao estado de guerra” e que “não há um fim à vista”, uma vez que “a guerra transformou-se numa condição geral: em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar.” Quer dizer, os eventos referidos, em especial o primeiro, serviram para colocar em crise a ilusão de segurança e invulnerabilidade do “Primeiro Mundo.”³

Com isso, o estado de exceção – paradoxalmente – transforma-se na regra, fazendo com que se torne cada vez mais obscura a distinção tradicional entre guerra e política, dado que “a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações.”⁴

Pode-se, portanto, afirmar que a guerra transforma-se num “*regime de biopoder*, vale dizer, uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social.”⁵ Diante disso, Pérez Cepeda afirma que:

² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 22-23.

³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 33.

⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 34.

[...] la guerra se convierte en un instrumento natural para preservar un orden igualmente natural que se identifica indisolublemente con los intereses neoliberales y con el instrumento decisivo de su ideario político: el dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo, reduciendo la mundialización a una dimensión, la económica.⁶

Isso fica evidente quando se analisa a alteração verificada no emprego corrente do conceito de guerra entre o fim do século XX e início do século XXI. A retórica da guerra passa a ser usada para fazer referência a atividades muito diferentes da guerra propriamente dita, ou seja, atividades que não envolvem violência letal ou derramamento de sangue. Usam-se as metáforas da guerra nos esportes, no comércio, na política interna de um país etc., para indicar competição, mas uma competição que não se dá entre inimigos na acepção literal do termo, bem como para chamar a atenção para os riscos e conflitos envolvidos nessas atividades. Por outro lado, também se utiliza a retórica da guerra como manobra política para conseguir adesão de forças sociais em torno de um objetivo de união típico de um esforço de guerra, podendo-se citar como exemplo as “guerras contra a pobreza”.⁷

No entanto, a partir do momento em que a retórica da guerra passou a ser utilizada também para mobilização social contra as drogas – no final do século XX – e contra o terrorismo – no início do século XXI – ela começou a assumir um caráter mais concreto. Ainda que, como no caso da guerra contra a pobreza, os “inimigos” não são apresentados como Estados-nação ou comunidades políticas específicas, ou sequer como indivíduos, e sim como “conceitos abstratos ou talvez um conjunto de práticas”, essas guerras “não são assim tão metafóricas, pois, como no caso da guerra tradicional, envolvem combates armados e força letal.” Com isso, nessas guerras “é cada vez menor a diferença entre o exterior e o interior, entre os conflitos externos e a segurança interna”, razão pela qual se pode falar na passagem “das invocações metafóricas e retóricas da guerra para guerras reais contra inimigos indefinidos e imateriais.”⁸

⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 126.

⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 35.

Como consequência disso:

Os limites da guerra tornam-se indeterminados, em termos espaciais e temporais. A guerra à maneira antiga contra um Estado-nação tinha claras delimitações espaciais, embora pudesse eventualmente disseminar-se por outros países, e seu fim geralmente era marcado por uma rendição, uma vitória ou uma trégua entre os Estados em conflito. Em contraste, a guerra contra um conceito ou um conjunto de práticas, mais ou menos como uma guerra de religião, não conhece limites espaciais ou temporais definidos. Tais guerras podem estender-se em qualquer direção, por períodos indeterminados. E, com efeito, quando os dirigentes americanos anunciaram sua ‘guerra ao terrorismo’, deixaram claro que deveria estender-se por todo o mundo e por tempo indefinido, talvez décadas ou mesmo gerações inteiras.⁹

Em um contexto tal, o Direito Penal é eleito como instrumento privilegiado de resposta ao “conjunto de práticas” que se convencionou chamar de “terrorismo”. E, no ambiente de “guerra global”, passou-se a preconizar a expansão do raio de intervenção do Direito Punitivo, bem como a destacar a importância de se relegarem a segundo plano princípios e garantias que davam sustentação à sua teorização liberal, em nome de uma maior eficiência no “combate”.

Isso tem conduzido, como adverte Pérez Cepeda,¹⁰ em âmbito global, a uma simbiose entre as noções e conceitos que outrora separavam o Direito Penal da guerra, o que fica claro a partir da análise de uma das teorizações mais polêmicas da contemporaneidade no sentido de legitimação de um modelo tal de Direito Penal. Trata-se da tese defendida por Günther Jakobs,¹¹ para o qual o combate efetivo da macrocriminalidade somente se viabiliza à medida que haja uma diferenciação no trato daqueles que podem ser considerados – ainda que cometam crimes even-

⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

¹⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

¹¹ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70.

tualmente – como “cidadãos”, e aqueles que só podem ser enfrentados enquanto “inimigos” do Estado, pois das suas regras se afastaram definitivamente, como é o caso dos terroristas e dos indivíduos pertencentes ao crime organizado.

Essa diferenciação entre inimigos e cidadãos decorre da compreensão de Jakobs de que os primeiros, pelo fato de constituírem uma ameaça ao sistema social, não podem ser tratados como pessoas, mas sim “combatidos” como “não-pessoas”. Para o autor, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa,”¹² razão pela qual o papel do Direito Penal do inimigo consiste em eliminar o perigo representado pelos indivíduos (não-pessoas) que se encontram fora da ordem social estabelecida e não oferecem garantias de que voltarão a agir com fidelidade às normas instituídas por esta ordem social. Como aduz Jakobs:

Quien no admite someterse a una constitución civil puede lícitamente ser obligado a la separación, siendo aquí indiferente, a la hora de plantear la cuestión de la legitimación de las medidas de salvaguardia, que se expulse al enemigo del país o que sea arrojado, a falta de posibilidad de destierro, a la custodia de seguridad, o sometido a una ‘pena’ de aseguramiento, u otras posibilidades. En todo caso, el derecho no debe renunciar a causa del sujeto que persiste en su conducta desviada a alcanzar realidad; dicho de outro modo, quien no presta la garantía cognitiva de que se comportará como persona en derecho, tampoco debe ser tratado como persona en derecho.¹³

Com efeito, no debate contemporâneo a respeito do Direito Penal, passou-se a estabelecer uma relação diametralmente oposta entre garantias e segurança, sustentando-se a tese de que o endurecimento das leis e medidas punitivas é imprescindível para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que à custa do sacri-

¹² JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

¹³ JAKOBS, Günther. La pena estatal: significado y finalidad. In. LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Tomo I. p. 57.

fício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que colocam em risco a população como um todo. É por isso que se afirma que os conceitos de “risco” e de “expansão” ocupam o centro do processo de “modernização” do Direito Penal, expressando a ideia de que a atenção à nova realidade delitiva ínsita ao ambiente de “guerra global” contemporâneo perpassa pela ampliação do seu campo de atuação.

Isso fica evidenciado diante da constatação de que, na evolução atual das legislações penais do mundo todo – e, de modo especial, dos países europeus –, verifica-se o surgimento de múltiplas figuras típicas novas e, não raro, o surgimento de setores inteiros de regulação que têm na “prevenção” dos riscos sua razão de existência.

Um claro exemplo disso é o debate que se tem instaurado na atualidade acerca da utilização do Direito Penal no controle dos fluxos migratórios ou, mais especificamente, no “combate” – e a nomenclatura utilizada denota tratar-se de uma guerra – à imigração irregular.

Como refere Martínez Escamilla, não se está exagerando “*cuando se afirma que los actuales movimientos migratorios están llamados a producir en nuestra sociedad un impacto más profundo y significativo que cualquier otra cuestión social.*”¹⁴ Como consequência, destaca Llinares¹⁵ que, nos últimos vinte anos nos países centrais europeus, a imigração deixou o lugar minúsculo que ocupava no ranking de importância social atribuída às distintas políticas públicas para praticamente encaixar essa lista hipotética.

A esse propósito, cumpre destacar que, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes de União Europeia estão sendo construídas “de

¹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 2.

¹⁵ LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

cima para baixo” e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração dos imigrantes. A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares.

No tratamento legal da matéria, verifica-se uma sensível mudança no sentido do recrudescimento das medidas destinadas ao controle da imigração irregular, utilizando-se, para tanto, cada vez mais, de medidas punitivas. Nesse sentido, a Diretiva nº 2008/115/CE¹⁶, denominada “Diretiva de Retorno”, aprovada pelo Parlamento Europeu em 16 de dezembro de 2008 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 24 de dezembro de 2008, estabelece medidas de maior controle ao fluxo migratório e concede aos Estados-Membros da União Europeia uma autonomia procedimental e grande poder discricionário na aplicação das ações nela contidas.

A Diretiva prevê, dentre outras medidas, em seu art. 15, que imigrantes sem documentos sejam presos, por ordem emanada por autoridades administrativas ou judiciais, durante até dezoito meses. Assim, os Estados-Membros estão autorizados a prender os estrangeiros objetos de procedimentos de expulsão por até seis meses quando se entender que isso é necessário para a execução da expulsão. O nº 6 do referido dispositivo prevê que os Estados-Membros podem, no entanto, prolongar dita privação de liberdade por até doze meses a mais quando a expulsão tenha sido inviabilizada por conta de “falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa” ou em decorrência de “atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros.”

¹⁶ DIRETIVA de Retorno. Texto integral. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TC&reference=P6-TC1-COD-2005-0167&language=PT>>. Acesso em 1 maio 2010.

Essa mudança no tratamento legal da questão da imigração irregular pelos países integrantes da União Europeia é analisada por Martínez Escamilla,¹⁷ a partir do discurso proferido por José Luis Rodríguez Zapatero, durante a campanha eleitoral para as eleições gerais na Espanha de 9 de março de 2008. Para a referida autora, dito discurso serve para sintetizar a política europeia de controle da imigração, em especial quando Zapatero afirma que:

*Nuestra política de inmigración tiene un principio: sólo pueden venir y quedarse los que pueden trabajar de acuerdo con la ley. Es decir, lucha con firmeza contra la inmigración ilegal. Y eso hay que hacerlo en tres frentes. Primero, que no salgan de sus países de origen personas empujadas por la desesperación. Segundo, que el control de fronteras impida la entrada de inmigrantes que no tengan un contrato de trabajo garantizado. Y, tercero, que se pueda devolver a los países de origen a las personas que entran ilegalmente aquí.*¹⁸

Ou seja, a referida “luta” contra a imigração irregular deve buscar alcançar três objetivos principais:

*el primero impidiendo que salgan y que se nos aproximen. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras. Para el caso de que consigan entrar en nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir.*¹⁹

O primeiro objetivo (evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem) é buscado por meio do controle dos fluxos migratórios pela Europa, fora das suas fronteiras, encarregando a outros países de trânsito a tarefa de contenção da imi-

¹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

¹⁸ Apud LARA, Rafael. ¿Regulación de flujos? 20 años de muerte en las fronteras. In. ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA. *Derechos humanos en la frontera sur*. 2008. p. 91.

¹⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 5

gração em troca de pressões e ajudas econômicas. Martínez Escamilla²⁰ destaca as consequências nefastas desse processo:

Este encargo a países tan poco respetuosos con los derechos humanos como, por ejemplo, Libia, Marruecos o Mauritania, se viene traduciendo en la reiterada vulneración de derechos humanos por parte de la policía de estos países, que se concreta en palizas, desvalijamientos e incluso homicidios y todo ello con el silencio cómplice de Europa, que gasta ingentes cantidades de dinero en militarizar las fronteras de estos países para evitar la inmigración pero se desentiende de cuestiones de un humanitarismo básico como facilitar el retorno de los inmigrantes interceptados quienes tienen que volver a sus lugares de origen enfrentando las mismas penalidades, peligros y abusos que sufrieron en su intento de llegar a Europa y ello ahora en un estado físico muy deteriorado y con importantes traumas psicológicos.

O segundo objetivo (evitar a entrada dos imigrantes na Europa) traduz-se na tentativa de impermeabilização das fronteiras europeias de forma a evitar o ingresso dos imigrantes. Com isso, incrementa-se a imigração irregular e, conseqüentemente, os riscos assumidos pelas pessoas que pretendem transpor as fronteiras, podendo-se falar em *“una relación directa entre incremento de las dificultades y número de muertes en el intento, lo que hace especialmente patente en la frontera sur de Europa, donde la intensificación del control supuso la búsqueda de travesías alternativas, más largas y más peligrosas.”*²¹

Por fim, no que se refere à consecução do terceiro objetivo (forçar os imigrantes a saírem do território europeu), é frequente a utilização, pelos países integrantes da União Europeia, do Direito Penal. Nesse sentido, o Direito Punitivo se

²⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 6.

²¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 7.

expande e se rearma como resposta aos medos e inseguranças da população diante da imigração irregular.

Com isso, o imigrante que consegue superar os obstáculos e ingressar em território europeu depara-se com um Estado poderoso disposto a tudo para forçá-lo a retornar ao seu país de origem. A esse respeito, algumas alterações operadas nas legislações dos países centrais europeus merecem destaque.

Entre elas, pode-se citar inicialmente, no caso da Itália, o Decreto Legislativo nº 286/1998, o chamado Texto Único Sobre a Imigração²². Referido texto legal trata dos imigrantes ilegais não como sujeitos passivos dos delitos nele previstos – ou seja, não são tratados como titulares do bem protegido –, mas apenas como objetos materiais das condutas descritas ou como autores de delitos.

Segundo Donini,²³ há apenas dois únicos casos em que o estrangeiro parece ser, de modo direto ou indireto, objeto de tutela e, portanto, pessoa ofendida, de incriminações autônomas do Texto Único: são as hipóteses do art. 12, incisos 5 e 5-bis, que se referem aos delitos de favorecimento da permanência ilegal ou da hospedagem de imigrantes clandestinos, os quais são castigados se foram cometidos com a finalidade de obter um injusto proveito da condição de ilegalidade do estrangeiro ou, respectivamente, se se apresentam a título oneroso e com a finalidade de obter um injusto proveito.

Em razão do exposto, o já citado penalista italiano refere que o tratamento legal da questão da imigração na Itália representa “*una política de la exclusión, penalmente armada*”. Isso permite aproximá-la, no contexto do Direito Penal de combate, ao Direito Penal do inimigo, uma vez que:

convierte a los adversarios en ‘no personas’ destinadas a ser neutralizadas o excluidas sin culpabilidad, o en todo caso sin una ‘culpa’ correspondiente a la sanción que es aplicada,

²² Texto integral Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

²³ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009.

*transformando la respuesta penal en la más típica de un derecho penal de autor.*²⁴

Tais constatações, refere Donini,²⁵ permitem inferir a evidência de que “nos encontramos en los confines com la biopolítica”, ou, em outras palavras,

[...] con aquel ámbito donde el poder soberano disciplina el estatus de quien no tiene derechos de ciudadanía y se manifiesta al Estado por ser simplemente un ‘cuerpo’, con su identidad física, sexual, étnica, geográfica, etc., sobre el cual el poder dicta las leyes, comenzando así a asignar o negar derechos en razón de las ‘corpóreas’ o, en el tipo penal, de proveniencia geográfica.

Na linha do até aqui exposto, cumpre referir o surgimento dos chamados “delitos de solidariedade”. Além da previsão de ditos delitos na legislação italiana, o art. 318 bis do Código Penal espanhol, após redação conferida pela Lei Orgânica 11/2003, comina uma pena de quatro a oito anos de prisão a quem “*directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*”.

Em comentário ao referido tipo legal, Martínez Escamilla²⁶ refere que se trata de um claro exemplo de expansão do Direito Penal, uma vez que o legislador, dentre todas as condutas de favorecimento que poderia ter optado criminalizar pela sua gravidade – como, por exemplo, a concorrência de ânimo de lucro, a atuação no marco de uma organização delitiva etc. – levou a cabo uma regulação onicompreensiva, o mais ampla possível, com a finalidade de criminalizar, nos termos do dispositivo sob análise, qualquer comportamento relacionado com a imigração irregular que de alguma forma, “direta ou indiretamente” a favoreça.

²⁴ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 59-60.

²⁵ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 61.

²⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito*. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Barcelona: Atelier, 2007.

Assim, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em comento não é a dignidade ou os direitos dos cidadãos estrangeiros, uma vez que o Direito Penal, nesse caso, não é chamado a protegê-los, mas sim a defender a sociedade “deles”, ou seja, daqueles imigrantes que não se pode ou não se quer aceitar. Exsurge daí a razão principal da existência do tipo legal: ser um coadjuvante no controle da imigração irregular.

Além disso, cumpre ressaltar que, ainda que os referidos dispositivos, que tratam dos chamados “delitos de solidariedade”, não castiguem com penas o imigrante, mas sim as pessoas que com ele se solidarizam, ajudando-o a promover seu projeto migratório, isso acarreta consequências perniciosas para os imigrantes, do ponto de vista dos direitos humanos, sendo bastante ilustrativo o seguinte relato feito no informe “Derechos Humanos en la Frontera Sur”, relativo ao ano de 2007, elaborado pela Associação Pró-Direitos Humanos da Andaluzia:

En mayo de 2007, veintisiete migrantes permanecieron durante más de veinticuatro horas desesperadamente agarrados a jaulas de atún de 35 cm. de largo tiradas, en pleno Mediterráneo, por un remolcador maltés cuyo capitán se negaba obstinadamente a detenerse para tomarlos a su bordo, o incluso a escoltarlos hasta la costa. Ya que ayudar a los naufragos conduciéndolos al puerto significa, para los salvadores, varios días de inmovilización de su barco, cuando no son perseguidos, además, ‘por haber facilitado la inmigración ilegal’, como pasó en el mes de agosto de 2007 con siete pescadores tunecinos, mandados a prisión en Sicilia después de haber salvado del ahogamiento a cuarenta y cuatro personas. El delito de ayuda a la entrada y a la residencia ilegal de extranjeros, que permite llevar a juicio no solo a aquellos que se designa como ‘pasadores de fronteras’ porque hacen pagar sus servicios, sino a cualquiera que lleva asistencia a un inmigrante desprovisto de papeles, está por otra parte generalizándose tanto en las legislaciones europeas como en los países de tránsito. Es bajo este fundamento que, en Francia, militantes asociativos de la región de Calais fueron inculcados porque procedían a la distribución de comida o albergaban exiliados. En Marruecos, es porque la amenaza de actuaciones judiciales pesa como una espada de Damocles, que numerosos subsaharianos se ven privados de transporte público: por temor a ser inculcados en aplicación de la ley 02-03 relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros por haber tomado a su bordo a extranjeros en situación irregular,

*no es raro que los conductores de autocar se nieguen a subir a Africanos.*²⁷

Para além dos tipos penais voltados expressamente à questão da imigração, existem também aqueles delitos que, ainda que não façam referência direta aos imigrantes e/ou às pessoas que são com eles solidárias, buscam, reflexamente, atingi-los. Um exemplo típico, no Direito Penal espanhol é a criminalização da atividade dos “*manteros*” ou “*top manta*” – como são chamados, na Espanha, os vendedores ambulantes de reproduções ilícitas de CD’s, DVD’s ou produtos similares (que expõem suas mercadorias sobre mantas nas ruas).

Com efeito, os imigrantes ilegais, como refere Matínez Escamilla,²⁸ são o exemplo mais evidente de exclusão do indivíduo operada pelas normas: “*sin papeles, sin derechos, si ni siquiera posibilidad de ganarse un sustento.*” Restam poucas opções a essas pessoas, uma vez, que são proibidas de trabalhar e que é proibido dar-lhes emprego. A atividade de “*mantero*”, nesse caso, aparece como uma das poucas alternativas que lhes restam.

No entanto, o art. 270 do Código Penal espanhol tipifica como crime sujeito a pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses a atividade de quem, com ânimo lucrativo e em prejuízo de terceiro, reproduza, plagie, distribua ou comunique publicamente, no todo ou em parte, uma obra literária, artística, ou sua transformação, interpretação ou execução artística fixada em qualquer tipo de suporte ou comunicada através de qualquer meio, sem a autorização dos titulares dos correspondentes direitos de propriedade intelectual ou seus cessionários. Ou seja, “*el Código penal, en cuanto castiga la distribución con ánimo de lucro de una obra artística sin el consentimiento del titular o cesionario de*

²⁷ Apud MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 10.

²⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 14.

*los derechos, está tipificando y castigando con penas de multa y prisión de seis meses a dos años la conducta de los manteros”, fazendo, assim, com que o imigrante veja-se preso nas redes do Direito punitivo “en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social.”*²⁹

Do até aqui exposto, pode-se afirmar, de acordo com Llinares,³⁰ que a relação entre Direito Penal e imigração passou de uma relação de “ignorância” para uma relação de “excesso”. Diante desse quadro, perquirir o porquê da atual “concentração de forças” do Direito Penal no “combate” à imigração irregular, promovendo um retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor, no bojo do qual a pessoa é punida pelo que é e não em virtude daquilo que fez, assume especial relevância. É com o que se preocupa o tópico a seguir.

3 O imigrante ilegal: parasita ou terrorista

Como salienta Bauman,³¹ a era moderna pode ser considerada a era das grandes migrações, na qual “massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte.”

A lógica das trajetórias perseguidas pelos imigrantes dependia, então, “das pressões dos ‘pontos quentes’ da modernização”, mas é possível afirmar que, com certa regularidade, “os imigrantes vagaram das partes ‘mais desenvolvidas’

²⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 14-15.

³⁰ LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 22 mar. 2010..

³¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 50.

(mais intensamente modernizantes) do planeta para as ‘subdesenvolvidas’ (ainda não atiradas para fora da balança socioeconômica sob o impacto da modernização).³²

Isso significa dizer que essas pessoas que saíram das partes mais desenvolvidas para as partes subdesenvolvidas do globo o fizeram em função da sua incapacidade de obtenção ou manutenção de um emprego compensador ou mesmo da impossibilidade de herdar um determinado *status* social em seus países de origem. Considerando, diante desse quadro, que os países nos quais esse “excedente” populacional “disfuncional” se acumulava eram os países que detinham superioridade tecnológica e militar em relação àqueles que ainda não estavam sofrendo os processos modernizantes, a estratégia buscada foi justamente transformar as áreas subdesenvolvidas em áreas “vazias” – notadamente por meio do extermínio massivo dos povos autóctones – que pudessem “acondicionar” esses excedentes.

Em outras palavras, o processo de extermínio massivo de aborígenes tinha a finalidade de preparar os lugares por eles habitados para desempenhar o papel de “depósitos” do “refúgio humano” que o progresso econômico produzia na Europa, em quantidades crescentes.³³

O fato é que, hoje, com a “vitória da modernidade”, quando o mundo celebra o triunfo do moderno estilo de vida, baseado no “livre mercado, economia e consumo livres – e McDonald’s para todos”, “não se produz gente supérflua apenas na Europa, para depois descarregá-la no resto do mundo”, mas a superfluidade humana é produzida em toda parte, visto que o modelo produtivo moderno se afirma em praticamente todos os países.³⁴

Com isso, verifica-se um movimento de “retorno”, ou seja, os descendentes das pessoas que outrora foram “despejadas” nos depósitos de refúgio humano constituídos pelos países subdesenvolvidos hoje deixam suas cidades superpovoadas na

³² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 81.

direção oposta, buscando nas grandes cidades dos países europeus a mesma coisa que seus progenitores buscavam ao emigrarem.

E esses países de destino deparam-se, então, na contemporaneidade, com o dilema de encontrar um jeito de “alojar” os imigrantes, administrando seus interesses com os interesses das suas superpopulações, afinal, estão repletos de gente supérflua também, e já não podem mais mandá-las para outros lugares, pelo simples fato de que “o planeta está cheio, não há mais espaços vazios e, portanto, nossos supérfluos ainda estão entre nós.”³⁵

Nesse contexto, a característica das migrações contemporâneas que mais inquieta e suscita o interesse por esta pesquisa reside “*en la respuesta que los actores institucionales están dando a este fenómeno, respuesta que se sitúa en las antípodas del aperturismo de los momentos históricos apuntados.*”³⁶

Com efeito, os imigrantes contemporâneos transformam-se, invariavelmente, em uma ameaça, sendo construídos como “sujeitos de risco”. Isso decorre do fato de que a condição de “estrangeiro”, por si só, traduz a ideia de uma pessoa que está ocupando ou usurpando um posto ou lugar que não lhe corresponde, razão pela qual, na contemporaneidade, os imigrantes são vistos como “parasitas” de um *Welfare State* cada vez mais cauíla no cumprimento de seu desiderato.

Isso conduz a uma situação paradoxal: “quanto mais persistem – num determinado lugar – as proteções ‘do berço ao túmulo’, hoje ameaçadas em toda parte pela sensação compartilhada de um perigo iminente, mais parecem atraentes as válvulas de escape xenóforas”, o que decorre do fato de que os poucos países “que relutam em abandonar as proteções institucionais transmitidas pela modernidade sólida [...] veem-se como fortalezas assediadas por forças inimigas”, considerando “os resquícios de Estado social um privilégio que é preciso defender com unhas e

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 82.

³⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 2.

dentos de invasores que pretendem saqueá-los”. Em função disso, “a xenofobia – a suspeita crescente de um complô estrangeiro e o sentimento de rancor pelos ‘estranhos’ – pode ser entendida como um reflexo perverso da tentativa desesperada de salvar o que resta da solidariedade local.”³⁷

E, uma vez que o Estado, embora não tendo ainda eliminado, mas reduzido grandemente a sua interferência na mitigação da insegurança coletiva produzida pelo mercado, volta-se cada vez mais para “outras variedades, não econômicas, de vulnerabilidade e incerteza em que possa basear sua legitimidade”; a questão da segurança pessoal – “ameaças e perigos aos corpos humanos, propriedades e hábitos provenientes de atividades criminosas, a conduta anti-social da ‘subclasse’ e, mais recentemente, o terrorismo global” – assume o centro das preocupações.³⁸

Parte-se, então, para uma utilização política do capital “medo”, aproveitando-se do fato de que o processo da globalização e a consequente sociedade de risco que se configura na contemporaneidade propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade das relações sociais. Resultado dessas incertezas é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma dimensão tão ubíqua. É por isso que, no ambiente líquido-moderno, a vida transformou-se em uma constante luta contra o medo, companhia indissociável dos seres humanos.

Neste contexto, considerando-se que “a vulnerabilidade e a incerteza humana são as principais razões de ser de todo poder político”, bem como que “todo poder político deve cuidar da renovação regular de suas credenciais,”³⁹ verifica-se que o “combate à imigração irregular” tornou-se um forte lema de campanha, visto que o imigrante representa o estereótipo ideal da “fonte inesgotável de riscos”, em especial no já referido ambiente de “guerra global” contemporâneo.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 20-21.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 68.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 66.

Como destaca Llinares,⁴⁰ o fato de vivermos em uma sociedade de risco na qual a sensação de insegurança é cada vez maior não influi nos caracteres do fenômeno migratório, mas faz com que as fontes dessa insegurança sejam centradas em determinados focos, em âmbitos concretos ou em grupos que, independentemente do fato de serem precursores de mais delinquência ou não, são temidos pela sociedade, sendo que na atualidade, *“tanto a nivel popular, como en los médios de comunicaci3n, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigraci3n.”*

Objeta-se, no entanto, o porquê da criaç3o da atmosfera de alarme em torno da quest3o da imigraç3o irregular e da utilizaç3o do Direito Penal como ferramenta imprescindível para o seu combate. Nesse sentido, duas raz3es principais, j3 referidas podem ser desenvolvidas.

Em primeiro lugar, porque o “inimigo” representando pelo terrorista, por meio de equiparaç3es conceituais equivocadas, faz com que recaia sobre todo e qualquer imigrante uma “fundada suspeita” de uma “potencialidade terrorista”. Em segundo lugar, porque o imigrante tamb3m 3 visto como um “parasita” de um modelo de Estado – qual seja, o de bem-estar social – que cada vez mais se esvai.

No que diz respeito ao primeiro motivo, cumpre salientar a influ3ncia do discurso jur3dico-penal gestado no bojo do que se tem denominado “paradigma da segurança cidad3”, que parte do pressuposto de que a criminalidade dos socialmente excluídos constitui a “dimens3o n3o tecnol3gica da sociedade de risco”, a justificar, por exemplo, a antecipaç3o da tutela penal tanto pela necessidade de responder com estruturas de perigo às novas formas de criminalidade como pela urg3ncia de atuar contra a desintegraç3o social e a delinqu3ncia de rua originada pelos socialmente marginalizados.⁴¹

⁴⁰ LLINARES, Fernando Mir3. Pol3tica comunitaria de inmigraci3n y pol3tica criminal en España. ¿Protecci3n o “exclusi3n” penal del inmigrante? *Revista Electr3nica de Ciencia Penal y Criminologia*. 2008. Dispon3vel em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 7.

⁴¹ D3EZ RIPOLL3S, Jos3 Luis. *La pol3tica criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

Quer dizer, paralelamente às preocupações político-criminais com a megacriminalidade característica da sociedade de risco que são objeto de análise no bojo da teorização do Direito Penal do Inimigo, o fato de o fenômeno expansivo do Direito Penal nesse setor coincidir com o processo de desmantelamento do Estado Social redundando no ressurgimento, sob influência dos movimentos de Lei e Ordem, do repressivismo e do punitivismo como formas por excelência de se combater a criminalidade dita “tradicional”.

E, como destaca Zaffaroni,⁴² embora os “novos inimigos” da sociedade de risco sejam perigosos, não se pode, por meio do Direito Penal para eles especialmente criado, legitimar a repressão sobre os pequenos delinquentes comuns, quais sejam, os “dissidentes internos” ou os “indesejáveis” em uma determinada ordem social. Com isso, pretende-se justificar um controle maior sobre toda a população tendo por escopo prevenir a infiltração dos “terroristas,” reforçando-se, assim, o controle exercido principalmente sobre a clientela tradicional do sistema punitivo.

O modelo da segurança cidadã “vampiriza” – na expressão de Díez Ripollés – o debate penal surgido no bojo da sociedade de risco. Para o referido autor,

[...] las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos. En resumidas cuentas, se da lugar a que el discurso de ley y orden parasite conceptos elaborados en otro contexto.⁴³

Ou seja, “*se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y*

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 149.

el sentimiento de inseguridad callejera ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas.”⁴⁴

Assim, a par do Direito Penal criado para a prevenção dos “novos riscos” da sociedade contemporânea, desenvolve-se um crescente interesse por aspectos microseguritários como as inseguranças relacionadas à “pequena delinquência”, que passa a fazer parte do catálogo dos medos dos cidadãos, em função da sua proximidade para com eles. E considerando-se que o risco e o medo do delito, uma vez surgidos, tendem a proliferar – por meio, principalmente, da influência da mídia de massa –, *“de modo retroalimentativo, se generan nuevas demandas securitarias, el anhelo de un mundo ‘normativamente acolchado’, donde los productos normativos se construyen en la lógica de la seguridad, aun a costa de otros valores políticos fundamentales, como la libertad.”⁴⁵*

Por outro lado, em relação ao “parasitismo social”, deve-se atentar para o fato de que o modelo de gestão da imigração nos países centrais europeus é inspirado fundamentalmente e de forma reconhecida em interesses econômicos. Como salienta Martínez Escamilla,⁴⁶

Se admite a quien consideramos que puede ser útil para nuestra economía, una economía que há pasado de prospera a maltrecha. La inmigración que desde esta perspectiva económica no podemos o no queremos asumir, se concibe como una amenaza, como una – por definición indeseada – invasión. A partir de esa percepción, la política migratoria se concentra en el rechazo, poniéndose al acento en control de fronteras y en la persecución y hostigamiento de quienes consiguen esquivarlas, en el refuerzo de los instrumentos jurídicos y de los medios materiales para afrontar lo que se há denominado ‘lucha’ contra la inmigración irregular.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 149-150.

⁴⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 49-50.

⁴⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 5.

Isso significa dizer que as mudanças econômicas drásticas pelas quais têm passado as economias europeias tornam boa parte dos imigrantes inúteis, visto que *“muchos han pasado a engrosar las listas del paro, dejan de cotizar y ya no parecen cuadrar las cuentas que antes nos permitían afirmar que la inmigración aporta mucho más en términos económicos que el gasto público que pudiera generar.”*⁴⁷

Nesse rumo, Barge se refere à existência de duas espécies de imigração, quais sejam, a “boa” e a “má”:

*[...] existe una buena inmigración, los países de la Unión deben poder beneficiarse de ella, esta inmigración ‘elegida’ debe responder a las necesidades económicas de Europa y no tiene vocación a ser permanente; existe una mala inmigración, esta inmigración ‘sufrida’, no corresponde a las necesidades de la Unión Europea, es portadora de inseguridad y criminalidad, debe ser combatida. De ahí la obsesión de limitar la inmigración en dirección de Europa, al tiempo de querer atraer una inmigración de la que se tendría necesidad.*⁴⁸

Essa “boa imigração” – lembra Beck⁴⁹ – deve-se ao fato de que os imigrantes sujeitam-se à realização de trabalhos que no geral ninguém, nos países de destino, quer assumir. Além disso, a “boa imigração” também abrange os “sem papéis”, visto que, em relação a eles, a exploração laboral é ainda maior em virtude do fato de que têm de trabalhar às escondidas, ganhando, em troca, uma pequena quantidade de dinheiro. Assim, esses indivíduos acabam se tornando objeto de chantagem e exploração e é isso que, na ótica do referido autor, encontra-se por detrás dos “sem papéis”: ao passo que não possuem nenhum tipo de direito, suas atividades e prestações são funcionalmente indispensáveis, não só para a sobrevivência deles próprios e de suas famílias que vivem no outro lado da fronteira, mas também

⁴⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010. p. 8.

⁴⁸ BARGE, Pierre. Las políticas de inmigración y asilo de la Unión Europea: políticas sin salida. In: ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA. *Derechos humanos en la frontera sur*. 2008. p. 7.

⁴⁹ BECK, Ulrich. ¿Qué hay detrás de los ‘sin papeles’? In: *El País*. 4 jan. 2010.

“ante todo, para la supervivencia de las sociedades del bienestar occidentales y de los países emergentes.” Diante dessa constatação, Beck refere que “nos engañamos a nosotros mismos con la categoría de ilegales: no podemos olvidar que la criminalización de estas personas oculta el hecho de que no podemos renunciar a sus prestaciones funcionales.”

É justamente em razão disso que Brandariz García⁵⁰ destaca o fato de que o regime sancionador previsto para os imigrantes – em especial no que se refere à realidade espanhola – resulta de uma simbiose entre as racionalidades de “exclusão seletiva” e de “inclusão subordinada”. Exclusão seletiva porque as regras relativas à expulsão dos imigrantes irregulares nem sempre são efetivamente levadas a cabo, em razão da falta de vontade política de que se leve toda possibilidade de expulsão às últimas consequências, o que “generaría el riesgo de bloquear, o de reducir drásticamente, unos flujos migratorios que, con independencia de su irregularidad, cumplen funciones de extraordinaria relevancia, incluso imprescindibles, para el sistema social y económico español.”

Diante desse quadro, é que entra em cena a inclusão subordinada, ou seja, uma racionalidade voltada à facilitação do “empleo masivo de fuerza de trabajo migrante en condiciones de suma flexibilidad y explotación, de acuerdo con las necesidades de un sistema productivo crecientemente postfordista.” Isso significa dizer que “a los migrantes se aplica la vertiente más severa del nuevo régimen de workfare, en el que se afirman segmentaciones del mercado de trabajo en clave étnica, en la medida en que las actividades de valor añadido alto o medio tienden a ser reservadas para la fuerza de trabajo autóctona.”⁵¹

⁵⁰ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). Funcionalidad de la construcción de los migrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español. Derecho penal del enemigo, gestión de la exclusión e inclusión subordinada. Jura Gentium. *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, 2009. Disponível em: < <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/migrant/brandari.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

⁵¹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). Funcionalidad de la construcción de los migrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español. Derecho penal del enemigo, gestión de la exclusión e inclusión subordinada. Jura Gentium. *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, 2009. Disponível em: < <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/migrant/brandari.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

A partir da análise do que foi até o momento exposto, permite-se inferir que a utilização do Direito Penal no combate à imigração irregular na União Europeia deve-se ao fato de que:

O novo medo dos terroristas foi misturado e cimentado com o ódio aos ‘parasitas’, sentimento bem entrincheirado, mas que precisa de constante alimento, matando dois coelhos com uma só cajadada e dotando a atual cruzada contra os ‘parasitas da previdência’ de uma nova e invencível arma de intimidação de massa. Enquanto a incerteza econômica não é mais preocupação de um Estado que preferiria deixar para seus súditos individuais a busca individual de remédios individuais para a insegurança existencial individual, o novo tipo de temor coletivo oficialmente inspirado e estimulado foi colocado a serviço da fórmula política. As preocupações dos cidadãos com seu bem-estar foram removidas do traiçoeiro terreno da *précarité* promovida pelo mercado, no qual os governos dos Estados não têm capacidade nem vontade de pisar, e levadas para uma área mais segura e muito mais telefotogênica, em que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública.⁵²

Mas além desses fatores, cumpre salientar, por fim, que os imigrantes, a par da “potencialidade terrorista” e do “parasitismo social”, “exalam o odor opressivo do depósito de lixo que, em seus muitos disfarces, assombra as noites das potenciais vítimas da vulnerabilidade crescente”, ou seja, “encarnam – de modo visível, tangível, em carne e osso – o pressentimento inarticulado, mas pungente e doloroso” da condição de descartável daqueles que os perseguem e odeiam.⁵³

A soma desses fatores permite falar, então, no surgimento de um ambiente social pautado pela “mixofobia”, ou seja, pelo medo de misturar-se, ou, ainda, como um “impulso em direção a ilhas de identidade e de semelhança espalhadas no grande mar da variedade e da diferença.”⁵⁴ Na ótica de Bauman, a mixofobia não passa de uma:

[...] difusa e muito previsível reação à impressionante e exasperadora variedade de tipos humanos e de estilos de vida

⁵² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 71.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 73.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 44.

que se podem encontrar nas ruas das cidades contemporâneas e mesmo na mais ‘comum’ (ou seja, não protegida por espaços vedados) das zonas residenciais. Uma vez que a multiforme e plurilingüística cultura do ambiente urbano na era da globalização se impõe – e, ao que tudo indica, tende a aumentar –, as tensões derivadas da ‘estrangeiridade’ incômoda e desorientadora desse cenário acabarão, provavelmente, por favorecer as tendências segregacionistas.⁵⁵

E é em razão dos três motivos apresentados e do correlato ambiente de mi-xofobia que gera o que Bauman se refere : “se não houvesse imigrantes batendo às portas, eles teriam de ser inventados”, uma vez que “eles fornecem aos governos um ‘outro desviante’ ideal, um alvo muito bem-vindo para ‘temas de campanha selecionados com esmero.’”⁵⁶

Nesse ponto, deve-se ressaltar que a formação da opinião pública acerca dos medos, da insegurança e da necessidade de afastá-los por meio da intervenção do sistema punitivo, principalmente sob influência dos meios de comunicação de massa, deságua na pressão popular sobre os poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente a “cada vez mais aterradora criminalidade” sejam efetivamente levadas a cabo.

Com isso, os poderes públicos, “*conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.*”⁵⁷ O Estado, assim, ao invés de introduzir elementos de racionalidade nas demandas por mais segurança, alimenta-as em termos populistas⁵⁸, dado que “*la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública.*”⁵⁹

⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 43.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 73.

⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008. p. 66.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 51.

Por conseguinte, “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o “melhor” para preocupar-se apenas com “o que pode ser transmitido de melhor” e aumentar sua clientela eleitoral.”⁶⁰ Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoreiro, seja por oportunismo ou até mesmo por medo.

Assim, as medidas buscadas pelos atores políticos devem ser “penalógica-mente” críveis e ao mesmo tempo manter a credibilidade política e o apoio popular. Nesse sentido, as respostas ao crime que possam ser tidas como veementes, inteligentes e efetivas ou expressivas são as mais atraentes, ao passo que as que possam ser interpretadas como retração, reconhecimento do fracasso ou dissociadas do sentimento público são consideradas inconvenientes. Ou seja, o problema é mais de retórica política e aparência do que de efetividade prática.⁶¹

Nesse contexto, o Direito Penal assume, como ressalta Albrecht⁶², um caráter de “arma política”, apresentando-se como um instrumento de comunicação, uma vez que ele permite transladar os problemas e conflitos sociais a um tipo de análise específica que se apoia na função analítica e categorial característica do discurso penal, dado que o cumprimento dessa função não requer mais que a demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal.

Por esse viés, Brandariz García⁶³ destaca que “las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 77.

⁶¹ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

⁶² ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000. p. 472.

⁶³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In. CABANA, P. F.; PUENTE ABA, L. M. (org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 37-38.

negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad.”

Chega-se, assim, ao:

[...] reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema.⁶⁴

Entre as razões principais da utilização política do Direito Penal encontra-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos. Não obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.⁶⁵ Com isso, “*el Estado reencuentra o, más bien, persigue la legitimación perdida como consecuencia de su retirada de los territorios de lo económico y de lo social.*”⁶⁶

Vislumbra-se, assim, o surgimento de certo “populismo punitivo” que, na lição de Callegari e Motta, “pode ser definido como aquela situação em que

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr.2008. p. 66.

⁶⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

⁶⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, P. F.; PUENTE ABA, L. M. (org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 38.

considerações eleitorais primam sobre as considerações de efetividade⁶⁷. Para os referidos autores “o discurso político quase nunca reflete as medidas necessárias, embora aparentemente demonstre aos cidadãos certa tranquilidade, que poderá advir das aprovações das medidas propostas.”⁶⁸

Com efeito, a população, apossada diante do medo e da insegurança diante da crescente imigração irregular, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a esses anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por meio de medidas legislativas.

Sobre o tema, Bauman⁶⁹ destaca que os poderes de Estado já não podem mais fazer quase nada para aplacar a incerteza que permeia as relações sociais na contemporaneidade, e “o máximo que podem fazer é mudar seu foco para objetos alcançáveis”, quer dizer, “tirá-la dos objetos em relação aos quais nada podem fazer e colocá-la sobre aqueles que pelo menos lhes propiciam uma demonstração de sua capacidade de manejo e controle.” E os “refugiados, pessoas em busca de asilo, imigrantes – os produtos rejeitados da globalização – encaixam-se perfeitamente nesse papel.”

Ocorre que, em um ambiente tal, as funções do Direito Penal são pervertidas e são oferecidas à opinião pública perspectivas de solução aos problemas que não correspondem com a realidade. Com isso, a “democracia” – lembra Baratta⁷⁰ – é substituída pela “tecnocracia”, ou seja, pela “comunicação” entre os políticos e o

⁶⁷ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In. CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

⁶⁸ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In. CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18-19.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 84.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991. p. 37-55.

público. E quando isso ocorre, a política cada vez mais assume a forma de “espetáculo”, visto que as decisões e os programas de decisão não se orientam no sentido de uma transformação da realidade, mas sim no sentido de uma transformação da “imagem” dessa realidade diante dos espectadores, ou seja, não busca satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, mas sim seguir a corrente da opinião pública.

Ora, a teorização do Direito Penal do Inimigo, no que diz respeito ao seu foco principal – o “inimigo” – tem demonstrado apenas fracasso. Com efeito, a persecução à megacriminalidade constitui a principal afronta à eficiência do Direito Penal. Que punição pode ser imposta, por exemplo, a um terrorista disposto a amarrar explosivos ao corpo?

O terrorista, na contemporaneidade, ao lado dos demais “inimigos” da sociedade, incorpora a figura do “monstro humano” de que fala Foucault,⁷¹ uma vez que ele representa a “infração”, ele “é” a infração, e a infração levada ao seu ponto máximo (infração em estado bruto). O problema está no fato de que, mesmo sendo a infração, ele não deflagra uma resposta da lei. O monstro, portanto, é uma infração que está automaticamente “fora” da lei. É por isso que, para Foucault, “o que faz a força e a capacidade de inquietação do monstro é que, ao mesmo tempo em que viola a lei, ele a deixa sem voz. Ele arma uma arapuca para a lei que está infringindo.”⁷²

No entanto, as equiparações conceituais equivocadas gestadas no bojo do paradigma da segurança cidadã, aliadas à incapacidade do Estado em perseguir a megacriminalidade, fazem com que elementos extraídos desse discurso sejam utilizados para a persecução a outras formas de criminalidade, mais “ao alcance” das mãos dos Estados. E os imigrantes, “em circulação pelo globo, em busca de subsistência e na tentativa de se estabelecer onde ela pode ser encontrada”, acabam por se tornar “um alvo fácil para a descarga das ansiedades provocadas pelos temores

⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2002.

⁷² FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 70.

generalizados de redundância social”, razão pela qual acabam sendo “recrutadas para auxiliar os esforços governamentais dos Estados que pretendem reafirmar sua autoridade, reduzida e enfraquecida.”⁷³

Ou seja, “a maioria dos poderes políticos não tem capacidade nem disposição para se engajar na luta contra as forças criminosas que, com frequência demasiada, controlam recursos que nenhum governo, sozinho e muitas vezes em conjunto, pode igualar.”⁷⁴ Em função disso, “os governos preferem dirigir a animosidade popular contra os pequenos crimes a se engajar em batalhas que com toda probabilidade prosseguirão por um tempo interminável e decerto consumirão recursos incalculáveis, mas que tendem virtualmente a serem perdidas”⁷⁵

Afinal, “com maior efeito e menores custos, os bairros de imigrantes, repletos de potenciais gatunos e batedores de carteira, podem ser usados como campos de batalha na grande guerra pela lei e a ordem que os governos travam com muito vigor e publicidade ainda maior.”⁷⁶

Nesse rumo, a legislação penal dos países centrais europeus voltada à questão da imigração irregular avança no sentido da conformação de um modelo de Direito Penal que assume algumas características peculiares, objeto da análise a seguir.

4 Direito penal versus imigração irregular na União Europeia: rumo à construção de um modelo de direito penal de autor

Conforme salientado no decorrer do presente trabalho, a legislação penal dos países centrais europeus direcionada ao combate à imigração ilegal permite afirmar que se assiste à construção de um modelo de Direito Penal de autor. Tal afirmação é possível a partir da análise de algumas características peculiares do referido modelo.

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 81.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 82.

⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

A primeira dessas características refere-se ao crescente processo de “politização” do Direito Penal, a partir de uma concepção política da noção de segurança, o que representa uma simplificação do discurso político-criminal, que passa a oscilar ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas sérios e efetivos de política criminal. Com isso, “*una necesidad espasmódica de seguridad irrumpe desde los médios de comunicación masivos, exigiendo a lo ‘penal’ el desarrollo de funciones irracionales apotropaicas: no de subsidiariedad, sino de prima ratio, según los recorridos del horror vacui punitivo y de tutela.*”⁷⁷

Como segunda característica, pode-se falar na instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo, ou seja, uma utilização do Direito Penal como instrumento preventivo em lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente delimitado, tornando-se possível falar em uma gestão punitiva dos riscos em geral. Na lição de Pérez Cepeda,⁷⁸ configura-se uma legislação penal no pretérito imperfeito do subjuntivo, a partir da qual “*los comportamientos que se van a tipificar no se consideran previamente como socialmente inadecuados, al contrario, se criminalizan para que sean considerados como socialmente desvalorados.*”

Donini⁷⁹, a esse respeito, discorre a respeito da passagem de um “Estado de Direito” para um “Estado de prevenção”, ou seja, um Estado que, por razões de segurança, pede aos cidadãos a renúncia aos direitos que possuem em face dele, “*anticipando la intervención invasiva de los poderes públicos a todo nivel, y no solo en vista de particulares, circunscritas emergencias.*” Vislumbra-se, então, como demonstrado *supra*, uma crescente utilização, na elaboração legislativa, de estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem um resultado material lesivo, como consequência da concepção do Direito Penal como instrumento de prevenção de riscos.

⁷⁷ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 68.

⁷⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 313.

⁷⁹ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 68.

Por fim, pode-se falar no desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança que permeia as relações sociais na contemporaneidade, em especial no que se refere ao “medo dos estranhos”, dos “parasitas”. Como assevera Díez Ripollés:

[...] se admiten ciertas perdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado...etc.⁸⁰

Essas características permitem concluir que se vivencia, no que se refere ao tratamento penal da imigração irregular na União Europeia, o abandono de um modelo de Direito Penal do fato e a aproximação a um Direito Penal da exclusão.⁸¹ Isso fica evidente quando se constata que não se busca, por meio das medidas penais gestadas para o “combate” à imigração irregular – a exemplo das acima analisadas – a “ressocialização” ou a “reeducação” dos migrantes: elas se voltam, precipuamente, à sua exclusão. Pretende-se, tão somente, excluir o não desejado, o que permite identificar ditas medidas com o Direito Penal do inimigo defendido

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 137.

⁸¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, P. F.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

por Jakobs, uma vez que se está diante de um instrumento executor de uma política meramente inocuidadora.

Nesse sentido, Donini refere que:

[...] el extracomunitario irregular es, por tanto, una persona a excluir, un ‘enemigo’, en el sentido de que se usa contra él el instrumento penal solo para excluirlo: no valen o son meramente formales y ficticios los principios del ‘merecimiento’ de la pena, los criterios ordinarios de la ofensa y de la culpabilidad, de la proporcionalidad retributiva y de las finalidades de recuperación. El hombre, aquí, es solo un ‘alien’ que es devuelto al remitente.⁸²

Isso significa dizer, em outras palavras, que a política criminal que tem orientado as medidas punitivas voltadas ao combate à imigração irregular na União Europeia tem ocasionado um retrocesso rumo à conformação de um modelo de Direito Penal de autor, no qual “*la razón de ser de la punición (o de una respuesta sancionatoria agravada) no consiste en el hecho cometido, sino en el tipo de autor*”, seja porque “*falta el hecho que es sustituido por un sujeto ‘antijurídico’, o porque el ‘hecho’ existe pero es sintoma de un juicio sobre el autor: es verdad que no se quiere la comisión del ‘hecho’, pero porque en realidad es su autor quien resulta indeseable.*”⁸³

Ou seja, o Direito Penal gestado para o combate à imigração irregular na União Europeia configura uma “corrupção” do Direito Penal liberal, uma vez que trata como “proibido”, “reprovável”, “perigoso”, não o ato em si, mas uma “forma de ser” do autor, qual seja, a sua condição de imigrante irregular. E isso representa um retrocesso inadmissível, uma vez que, por meio de um modelo tal de Direito Penal, não se reconhece e tampouco se respeita a autonomia moral da pessoa, quer dizer, sua dignidade humana, olvidando-se, reflexamente, do fato de que o Direito Penal deve estar a serviço da contenção das pulsões absolutistas do Estado de polícia que

⁸² DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 69.

⁸³ DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009. p. 62.

se encontra enclausurado no seio de todo e qualquer Estado de Direito histórico,⁸⁴ razão pela qual somente pode ser utilizado como *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, sendo o respeito aos direitos fundamentais do ser humano o pressuposto central da intervenção punitiva.

5 Conclusão

As políticas de imigração dos países centrais europeus – notadamente os integrantes da União Europeia – assumem na contemporaneidade traços altamente repressivistas e excludentes, uma vez que assentadas em práticas que priorizam o controle das fronteiras no sentido de sua “impermeabilização”, bem como na perseguição e expulsão dos imigrantes que eventualmente conseguem transpô-las.

Isso decorre do fato de que a imigração é vista como uma “ameaça” diante do enxugamento do Estado de Bem-Estar Social e do consequente “parasitismo” representado pelos imigrantes, bem como diante do medo cada vez maior da megacriminalidade, em especial do terrorismo, sempre associado à imigração.

Daí a funcionalidade da construção dos imigrantes irregulares enquanto “sujeitos de risco”, uma vez que os poderes de Estado, diante do fenômeno da globalização, já não podem mais agir com eficácia para aplacar a incerteza que permeia as relações sociais, razão pela qual “mudam seu foco” para objetos alcançáveis, ou seja, para aquilo que pelo menos lhes propicia uma demonstração de sua capacidade de manejo e controle. O objetivo, aqui, é restabelecer a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em afrontar os “riscos” da contemporaneidade por meio do Direito Penal, ainda que à custa de medidas que cumpram com um papel meramente simbólico de “tranquilização”.

No entanto, a partir disso, gera-se um ambiente social de “mixofobia” ou de “medo de misturar-se” com os imigrantes, razão pela qual a sua gestão cada vez

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

mais se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra a imigração irregular, em detrimento da integração dessa população.

Como consequência, verifica-se um franco processo de expansão do Direito Penal, que é chamado a intervir nas questões atinentes à imigração, mais especificamente no que se refere ao controle dos fluxos migratórios. Isso permite afirmar que se assiste, na União Europeia, à construção de um modelo de Direito Penal de autor, visto que, em muitos casos, a condição pessoal de “ser” imigrante ilegal vem sendo, por si só, convertida em delito, ou então considerada enquanto causa de justificação de medidas punitivas mais drásticas que priorizam a inocuidade do indivíduo, propiciando assim uma atuação do direito punitivo em clara afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana.

(Author) criminal law and illegal immigration into the European Union: the “indifference” to the “excess” in a punitive mixofobia environment

Abstract

The paper analyzes the manipulation of criminal law by countries from European Union in order to combat illegal immigration. This study starts on the social and economic reasons that underlie the construction of illegal immigrants as “citizens at risk”. Next, it is demonstrated that this context is able to create a mixofobia environment (afraid to mix it up) in relation to immigrants, which provokes, then, the central concern of labor: the influence of mixofobia on how the Criminal law has been used to control of migration flows by European Union countries. Such behavior allows to affirm that people are witnessing a movement back toward a model of Author Criminal Law, established on punitive measures for highly repressive nature that violate the guarantees of criminal and procedural law of these immigrants.

Keywords: Criminal law. Illegal immigration. European Union.

Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista: a insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal. Barcelona: PPU, 1991.

BARGE, Pierre. Las políticas de inmigración y asilo de la Unión Europea: políticas sin salida. In: ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA. *Derechos humanos en la frontera sur*. p. 6-13.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. ¿Qué hay detrás de los 'sin papeles'? *El País*. Madrid, 4 jan. 2010.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: CABANA, P. F.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (Org.). Funcionalidad de la construcción de los migrantes como sujetos de riesgo en el sistema penal español. Derecho penal del enemigo, gestión de la exclusión e inclusión subordinada. *Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, 2009. Disponível em: < <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/migrant/brandari.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-22.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Teflexiones sobre el derecho penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23 abr.2008.

DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. *Revista Penal*, n. 24, p. 52-70, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2002.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70.

JAKOBS, Günther. La pena estatal: significado y finalidad. In. LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Tomo I. p. 15-61.

LARA, Rafael. ¿Regulación de flujos? 20 años de muerte en las fronteras. In. ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCIA. *Derechos humanos en la frontera sur*. 2008. p. 91.

LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Barcelona: Atelier, 2007.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.