



A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NOS PAÍSES-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA: institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor?

Jeannine Tonetto de Aguiar¹
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth²

Resumo: A expansão do Direito Penal na sociedade mundial, assentada em uma lógica punitiva que se revela na contemporaneidade de um modo bastante contundente por meio de medidas repressivas e segregacionistas direcionadas aos imigrantes irregulares, não condiz com o modelo de Direito Punitivo característico de Estados Democráticos de Direito. Tal expansão do controle penal, como instrumento precípua de controle social, leva à institucionalização de um Estado de exceção para o enfrentamento das questões relacionadas com as políticas migratórias nos países em que esse fenômeno é mais intenso, como é o caso dos países europeus, que vêm convertendo a alteridade do imigrante irregular em princípio de risco, confirmando, dessa forma, um etiquetamento (de não cidadão) sobre esses indivíduos, recomendando-se a utilização de uma nova penalidade (Direito Penal de autor) que, ao criminalizar o imigrante que se encontra em situação irregular, impede a real efetividade dos direitos humanos ao afrontar os direitos e garantias fundamentais desses sujeitos. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar a institucionalização desse novo modelo de Direito Penal de autor no qual o Estado de exceção se transforma em paradigma dominante de governo.

Palavras-chave: Imigração irregular; Direito Penal de autor; Criminalização; Direitos humanos.

Abstract: The expansion of Penal Law in the global society, based on a punitive logic that is revealed in the contemporaneity in a scathing way through repressive

¹ Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista do Programa CAPES/PROSUP. E-mail: jeanninetonetto@hotmail.com.

² Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNISINOS e UNIJUÍ. E-mail: madwermuth@gmail.com.

and segregationist measures aimed at irregular immigrants, does not match the characteristic Punitive Law model of Democratic States of Law. This expansion of penal control, as precipitous instrument of social control, leads to the institutionalization of a state of exception for dealing with issues related to migration policies in countries where this phenomenon is more intense, as is the case of European countries, which have been converting the otherness of irregular immigrants in a risk situation, confirming, in that way, a labeling (of not citizens) on these individuals, recommending the use of a new penalty (Penal Law of author) that, by criminalizing the immigrant in irregular situation, prevents the actual effectiveness of human rights by confronting the fundamental rights and guarantees of those subjects. In this sense, this study seeks to analyze the institutionalization of this new model of Penal Law in which the state of exception becomes the dominant paradigm of government.

Keywords: Irregular immigration; Penal Law of author; Criminalization; Human rights.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade evidencia uma nova perspectiva social, que a partir do surgimento de novos riscos e da intensificação da sensação de medo e insegurança, manifesta o anseio social pela transformação dos mecanismos punitivos no sentido de dar maior proteção e eficácia às instâncias de controle social através da ampliação da intervenção do Direito Penal.

Tal expansão do Direito Penal produz a segregação seletiva de grupos de risco, que passam a ser temidos pela sociedade mundial em razão da criação de estereótipos, como é o caso dos imigrantes em situação irregular, que diante do atual ambiente de guerra vivenciado pela sociedade mundial, especialmente após os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos últimos anos, convertem a imigração irregular em uma situação de guerra, merecendo os imigrantes o mesmo tratamento direcionado ao terrorismo; por outro lado, também relacionam a permanência do imigrante com o aprofundamento dos problemas estatais, fundamentando assim, sob a perspectiva de novos riscos, que os imigrantes são causadores de mal-estar, “inimigos” da sociedade, que ameaçam a ordem social.

Cria-se uma situação de “combate” à imigração irregular que se torna institucionalizada nos países em que esse fenômeno migratório é mais intenso, como é o caso dos países da União Europeia, que passam a adotar políticas migratórias demasiadamente repressivas e segregacionistas. Essas medidas sustentam-se na punição aos imigrantes que se encontram em situação irregular, a partir da construção de uma nova penalidade em que o imigrante deixa de ser punido por cometer qualquer tipo de infração e passa a ser penalizado pela condição pessoal de estrangeiro, ou seja, pelo simples fato de “ser” imigrante irregular.

Destarte, o presente trabalho tem como escopo analisar a institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor, fundamentando nessas medidas de controle e punição, que supõem nítidas afrontas aos postulados nas declarações de proteção aos direitos humanos ao acarretar, por consequência, graves violações aos direitos e garantias fundamentais desses sujeitos.

1. A DESUMANIZAÇÃO DO IMIGRANTE NA SOCIEDADE DO RISCO: do medo e insegurança à lógica punitiva

Os atentados terroristas envolvendo o Pentágono e o World Trade Center, em 11 setembro de 2001, na cidade de Nova Iorque, constituíram ponto de partida de políticas de segurança mais enfáticas que fortaleceram a institucionalização de novas medidas pautadas no reconhecimento do atual ambiente de “guerra global e geral” vivenciado desde então (HARDT; NEGRI, 2005, p. 21-22).

A guerra, segundo Michael Hardt e Antonio Negri (2005, p. 23), que antes se tratava de um limitado estado de exceção e que a partir do pensamento moderno separava-se da política, tem se transformado, na pós-modernidade, em uma condição geral, uma vez que deixa de fazer parte de momentos e locais isolados e passa a fazer parte, constantemente, do momento atual, assim reconhecido como “estado de guerra global”.

Com o surgimento de guerras civis globais através de conflitos armados e o declínio da soberania dos Estados-nação em face do Império global, o estado de exceção se torna a regra. A guerra se torna permanente e “vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações”. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 26-33).

A guerra passa a estabelecer relações de poder e métodos de dominação, independentemente do envolvimento de violência ou derramamento de sangue. Com isso, o estado de guerra global se transforma em um “*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”. Dessa forma “a vida cotidiana e o funcionamento normal do poder passaram a ser permeados pela ameaça da violência da guerra”. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 34).

Nesse contexto de guerra global, o estado de exceção, segundo Giorgio Agamben (2004, p. 13), se apresenta como “paradigma de governo dominante na política contemporânea”, que ao tornar uma medida excepcional em uma técnica de governo modifica “a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição”, de modo que “o estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

Agamben (2004, p. 14) aponta como exemplos dessa biopolítica do estado de exceção medidas implementadas após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, como a “military order” adotada pelos Estados Unidos, em 13 de novembro de 2001, que autoriza a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” daqueles sujeitos considerados suspeitos de envolvimento em atividades terroristas; e o “USA Patriot Act”, promulgado em 26 de outubro de 2001, que autoriza a prisão e expulsão do estrangeiro suspeito de práticas que coloquem em risco a segurança nacional dos cidadãos americanos. Percebe-se, dessa forma, que a “ordem” dada pelo presidente Bush “está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”.

Nesse sentido, Agamben (2004, p. 14) destaca, ainda, a situação em que se encontravam os talibãs capturados no Afeganistão e aprisionados em Guantánamo: ao não gozarem do estatuto de prisioneiros de guerra conforme a Convenção de Genebra, bem como ao não serem considerados acusados pelas leis norte-americanas, “nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário”.

A detenção indefinida, observada e considerada por Judith Butler (2006, p. 97) como um exercício ilegítimo do poder, representa uma estratégia de

neutralização do estado de direito em nome da segurança pública: “no significa una circunstancia excepcional, sino más bien el medio por el cual lo excepcional se convierte en una norma naturalizada”. O estado de emergência pode suspender a lei e passar a atuar, baseado na soberania, de forma estranha a ela.

Dessa forma, a lei, de acordo com Butler (2006, p. 114), transforma-se em um instrumento de poder que pode ser aplicado e suspenso conforme a vontade da soberania, não estando o Estado sujeito a ela, bem como não se trata do que distingue um ato de governo legítimo ou ilegítimo. A soberania “constituye una relación de explotación de la ley, instrumental, desdeñosa, sustitutiva, arbitraria”.

A vontade do soberano impera no estado de exceção que se torna uma forma legal de algo não legal, se normalizando e constituindo como paradigma de governo. Este estado de exceção, segundo Agamben (2004, p. 131), “em que vivemos” atualmente, como forma de governo, atingiu o “seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito”.

Criam-se estados de emergência a partir de fenômenos tidos como problemáticos como o terrorismo e os fluxos migratórios em massa, por exemplo. Os atentados terroristas ocorridos em Paris, em novembro de 2015, demonstraram, segundo Butler (apud FERREIRA, 2015), um estado de emergência: imediatamente após os eventos, os discursos midiáticos e políticos eram de “guerra ao terrorismo” a partir da intensificação do estado de segurança e do combate aos imigrantes (considerados inimigos), isto porque um dos assassinos do referido atentado havia entrado no país pela Grécia. Assim, ao se tornarem frequentes fenômenos como esses, perde-se a normalidade do Estado e criam-se situações extraordinárias de guerra contra “inimigos” *ad hoc*. Essa situação remete ao discurso utilizado por Günther Jakobs (2010, p. 51), de que “*guerra*” e “*luta*” implicam a existência de um inimigo que é preciso combater”.

O inimigo, representado por aquele grupo que constitui perigo ao Estado, é “avaliado” segundo Butler (2006, p. 107), no estado de emergência, pelo Poder Executivo, que transforma, dessa forma, o sujeito em objeto de política do Estado. Assim sendo, ao se julgar uma pessoa como perigosa, deixa de ser um problema decidir se ela cometeu ou não alguma ação criminosa.

Assim, o estado de exceção não reconhece o destinatário da norma como pessoa de direitos e passa a considerá-lo um inimigo do sistema que deve ser combatido, que tem negada sua condição como pessoa. Nesse sentido, é de suma importância destacar os apontamentos feitos por Günther Jakobs (2010, p. 31-36), que entende que deve haver uma diferenciação entre aqueles sujeitos considerados “cidadãos” e aqueles que seriam considerados “inimigos” do Estado, de modo que, deve haver dois tipos de direitos: um deles direcionado ao cidadão (ainda que este tenha praticado ato ilícito será punido como cidadão por ser reconhecido pelo Direito); e o outro, direcionado ao Direito Penal do inimigo (direcionado àqueles que tenham se comportado ou praticado ações que se afastam de forma decidida pelo Direito, razão pela qual, não podem ser tratados como pessoas, por não respeitarem e constituírem ameaça à ordem social, não merecem os benefícios dos direitos que esta ordem garante). Como refere o autor (2010, p. 40), “o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”, portanto, “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.

Percebe-se, através do Direito Penal do inimigo, a ocorrência de uma alteração estrutural de orientação na política criminal de controle penal, caracterizada pela extrema expansão do direito penal, em que a política criminal, como menciona José Francisco Dias da Costa Lyra (2013, p. 236-237), passa a ser guiada pelo “eficientismo penal”. Esse modelo,

que acompanha o moderno direito penal, orientado pelo risco e o medo, constitui uma nova forma de direito penal da emergência, estendendo a guerra aos conflitos sociais e políticos, permitindo, portanto, que o conflito bélico permaneça em aberto nas sociedades, despregando-se da conflituosidade social de forma violenta. O direito penal é pervertido em uma “panaceia” para a cura de todos os males sociais, deslizando a um modelo totalitário de política criminal”.

A expansão do direito penal na atual evolução modernizante da política criminal nas últimas décadas, segundo Manuel Cancio Meliá (2010, p. 82-83), inverteu o processo havido nos movimentos de reforma despenalizantes, somando-se ao discurso monopolizado pelo movimento de criminalização “lei e ordem”

utilizado pela direita conservadora, ao passo que a esquerda, que antes defendia políticas de descriminalização, agora, passou a inserir em suas políticas o Direito Penal e novas infrações por meio do discurso “*law of order*”.

A alteração do modelo despenalizador e ressocializador pelo modelo de neutralização do criminoso (punitivismo) se estabelece na expansão/modernização do “Direito Penal do risco”, que surge como uma nova forma por excelência no tratamento e combate à criminalidade. Nesse sentido, cumpre destacar a observação feita por José Luis Díez Ripollés (2005, p. 3-10) no que diz respeito ao projeto de “paradigma da segurança cidadã” proposto pelo Direito Penal da sociedade do risco³ que se afasta da sua ideia principal de tratamento aos crimes tecnológicos ou da megacriminalidade, e passa a combater a criminalidade “clássica”, dos “socialmente excluídos”.

Tal segurança cidadã, segundo Díez Ripollés (2005, p. 10), consolidou um novo modelo penal surgido na sociedade de risco, em que

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.

Este novo modelo penal (de modernização do direito penal) que deve atender aos cidadãos, tem de controlar a insegurança e os perigos advindos pela moderna sociedade de risco, respondendo às novas formas de criminalidade originada pelos socialmente marginalizados (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 10).

Assim, a constatação de “inimigos” (não cidadãos), bem como a difusão de medos e inseguranças passam a se tornar os principais condicionantes da política criminal moderna.

Nessa linha, o medo ganha destaque para Zygmunt Bauman (2008, p. 11), que refere que os medos contemporâneos são sentidos de forma ubíqua e são resultado de uma sociedade caracterizada por constantes transformações, incertezas e ausência de segurança em vários níveis impostos pela modernidade.

³ A “sociedade de risco” para Ulrich Beck (2010, p. 26) tem origem a partir da ruptura da modernidade com a sociedade industrial clássica, e se caracteriza na atual sociedade em que os riscos contemporâneos tidos como “riscos da modernização” (sociais, econômicos, políticos e industriais) se tornam cada vez maiores em decorrência dos avanços tecnológicos da globalidade.

Para Bauman (1998, p. 14) a modernidade criou uma ordem⁴ baseada na visão da “pureza” que caracteriza a localização correta e conveniente das coisas e das pessoas, “de uma situação em que cada coisa se acha em seu justo lugar e em nenhum outro”, definindo quem são as pessoas do lugar e quem são as pessoas estranhas, incompatíveis a este. Esta ideia de ordem excluí aqueles que são considerados “sujos”, “fora do lugar”, um obstáculo para a ordem desejada.

Através do paradigma da pureza, busca-se “combater a sujeira”, os “estranhos”, os “estrangeiros”, aqueles considerados “sujeitos de risco”, que na atual sociedade pós-moderna são vistos como potenciais usurpadores, intrusos, “parasitas” do modelo social de Estado de bem-estar, que por não compartilharem das mesmas normas propostas pela sociedade são considerados uma ameaça à pureza criada pela organização (BAUMAN, 1998).

O “parasitismo social”, de acordo com Alexis Spire (2013), possui papel fundamental na adoção de medidas de exclusão, uma vez que, o “combate” aos imigrantes não se daria mais em virtude de concepções xenofóbicas (de suspeitas e aversão aos estrangeiros), e sim numa tentativa de salvaguardar o Estado social aos cidadãos autóctones. A luta contra os que estariam abusando dos sistemas de proteção social preenche uma função ideológica de “fornecer legitimidade simbólica a políticas de exclusão que de outra forma teriam de enfrentar a desaprovação de parte da população”, associando-se assim, “a manutenção da proteção social à rejeição aos estrangeiros”. Para o autor “por muito tempo, o objetivo de controlar a imigração ganhava sentido pela necessidade de proteger do mercado de trabalho nacional de uma concorrência estrangeira desleal”, ocorre que, atualmente “isso se conjuga a uma cruzada moral que se busca caçar o “assistencialismo” e transformar o imigrante no coveiro do Estado de bem-estar social”.

Além do parasitismo social, há ainda outro fator que tem contribuído para a construção dos imigrantes como “sujeitos de risco” que é a relação destes com questões relativas ao terrorismo, que, diante do atual ambiente de guerra vivenciado pela sociedade mundial, convertem a imigração irregular em uma situação de guerra, merecendo os imigrantes o mesmo tratamento direcionado ao terrorismo mundial, fazendo com que, como bem refere Maiquel Angelo Dezordi Wermuth

⁴ A palavra “ordem”, segundo Bauman (1998, p. 15), significa “um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas em uma hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outro menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis”.

(2011, p. 185), “recaia sobre todo e qualquer imigrante uma ‘fundada suspeita’ de uma ‘potencialidade terrorista’”.

Bauman (2005) refere que após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro em Nova Iorque, os refugiados passaram a ser vistos como uma ameaça à segurança, ainda que nenhum dos sujeitos relacionados ao atentado tenham solicitado refúgio ou sido refugiados. Criou-se um medo coletivo à serviço da política de segurança, em que

o novo medo dos terroristas foi misturado e cimentado com o ódio aos “parasitas”, sentimento bem entrançado, 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 *precarité* 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 fotogênica, em que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública (BAUMAN, 2005, p.71).

Tal “potencialidade terrorista” associada à figura do imigrante somada ao “parasitismo social”, para Bauman (2009, p. 43), permitem o surgimento de um ambiente social fundamentado pela “mixofobia”, ou seja, pelo medo de misturar-se, que se trata de uma

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

Na tentativa de garantir a própria segurança, busca-se a convivência com os semelhantes e afastam-se os diferentes, dessa forma, “quanto mais as pessoas se isolam nessas comunidades muradas feitas de homens e mulheres semelhantes a eles mesmos, menos são capazes de lidar com os estrangeiros” e por tal razão, cada vez mais, “têm medo deles”. (BAUMAN, 2009, p. 85).

Tal lógica do risco e do medo do delito, em que a mixofobia alimenta a desconfiança em face do “diferente”, tende a proliferar, segundo José Ángel Brandariz García (2010, p. 4-5) principalmente pela influência dos discursos midiáticos e políticos referente as políticas migratórias, em que se projeta aos imigrantes todo e qualquer anseio e perigo, bem como, a responsabilidade por quaisquer problemas decorrentes.

Os meios de comunicação de massa são, segundo Brandariz García (2010), a mais importante forma de influência na formação de estereótipos aos imigrantes e os grandes responsáveis pelos efeitos negativos nas políticas migratórias, principalmente no que tange ao processo de criminalização desses sujeitos, isto pois, ligam o fenômeno migratório à delinquência e inseguranças, formando uma opinião pública baseada no pavor e no medo, que irá acreditar que somente através de um recrudescimento punitivo se irá afastar a ameaça visualizada na figura dos imigrantes.

A população, ciente da necessidade da intervenção do sistema punitivo para afastar a criminalidade associada à imigração, pugna reformas penais aos poderes públicos, logo, os imigrantes se tornam um alvo fácil “para a descarga das ansiedades provocadas pelos temores generalizados de redundância social”, motivo pelo qual são utilizados “para auxiliar os esforços governamentais dos Estados que pretendem reafirmar sua autoridade, reduzida e enfraquecida.” (BAUMAN, 2005, p. 81).

A maioria dos poderes públicos, segundo Bauman (2005, p. 82), não possui “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”, por tal razão, “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”. Assim,

procurar o Inimigo Número 1 entre os infelizes imigrantes dos *banlieus* e nos acampamentos para pessoas em busca de asilo é bem mais oportuno e conveniente, mas acima de tudo menos incômodo. 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. (BAUMAN, 2005, p. 82).

Nesse sentido, Bauman (2005, p. 73) menciona que esse processo de criação do “inimigo” serve a interesses escusos de governos e Estados, pois “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”. Assim, os poderes de Estado,

que não podem fazer quase nada para aplacar a incerteza, muito menos para eliminá-la. O máximo que podem fazer é mudar seu foco para objetos alcançáveis. 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. Refugiados, pessoas em busca de asilo, imigrantes – os produtos rejeitados da globalização – se encaixam perfeitamente nesse papel. (BAUMAN, 2005, p. 84).

Nessa linha, alguns países europeus, têm edificado, a partir dessas práticas discursivas midiáticas e governamentais voltadas à segurança nacional somadas à retórica do perigo, a adoção de uma nova política criminal direcionada ao controle de suas fronteiras nacionais e ao “combate” à imigração irregular, conforme análise que será empreendida na sequência.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO IMIGRANTE IRREGULAR EM DIREÇÃO A UM MODELO DE DIREITO PENAL DE AUTOR

O tratamento legal da questão da imigração irregular pelos países europeus é analisado por Margarita Martínez Escamilla (2009, p. 5), ao sintetizar a “luta” contemporânea contra a imigração irregular na União Europeia em três principais objetivos, quais sejam: “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”.

No que se refere ao primeiro objetivo do controle dos fluxos migratórios pela Europa, de “evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem”, se refere à tarefa dos países de trânsito e de origem migratório com destino à Europa em conter a imigração, como uma função de guardas das fronteiras. A partir de tal objetivo

observa-se que o controle das fronteiras tem início muito antes do acesso aos países de destino, conforme menciona Ana María López Sala (2007, p. 102-103):

En los últimos años ha sido habitual la firma de acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación en el control y la lucha contra la inmigración irregular. Puede afirmarse que hemos asistido a una creciente transnacionalización de esta política y al incremento de su peso en la agenda internacional. Estas iniciativas han tenido un doble alcance, incluyendo tanto acuerdos con otros Estados receptores como con países de tránsito y de origen. La cooperación han sido especialmente intensa en Europa. En contra de la «renacionalización» de las políticas, los acuerdos de Schengen y, posteriormente, de Ámsterdan y Tampere han alentado la colaboración interestatal em materia de justicia, seguridad y fronteras, de lo que da muestra la reciente creación de la Agencia europea de control de las Fronteras Exteriores, Frontex⁵. Estos objetivos se han concretado no sólo em modificaciones normativas, sino en la vigilancia y la financiación conjunta y la colaboración policial.

Campanhas informativas com o objetivo de dissuadir a saída dos imigrantes, ainda, políticas de restrições de concessão de vistos, de refúgio e de agrupamento familiar têm se transformado em mecanismos de controle para além das próprias fronteiras (LÓPEZ SALA, 2007).

A impossibilidade de sair de seu país de origem por vias formais pode acarretar consequências terríveis ao sujeito que tenta transpor fronteiras, como a sua detenção, ou, o aumento do tráfico de pessoas. Ainda, como se tem registrado nos últimos anos, tal medida de externalização do controle de fronteiras acaba por resultar em milhares de mortes de imigrantes em acidentes marítimos ou terrestres.

No que tange à perda de vida dos imigrantes, atenta-se também para outra situação, em que os países que se comprometeram em acordos com a União Europeia a conter a imigração têm praticado imensas crueldades contra os migrantes irregulares, como bem refere Martínez Escamilla (2009, p. 6):

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

⁵ A Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (Frontex) criada pelo Regulamento (CE) nº 2007, em outubro de 2004, coordena a cooperação operacional entre os Estados-Membros da União Europeia no controle das fronteiras externas. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/frontex/index_pt.htm>. Acesso em: 09 jan. 2016.

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 das políticas migratórias europeias é “evitar a entrada dos imigrantes na Europa”. Com isso, objetiva-se impermeabilizar as fronteiras de forma a impedir o ingresso dos imigrantes, principalmente daqueles que possam tentar entrar de maneira irregular.

Percebe-se que, atualmente, os controles migratórios de saída em países de origem e trânsito somados às restrições de entrada na Europa, praticamente impedem, de qualquer maneira, que o sujeito exerça seu direito de livre circulação. Nessa política afirmada, a Europa fecha suas fronteiras, selecionando quem entra em seu território.

Neste contexto, no que tange à seleção dos imigrantes, a gestão da imigração nos países europeus passa a se desenvolver de maneira inspirada fundamentalmente nos interesses econômicos dos Estados-membros, como bem refere Martínez Escamilla (2009, p. 5) ao analisar a situação da Espanha:

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.

Ainda em relação à regulação da imigração na União Europeia, a dimensão laboral do imigrante ganha especial relevância. Segundo Martínez Escamilla (2007, p. 22-23), “cuántos y qué inmigrantes estamos dispuestos a aceptar es algo a determinar en atención fundamentalmente a las necesidades de nuestro mercado laboral”.

Nessa linha de gestão migratória fundamentada a partir de questões relativas aos interesses econômicos e à proteção ao mercado de trabalho, López Sala (2007, 101) refere que:

Los Estados han puesto en práctica mecanismos que han promocionado las llegadas de aquellos flujos considerados beneficiosos según intereses económicos o de la política exterior. El ejemplo más ilustrativo lo constituye quizás el caso de los trabajadores de alta cualificación, en donde las reservas del pasado han sido sustituidas por los incentivos, no sólo en Canadá y Estados Unidos, sino también más recientemente en Europa, como ponen de manifiesto las iniciativas británicas y Alemania y los borradores de las nuevas directivas europeas en materia de admisión de investigadores y talentos. Esta excepcionalidad migratoria somete a esta categoría de inmigrantes a restricciones mucha más levianas en los procesos de entrada y establecimiento y las fronteras pierden vigor como piezas del juego migratorio.

É a partir dessa influência no cenário econômico e das necessidades do mercado de trabalho que se têm, então, regulado as políticas de controle imigratório nos países europeus.

Por fim, no que tange ao terceiro objetivo das políticas de controle de fluxos migratórios, que é “forçar os imigrantes a saírem do território europeu”, acaba por fazer com que aquele imigrante que conseguiu transpor a fronteira seja forçado, através de inúmeras medidas, a retornar ao seu país de origem, muitas vezes, inclusive, em condições perigosas e insalubres. Para López Sala (2007, p. 105),

la práctica de disuasión más extrema ha sido la interceptación de embarcaciones en aguas internacionales, medidas que han producido un gran rechazo entre las organizaciones civiles y de derechos humanos. [...] En el caso europeo la interceptación en alta mar se está convirtiendo, paulatinamente, en una prolongación de la vigilancia marítima de la frontera sur y de la ejecución de los acuerdos de devolución.

A Europa, então, demonstradamente a partir de tais objetivos, passa a reconhecer a imigração como um problema, atuando na forma de controle e expulsão desses fluxos migratórios. Nesse contexto, passa-se a criminalizar as imigrações irregulares justificando o endurecimento das medidas de controle impostas aos imigrantes pela potencial ameaça que representam.

Nesse sentido, a União Europeia adotou um ato legislativo que demonstra a utilização de medidas punitivas no tratamento ao controle da imigração irregular. A denominada “Diretiva de Regresso” nº 2008/115/CE⁶, aprovada pelo Parlamento Europeu em dezembro de 2008, ao propor um maior controle aos fluxos migratórios, delimita as normas e os procedimentos utilizados para o regresso de nacionais de

⁶ Diretiva nº 2008/115/CE, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TC&reference=P6-TC1-COD-2005-0167&language=PT>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

países terceiros em situação irregular, concedendo autonomia procedimental e poder discricionário aos Estados-membros para o regresso, voluntário ou involuntário, de nacionais de países terceiros do território da União Europeia.

O artigo 15⁷ da respectiva Diretiva, confere autorização aos Estados-membros para realizar a prisão dos imigrantes durante o procedimento de expulsão por um período de até seis meses, podendo, ainda, tal privação de liberdade ser prolongada pelos Estados-membros por até doze meses a mais.

Em relação à criminalização da imigração irregular, importa referir a política criminal adotada pelo governo Italiano que, através da Lei nº 125⁸, de 25 de julho de 2008, introduziu um novo parágrafo (11-*bis*) no artigo 61 do Código Penal, que agrava a presença irregular de estrangeiro no território do país, buscando qualificar a pena do delito por parte de um imigrante irregular.

Há ainda, nesse sentido, a Lei nº 94, de 15 de julho de 2009, que alterou o Decreto Legislativo nº 286, de 25 de julho de 1998, *testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*⁹, ao inserir o artigo 10-*bis* que institui como crime punível com pena de expulsão do país, a permanência irregular de estrangeiro no território italiano.

A Lei nº 94/2009, também modificou o parágrafo 5-*ter* do artigo 14 do Texto Único sobre a imigração, para criminalizar com pena de prisão de um a quatro anos, o estrangeiro que, em violação de uma ordem de expulsão, permanecer ilegalmente em território italiano.

Percebe-se, desse modo, que o Estado italiano pune a mera situação pessoal do estrangeiro – considerado aquele cidadão de países de fora da União Europeia e os apátridas –, tratando dos imigrantes irregulares apenas como objetos de suas políticas.

Nessa linha, atenta-se para a recente alteração aos chamados “delitos de solidariedade” na Espanha, em que se alterou o artigo 318 *bis* do Código Penal espanhol através da Lei Orgânica nº 1¹⁰, de 30 de março de 2015, no sentido de excluir de punição aquele que, supostamente, ajudar o imigrante por motivação

⁷ Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/diretiva_de_retorno.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁸ Disponível em: <http://www.prefettura.milano.it/ordinanze/pag/l24luglio2008_n125.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹ Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

¹⁰ Lei Orgânica nº 1/2015. Disponível em: <<http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

humanitária, entretanto, ainda se observa a intenção de impedir que se auxilie/colabore na entrada de imigrantes em território espanhol sob pena de prisão de três meses a um ano, que poderá ser imposta na sua metade superior, caso os atos sejam cometidos com fins lucrativos.

Há, ainda, a existência de outros tipos de penas voltados a atingir o imigrante, de forma a dificultar o seu projeto migratório, como por exemplo, a criminalização da atividade dos “manteros” (vendedores ambulantes de reproduções ilícitas, como CD’s e DVD’s, que expõem suas mercadorias sobre mantas nas ruas) na Espanha, que está relacionado com o objetivo de impedir a permanência do imigrante. A atividade de “mantero” resta como uma saída aos imigrantes, uma vez que, são proibidos de trabalhar e é proibido dar-lhes emprego. (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009).

Tal dificuldade colocada aos imigrantes encontra-se prevista no artigo 270 do Código Penal espanhol, também modificado pela Lei Orgânica nº 1/2015¹¹, que prevê pena de prisão de seis meses a quatro anos para quem, com ânimo lucrativo direto ou indireto e em prejuízo de terceiro, reproduza, plagie, distribua ou comunique publicamente, 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 seuscessionários.

Nota-se assim, mais um exemplo do quão disposta está a Europa na luta contra a imigração irregular, bem como a situação de exclusão na qual se encontra o imigrante irregular, como menciona Martínez Escamilla (2009, p. 14):

en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social. O quizá hubiera que invertir los términos, pues en último extremo no es la extranjería sino la pobreza el hecho diferencial. En cualquier caso, es justamente el inmigrante irregular el ejemplo más evidente de exclusión del individuo operada por las normas: sin papeles, sin derechos, sin ni siquiera posibilidad de ganarse un sustento. Estando prohibido trabajar y castigado el dar empleo a un inmigrante irregular, a éste le resulta muy difícil encontrar un trabajo, si quiera eventual, y si lo obtiene suele ser en condiciones de explotación.

O imigrante excluído se vê encurralado pelo Direito Penal, que de acordo com Martínez Escamilla (2009), é chamado para a proteção da população europeia em

¹¹ Lei Orgânica nº 1/2015. Disponível em: <<http://boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

“defesa” dos imigrantes irregulares e não na defesa dos direitos dos imigrantes/estrangeiros.

Esse tratamento penal direcionado à imigração irregular, segundo Massimo Donini (2009, p. 187-188), apresenta “*una política de la exclusión, penalmente armada*”, em que se evidencia o abandono do modelo de Direito Penal do fato e a adoção, cada vez maior, de um modelo de Direito Penal da exclusão, em que se objetiva a adoção de medidas penais orientadas para o “combate” da imigração irregular, para a exclusão dos imigrantes e não a utilização das medidas penais para a ressocialização daqueles que delinquem, o que identifica, por sua vez, um modelo de Direito Penal do inimigo, que objetiva tão somente a inocuização do sujeito, 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, transformando la respuesta penal en la más típica de un derecho penal de autor*”.

Nesse sentido, ocorre a expansão do Direito Punitivo no sentido em dar resposta aos medos e inseguranças da população em relação a imigração irregular. O Direito Penal, com o objetivo de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo, passa a ser utilizado como instrumento preventivo, levando ao reconhecimento, segundo Donini (2009, p. 205-206), da “*transición de un Estado de derecho a un Estado de prevención*”, ou seja, “*un Estado que por razones de seguridad pide a los ciudadanos la renuncia a los derechos que tienen frente al Estado mismo, anticipando la intervención invasiva de los poderes públicos a todo nivel, y no sólo en vista de particulares, circunscritas emergências*”.

Com o objetivo de garantir maior segurança aos cidadãos passou-se a sustentar o endurecimento das leis e medidas punitivas no tratamento direcionado àqueles sujeitos considerados de risco. Nesse sentido, a finalidade de tornar eficaz o controle dos fluxos migratórios em alguns países europeus têm levado a adoção de políticas criminais que tem orientado as medidas punitivas ao “combate” à imigração irregular consistido no surgimento de novas formas de Direito Penal de autor mascaradas dentro dos regulamentos do Direito Penal do fato, em que “*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*”, isto pois, “*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”. (DONINI, 2009, p. 192).

Essa identificação de determinados grupos de infratores como “inimigos”, fonte de perigo, atribuindo-lhe uma perversidade, uma “demonização”, que criminaliza uma determinada forma de “ser” do autor, no caso em comento a condição de ser “imigrante irregular” consiste em um Direito Penal de autor e não do fato. Este modelo de Direito Penal de autor representa um retrocesso inadmissível, uma vez que, tal modelo de Direito Penal, não respeita a dignidade da pessoa humana, bem como não reconhece aos direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO

Visando ao controle das fronteiras, países da União Europeia assumem, na contemporaneidade, a institucionalização de políticas de imigração demasiadamente repressivas que objetivam a exclusão e expulsão daqueles imigrantes que ultrapassam fronteiras de forma irregular.

A imigração irregular percebida como uma ameaça fundamentada a partir da construção de novos riscos transforma o medo na base de políticas de controle e exclusão. Tal demanda por mais segurança diante da crescente sensação de medo e pavor consequentes da visão “terrorista” e “parasita” direcionada ao sujeito imigrante, altera o foco dos Estados-membros que passam a criminalizar a imigração irregular, de forma que, o imigrante deixa de ser punido por cometer qualquer tipo de infração e passa a ser punido pela condição pessoal de estrangeiro, ou seja, pelo simples fato de “ser” imigrante irregular.

Este processo de criminalização não identifica o fato cometido e sim um determinado “tipo de autor” que comete o fato, através de uma rotulação do sujeito criminoso, o que aumenta imensamente o grau de culpabilidade daquele considerado infrator, reforçando a necessidade e a justificação de medidas de proteção que garantam a segurança pública diante da ameaça personificada pelo sujeito estereotipado.

Esse processo é, cada vez mais visível nas políticas migratórias dos países europeus, que, ao criminalizar a imigração irregular, abandonaram os postulados nos direitos humanos consagrados internacionalmente, ignorando valores fundamentais humanos como, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **La construcción de los migrantes como categoría de riesgo**: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español. 2010. Disponível em: <<http://ecrim.es/publications/2010/ConstruccionMigrantes.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. In: **Revista Nuevo Foro Penal**, v. 5, n. 72. 2009. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1862/1862>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

FERREIRA, Helder. Judith Butler reflete sobre atentados em Paris. In: **Revista Cult**. 2015. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2015/11/judith-butler-reflete-sobre-atentados-em-paris/>>. Acesso em: 12 jan 2016.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19-47.

_____. Terroristas como pessoas de direito? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49-68.

LÓPEZ SALA; Ana María. La ley de la frontera: migraciones internacionales y control de flujos. In: **Revista de Occidente**. Madrid: Fundación José Ortega y Gasset. Nº 316, sep. 2007.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração**: criminalização e subsistema penal de exceção. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

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.

_____. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? In: **Revista Para el Análisis del Derecho**. Nº 3, 2009. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138050/188695>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71-110.

SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia: do “descaso” ao “excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia. In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 167-204, jul./dez. 2011.