



Jeannine Tonetto de Aguiar e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

*Expansão do Direito Penal e controle de fluxos migratórios na
contemporaneidade*

DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(22\)2018.ic-05](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(22)2018.ic-05)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Expansão do Direito Penal e controle de fluxos migratórios na contemporaneidade¹

Expansion of the Criminal Law and control of migratory flows in the contemporary world

Jeannine Tonetto de AGUIAR²
Maiquel Ângelo Dezordi WERMUTH³

RESUMO: A expansão do Direito Penal na sociedade contemporânea, decorrente da sua consideração enquanto instrumento precípua de controle social em face dos riscos que essa sociedade apresenta, não condiz com o modelo de Direito Punitivo característico de Estados Democráticos de Direito. Tal expansão decorre da difusão de discursos sociais de medo e insegurança que são amplamente potencializados e manifestados pela mídia e, quando apropriados pela política, produzem medidas que preconizam a segregação seletiva de grupos considerados enquanto “produtores” de risco, como é o caso dos imigrantes em situação irregular, invariavelmente relacionados ao aumento da criminalidade e da insegurança nos países de destino. Essas medidas representam a institucionalização de um Estado de exceção para o enfrentamento das questões relacionadas às políticas migratórias nos países em que esse fenômeno é mais intenso, como é o caso de alguns países centrais da União Europeia, que vêm convertendo a alteridade do imigrante irregular em princípio de risco, estabelecendo, dessa forma, um etiquetamento (de não cidadão) sobre esses indivíduos, recomendando-se a utilização de uma nova penalidade (Direito Penal de autor) que, ao criminalizá-los, os coloca em uma situação de extrema vulnerabilidade. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar a institucionalização desse novo modelo de Direito Penal, fundamentado em medidas excludentes, repressivas e segregacionistas que impendem a real efetivação dos direitos humanos, ao afrontar os direitos e garantias fundamentais dos imigrantes em situação irregular, ao transformá-los em meros “objetos” de punição.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração irregular; Direitos humanos; Direito Penal; Criminalização; União Europeia.

¹ Os autores publicaram um artigo sobre a mesma temática em 2016, intitulado "A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NOS PAÍSES-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA: institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor?": <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/14627/3062>.

² Mestra em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada. E-mail: jeanninetonetto@hotmail.com.

³ 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.

ABSTRACT: The expansion of Criminal Law in the contemporary society, resulting from its consideration as precipitous instrument of social control in the face of the risks that this society presents, does not match the characteristic Punitive Law model of Democratic States of Law. This expansion stems from the diffusion of social discourse of fear and insecurity that are widely leveraged and manifested by the media and, where appropriate by politics, produce measures advocating selective segregation of groups considered as "producers" of risk, such as immigrants undocumented invariably related to increased crime and insecurity in the countries of destination. These measures represent 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 some central European Union countries, which have been converting the otherness of irregular immigrants in principle of risk, establishing thus a etiquetamento (not citizens) of those individuals, recommending the use of a new penalty (Criminal Law of the author) that by criminalizing them, puts them in an extremely vulnerable situation. In this sense, this study seeks to analyze the institutionalization of this new Criminal Law model, based on exclusionary, repressive and segregationist measures which fall the actual realization of human rights, to confront the fundamental rights and guarantees of undocumented migrants, to transform them into mere "objects" of punishment.

KEYWORDS: Irregular immigration; Human rights; Criminal Law; Criminalization; *European Union*.

INTRODUÇÃO

Os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, em Nova York, inauguraram uma nova era da política internacional, de "guerra global", marcada pela intensificação de sentimentos de medo e insegurança que fomentaram a 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.

Em um contexto tal, de colocação da segurança como uma das prioridades da agenda política, evidenciam-se atos de condescendência e até mesmo de defesa de determinadas flexibilizações de direitos e garantias fundamentais, como forma eficiente de combate às novas formas assumidas pela criminalidade, que passam a ocorrer de maneira sistemática nos Estados Democráticos de Direito revelando o estado de exceção como tendência política contemporânea.

A expansão do Direito Penal, enquanto resultado de fenômenos da sociedade contemporânea, produz a segregação seletiva de grupos

considerados de risco, que passam a ser temidos pela sociedade mundial em razão da criação de estereótipos associados à criminalidade. Este é o caso dos imigrantes em situação de irregularidade migratória⁴. Diante do atual ambiente de guerra vivenciado pela sociedade mundial, especialmente após os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos últimos anos, passou-se a converter a imigração irregular em uma situação de guerra, merecendo os imigrantes o mesmo tratamento direcionado ao terrorismo; por outro lado, também se passou a relacionar 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.

Tal fenômeno de controle penal, no ápice do seu projeto punitivo, institucionaliza a criminalização da imigração irregular, como é o caso de alguns países da União Europeia em que esse fenômeno migratório é mais intenso, 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 “ser” estrangeiro⁵,

⁴ Utiliza-se, neste trabalho, o termo “irregular” no lugar de “ilegal” por entender, assim como exposto por José Ángel Brandariz García (2011, p. 7), que não é possível a adjetivação de seres humanos como “ilegais”, uma vez que, apenas suas condutas é que podem assim ser qualificadas. Além disso, contrariando a perspectiva que orienta a presente pesquisa, o termo “ilegal” se trata de uma expressão estigmatizante, que tende a identificar migração com criminalidade. A irregularidade migratória é entendida como o *status* legal daquele indivíduo que entra no território de outro país sem autorização, ou que ali permanece após o vencimento ou perda de sua autorização.

⁵ Ser “estrangeiro”, conforme aduz Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes (2009, p. 31-35, grifos da autora), “é um atributo negativo que designa o não-pertencimento a um grupo de referência determinado. No sentido jurídico, este grupo de referência é o país do qual o estrangeiro em questão não é ‘nacional’. A palavra estrangeiro está carregada de significados que excedem o âmbito estritamente jurídico, porque a qualidade de estrangeiro pode ser atribuída em função de fronteiras distintas às do espaço nacional. [...] Assim, pode haver várias espécies de “estrangeiros”, conforme se refiram ao nível legal, cultural, ou social. Essas várias matizações estão interconectadas e hierarquizadas. Além disso, incumbindo a diferentes âmbitos sociais, podem adquirir distintos significados em diferentes contextos. Ao definir aquele que ‘não pertence’ a uma determinada coletividade, a palavra estrangeiro é utilizada como rótulo que se destina a distribuir e classificar pessoas. Ao mesmo tempo em que tal classificação pode ser utilizada para rebaixar o estrangeiro, por ser ‘não-pertencimento’, serve também para exacerbar a unicidade do grupo que lhe exclui. Nessa linha de raciocínio, o estrangeiro, porque está em território alheio, é um intruso (se estivesse em seu próprio território, longe das vistas, mas dentro do imaginário do grupo em questão, seria um bárbaro). Ademais, como se considera que não está completamente assentado, é visto como um emigrante em potencial”. Neste estudo trataremos de estrangeiros e de (i)migrantes, “expressões que muitas vezes serão sinônimas e

ou seja, pelo simples fato de “ser” imigrante irregular, construindo-se, com isso, um estado de exceção para o tratamento punitivo desses sujeitos.

Destarte, o presente artigo tem como escopo analisar a institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor, fundamentado 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 EXCEPCIONALIDADE PENAL NO ATUAL “ESTADO DE GUERRA GLOBAL”

O terrorismo constituiu ponto de partida de políticas de segurança mais enfáticas pelos Estados nas últimas décadas. No âmbito jurídico-penal, os atentados terroristas envolvendo o Pentágono em Washington DC e as torres gêmeas do *World Trade Center*, em 11 setembro de 2001, na cidade de Nova York, não apenas fomentaram limitações consideráveis ao exercício de determinadas liberdades públicas pelos cidadãos – notadamente em razão da edição do *USA Patriot Act* –, como também fortaleceram a institucionalização de novas medidas pautadas no reconhecimento do “estado de guerra global” vivenciado desde então.

A guerra, segundo Michael Hardt e Antonio Negri⁶, que antes se tratava de um limitado estado de exceção⁷ e que a partir do pensamento moderno

outras vezes podem ter conteúdo diferente, mais ou menos relacionado com o aspecto jurídico ou social”. O imigrante, pensado a partir da obra de Abdelmalek Sayad (1998), não se trata, entretanto, do estrangeiro “bem-sucedido” ou do turista, mesmo que possa se enquadrar na definição jurídica de um imigrante, falta-lhe a condição social para defini-lo de fato como tal. O imigrante é aquele que mantém a condição social de dominação e assim, mesmo que naturalizado, continua a permanecer na condição de imigrante. O imigrante é assim, definido pela sua posição na hierarquia social.

⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. São Paulo: Record, 2005, pp. 23-33.

⁷ O “estado de exceção”, de acordo com Hardt e Negri (2005, p. 26-29), é um “conceito da tradição jurídica alemã que se refere à suspensão temporária da constituição e do império da lei, semelhante ao conceito de estado de sítio e à noção de poderes de emergência nas tradições francesa e inglesa. Uma longa tradição de pensamento constitucional considera que em épocas de graves crises e perigo, como o tempo de guerra, a constituição deve ser suspensa temporariamente, conferindo-se poderes extraordinários a um executivo forte ou mesmo a um ditador, para proteger a república. [...] A noção de excepcionalismo dos Estados Unidos tem [...] dois significados distintos e incompatíveis. Por um lado, desde suas origens os Estados Unidos se apresentam como uma exceção à corrupção das formas europeias de soberania, e neste sentido tem-se comportado como paradigma da virtude republicana no mundo. Esta concepção ética continua a funcionar atualmente, por exemplo, na ideia de que os Estados Unidos são o

separava-se da política, tem se transformado, na pós-modernidade, em uma condição geral, que *“vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações”*. Deixa, pois, a guerra, de fazer parte de momentos e locais isolados e passa a fazer parte, constantemente, do momento atual, assim reconhecido como “estado de guerra global”.

Este novo tipo de guerra geral e global, para Hardt e Negri⁸, tende a ir ainda mais longe, tornando-se indeterminado em termos espaciais e temporais. Com efeito, os eventos de 11 de setembro de 2001, conforme destaca Gabriel Ignacio Anitua⁹, são exemplo disso. A *“guerra ao terrorismo” não pode ter fim em razão da sua própria definição do conflito: nestes casos, não se trata de outro espaço a ocupar ou outro grupo a eliminar, mas sim de uma “luta” que se combate “em todo o mundo e contra qualquer um, já que o ‘terrorismo’ é indefinível e quase tudo pode ser incluído dentro dele¹⁰”*.

Com a guerra precisando ser combatida diariamente, criam-se a partir de então, para a *“manutenção da ordem social”*, condições para aplicação de políticas que envolvam o necessário e ininterrupto *“exercício do poder e da violência”*, fazendo com que se torne praticamente impossível a distinção entre a guerra e a atividade policial¹¹.

Evidencia-se assim, uma progressiva expansão do estado de exceção que se instala com frequência nos Estados contemporâneos, em situações de mera

líder global, incumbido da promoção da democracia, dos direitos humanos e do império internacional da lei. [...] Por outro lado, o excepcionalismo americano também significa – e temos aqui um significado relativamente novo – exceção diante da lei. A título de exemplo, os Estados Unidos eximem-se cada vez mais de acordos internacionais (sobre o meio ambiente, os direitos humanos, os tribunais penais, e assim por diante) e consideram que seus militares não precisam obedecer a regras a que outros estão sujeitos, por exemplo, em questões como ataques preventivos, controle de armas e detenções ilegais. [...] Na realidade, a verdadeira base do estado de exceção hoje em dia é o segundo significado do excepcionalismo americano, seu poderio excepcional e sua capacidade de dominar a ordem global. De acordo com esta lógica, num estado de emergência, o soberano deve posicionar-se acima da lei e assumir o controle. [...] trata-se de uma questão de pura força, e não de direito”.

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

⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 778.

¹⁰ Anitua (2008, p. 778) retoma a definição, lembrada por Noam Chomsky, que os manuais militares norte-americanos “adotam de terrorismo - ‘uso premeditado da violência, da ameaça, da intimidação, da coerção ou do medo por motivos políticos ou religiosos’ -, que o que sobretudo se enquadra nele é a ação punitiva realizada historicamente pelos Estados”.

¹¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. São Paulo: Record, 2005, p. 35.

emergência, a partir de questões relacionadas à segurança, economia, entre outras, flexibilizando direitos e garantias individuais de forma sistemática, convertendo-se desse modo, em uma prática habitual.

Nesse rumo, Giorgio Agamben¹² aponta como exemplos de exceções contemporâneas as 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 era de “*anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável*”.

Consequentemente, tanto os talibãs capturados no Afeganistão quanto os aprisionados em Guantánamo não gozavam do estatuto de prisioneiros de guerra conforme a Convenção de Genebra, bem como não eram 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*”¹³.

Essas situações, para Agamben¹⁴, reconstituem as barbáries dos campos de concentração nazistas, pois, não nascem do direito ordinário, ou se referem a transformações e desenvolvimento do direito carcerário, e sim tem origem a partir do estado de exceção. Dessarte, o campo é “*o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra*”, isto pois, no campo “*o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação fictícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial*”

¹² AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

¹³ Idem. p. 14.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 162-164.

permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal”.

Judith Butler¹⁵ também analisa a *indefinite detention* (detenção indefinida) e considera como um exercício ilegítimo do poder, que 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”.*

Dessa forma, a lei, de acordo com Butler¹⁶, 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”.* Em outros termos, o estado de emergência pode suspender a lei e passar a atuar, baseado na soberania, de forma estranha a ela.

Agamben¹⁷ então, define a exceção como uma espécie de exclusão singular da norma geral, ou seja, o que caracteriza propriamente a exceção é o fato de que, *“aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão”.* Em outros termos, a norma *“se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão”.* A exceção não se subtrai à regra, *“mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”.*

Com isso, tem-se uma situação paradoxal de “exclusão inclusiva”, ou seja, de medidas que não podem ser incluídas e que passam a ser incluídas na forma de exceção, fazendo com que o estado de exceção se apresente *“como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”*¹⁸.

¹⁵ BUTLER, Judith. Vida precária: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 97.

¹⁶ BUTLER, Judith. Vida precária: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 114.

¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 25-26.

¹⁸ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linhagem: (re)leituras biopolítica da obra de Giorgio Agamben. In: Cadernos IHU. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012, p. 21.

Com efeito, o estado de exceção, segundo Agamben¹⁹, é o “*dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão*”. Desse modo, é “*condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito*”. Assim, ao unir o vivente ao direito e ao mesmo tempo abandoná-lo, o soberano (atuando pelo estado de exceção) está excluindo e incluindo ao mesmo tempo em sua decisão. Logo, ao suspender a norma, o estado de exceção revela um elemento formal particularmente jurídico e também autônomo: a decisão do soberano.

A vontade do soberano impera no estado de exceção, que se torna uma forma legal de algo não legal, normalizando-se e constituindo-se como paradigma de governo. Desse modo, para Agamben²⁰, “*o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção [...] irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível*”.

O soberano, entretanto, não decide entre lícito e ilícito, “*mas a implicação originária do ser vivente na esfera do direito*”. A decisão, que vem a ser criada na exceção, possui este particular: não concerne nem a uma situação de direito nem a uma situação de fato, “*mas à própria relação entre o direito e o fato*”²¹. Nesse rumo, prossegue o autor: “*O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da exceptio: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta. Neste sentido verdadeiramente o direito “não possui por si nenhuma existência, mas o seu ser é a própria vida dos homens”. A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova este limiar de indiferença entre o externo e o interno, exclusão e inclusão, nómos e phýsis, em que a vida é originariamente excepcionada no direito. A sua decisão é a colocação de um indecível*”²².

Logo, se a exceção se refere à estrutura da soberania, esta é a estrutura originária “*na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria*

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 44.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 33.

²² Idem. p. 34.

*suspensão*²³. Dessarte, o estado de exceção se apresenta como uma “lacuna fictícia no ordenamento”, que apesar de não ser interna à lei, possui relação com a realidade, com a possibilidade de sua aplicação, objetivando a proteção da norma e a sua normal/habitual aplicabilidade. Para Agamben²⁴ é como se “o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”.

No estado de exceção, por conseguinte, é “impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos”. Com isso, a “violência que é exercitada no estado de exceção não conserva nem simplesmente põe o direito, mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele”. Logo, “o nexó original entre violência e direito é, mesmo na sua indiferença, mantido”²⁵.

Nesse sentido, o estado de exceção possui “vigor de lei”, definindo uma espécie de “estado da lei” em que se evidenciam dois lados: de um lado, apesar da norma estar em vigor, ela não se aplica, porque não possui “força”, de outro lado, os atos que possuem valor de lei podem adquirir “força” de lei. Assim o estado de exceção se trata de um “espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei”²⁶. “Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real”²⁷.

O fato é que se vive na contemporaneidade em um permanente estado de suspensão da lei, no qual a violência parece ser a única opção para agir na política. O “aspecto normativo do direito pode ser impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo

²³ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 35.

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 48-49.

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 65-72.

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 61.

²⁷ Idem. p. 63.

o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito”²⁸.

Como refere Daniel Arruda Nascimento²⁹, o constante acionamento do estado de exceção, “*conduz a experiência política do presente a um constante conflito no qual a resistência ao uso abusivo da violência por parte do Estado parece somente ser possível através da violência que excede os direitos e a convivência social*”.

Por exemplo: os atentados terroristas ocorridos em Paris, em novembro de 2015, deflagraram, segundo Butler³⁰, 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 autores do referido atentado havia entrado no país pela Grécia. 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 Jakobs³¹, 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 Butler³², no estado de emergência, pelo Poder Executivo, que transforma, desse modo, 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. Logo, 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 e que deve ter negada sua condição como pessoa.

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 131.

²⁹ NASCIMENTO, Daniel Arruda. Umbrais de Giorgio Agamben: para onde nos conduz o homo sacer?. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 9.

³⁰ Apud. 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.

³¹ 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. 51.

³² BUTLER, Judith. Vida precária: el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 107.

Günther Jakobs³³ utiliza o Direito Penal como alternativa para o combate a determinadas formas de delinquência a partir de uma diferenciação entre aqueles indivíduos considerados “cidadãos” daqueles que seriam considerados “inimigos” do Estado. Tal diferenciação decorre da compreensão de que os indivíduos que constituem uma ameaça ao sistema social não podem ser tratados como pessoas (cidadãos), ou seja, é negado ao inimigo sua condição como pessoa, devendo, portanto, ser combatido como não-pessoa (não-cidadão). Com isso, Jakobs³⁴ entende que deve haver dois modelos de Direito Penal: 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 inimigo (àqueles indivíduos 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 autor³⁵, *“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”*.

Este modelo de Direito Penal, voltado ao inimigo, irá definir determinado indivíduo como alguém meramente perigoso, negando-lhe o *status* de cidadão (pessoa), despojando-lhe de seus direitos e garantias, por conseguinte, passando a tratá-lo como objeto de pura contenção em prol da defesa da sociedade, um inimigo que deve ser relacionado através da coação e não pelo Direito³⁶.

³³ 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. pp. 31-36.

³⁴ 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. 40.

³⁵ *Idem*, p. 40.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerância cero y el derecho penal del enemigo*. Ano 1, n. 1, p.

A proposta teórica de Jakobs, de passagem de uma legislação penal a uma legislação de combate, na ótica de Luigi Ferrajoli³⁷, em verdade, representa uma negação do Direito Penal, à dissolução de seu papel e sua íntima essência, uma vez que a figura do inimigo pertence a lógica de guerra (do inimigo como algo para eliminar e não para julgar) que é negada pelo direito. Tal deformação na ligação das palavras, segundo o autor, acaba pervertendo o Direito Penal e o Estado de Direito. “*El derecho penal, más bien el derecho tout court, es que la negación del enemigo; porque es el instrumento, el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil y cada uno es reconocido como persona. En este sentido, la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que el derecho en general es la negación de la guerra.*”³⁸

De igual modo, Eugenio Raúl Zaffaroni³⁹, entende o tratamento penal diferenciado defendido por Jakobs absolutamente incompatível dentro de um Estado constitucional de Direito. Logo, por mais que se tente relativizar tal concepção, este “*conceito jurídico de inimigo só é admissível em um Estado absoluto*”.

O que irá permitir a atuação do Direito Penal do inimigo, preenchido por práticas punitivas e repressivas que contrastam do modelo normativo do direito penal, é justamente o estado de exceção. É através dos espaços de exceção, inspirados na lógica de guerra, por razões de emergência (na qual a pena se dirige à segurança em face de eventos futuros e não de eventos já praticados), que a norma é suspensa e essas novas formas de violência estatal encontram legitimação, como, no caso, a suspensão de direitos fundamentais⁴⁰.

113-142, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/79/78>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. In: Revista IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., n. 19, p. 5-22, 2007. Vide pp. 7-8. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2016.

³⁸ Idem. p. 12.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 160.

⁴⁰ 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.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Os direitos e garantias fundamentais do Estado de Direito, segundo Francisco Muñoz Conde⁴¹, especialmente os de carácter penal material (como os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade) e processual penal (direito à presunção de inocência, à tutela judicial, à não produção de provas contra si mesmo, etc), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito. De tal modo, *“si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho”*. Com a lógica do Estado de direito sendo sacrificada nos moldes do direito penal do inimigo, o Direito como um todo se converte em um puro direito de Estado, *“en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos”*.

Essa desconsideração dos direitos fundamentais humanos do imputado no processo penal proposta pelo Direito Penal do Inimigo, conforme assevera Muñoz Conde⁴², *“está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras”*.

O Direito Penal do inimigo, enquanto técnica de controle que visa à identificação e classificação dos grupos de risco e assim separá-los dos demais cidadãos retirando-lhes direitos e garantias jurídicas, é visualizado na figura dos imigrantes irregulares confinados nos centros de detenção, uma vez que estes indivíduos são classificados como “inimigos” e assim expostos a excepcionalidades punitivas caracterizadas nas mais variadas formas de violência⁴³.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. Año 1, n. 1, p. 113-142, 2011. Vide p. 134. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/79/78>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. Año 1, n. 1, p. 113-142, 2011. Vide p. 139. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/79/78>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁴³ Em relação aos centros de detenção para estrangeiros em situação irregular, como bem refere Fernanda Di Flora Garcia (2014, p. 43), “é unânime a afirmação destes centros como espaços de confinamento ilegais, nos quais pode-se observar: detenção ilegal de pessoas com visto de

Com efeito, os medos e as inseguranças propiciados pela sociedade contemporânea⁴⁴ evidenciam uma intervenção penal desproporcionada que legitima a criação de estados de emergência a partir de fenômenos tidos como problemáticos como é o caso do terrorismo e dos fluxos migratórios em massa.

José Francisco Dias da Costa Lyra⁴⁵ fala de uma alteração estrutural de orientação na política criminal de controle penal, caracterizada pela extrema expansão do direito penal, em que a política criminal, 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”*.

Tal expansão do direito penal na atual evolução modernizante da política criminal nas últimas décadas, segundo Manuel Cancio Meliá⁴⁶, inverteu o processo havido nos movimentos de reforma despenalizantes, somando-se ao

permanência; presença de mulheres grávidas e crianças junto às demais categorias (homens, criminosos comuns); ausência de separação no interior dos centros entre imigrantes em situação irregular e estrangeiros transferidos em função de crimes cometidos; infraestrutura inadequada; exposição a temperaturas extremas; superlotação; ausência de espaços internos e externos para recreação (em alguns centros verificou-se que os detidos foram mantidos confinados no interior na maior parte do tempo, com acesso bastante limitado ao ar livre); sujeira; péssimas condições de higiene; ausência de produtos de higiene pessoal, de vestimentas e roupas de cama adequadas e limpas; problemas com oferecimento da alimentação; abusos racistas, agressões físicas, uso excessivo da força por agentes de segurança; uso abusivo de sedativos; inadequação ou ausência de atendimento médico; falta de comunicação sobre procedimentos legais para expulsão ou para contestá-la; atos de auto-mutilação, tentativas de suicídio em função da extrema frustração, incerteza e ansiedade sobre seu futuro (e falta de apoio/tratamento psicológico adequado para estes casos); relata-se com frequência que, em várias ocasiões, as decisões e encaminhamentos sobre os pedidos de asilo têm sido tomados com base na nacionalidade ou presumível nacionalidade, culminando na ausência do exame individual dos pedidos de acordo com os padrões internacionais estabelecidos e na posterior expulsão coletiva em violação das normas internacionais de proteção dos refugiados e solicitantes de asilo; mortes”.

⁴⁴ Fala-se na “sociedade de risco”, que 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.

⁴⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração: criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, pp. 236-237.

⁴⁶ 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. (vide pp. 82-83.)

discurso monopolizado pelo movimento de criminalização “lei e ordem” que, ao colocar a segurança em primeiro plano, justifica com isso, o controle, a punição e até mesmo a eliminação daqueles grupos considerados perigos.

Nesse contexto atual de “estado de guerra”, Anitua⁴⁷ assevera que a dureza na repressão penal entra na *“mesma lógica esquizofrênica da luta contra o terrorismo”*, movimentando um aparato de instituições de controle destinadas a *“fazer frente – sempre imperfeitamente – a um inimigo comum e facilmente identificável”*. Um inimigo que *“justifica algumas agências buracráticas, mas que sobretudo deslegitima as ferramentas de limitação do seu acionamento”*. Introjeta-se o fenômeno da política penal de “emergência” que justifica a repressão numa suposta exceção que irá caracterizar todo o seu funcionamento.

2. A ALTERIDADE DO IMIGRANTE IRREGULAR CONVERTIDA EM PRINCÍPIO DE RISCO

A globalização, como salienta Ana Isabel Pérez Cepeda⁴⁸, proporcionou o surgimento de um mundo mercantil, no qual as pessoas pertencem a uma única classe, qual seja, a “classe consumidora”. Logo, a partir dessa nova lógica jurídica-econômica global, se o indivíduo não é um sujeito consumidor ele não conta como indivíduo, não existe como cidadão.

Tal polarização social entre consumidores/não consumidores, de acordo com Zygmunt Bauman⁴⁹ se refere a nova dimensão dada a “sociedade de consumo”, que na velha sociedade moderna, na fase industrial, referia-se a uma “sociedade de produtores” na qual seus membros eram engajados primordialmente como “produtores e soldados” devido a necessidade de mão de obra. Entretanto, na nova sociedade pós-moderna ou sociedade da segunda modernidade – assim classificada por Ulrich Beck⁵⁰ –, a mão de obra industrial em massa e os exércitos de recrutados tem pouca necessidade, tornam-se obsoletos, e, em vez disso, a nova sociedade necessita engajar seus membros

⁴⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 778.

⁴⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno. Iustel. 2007.

⁴⁹ BAUMAN, Z. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁵⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

pela condição de consumidores.

Efetivamente, o engajamento dos indivíduos na sociedade contemporânea ocorre a partir da condição de consumidores. Com isso, o modo como a sociedade irá moldar seus membros será ditado pela capacidade destes em desempenhar o papel de consumidores⁵¹.

Com essa reestruturação capitalista, tem-se, como consequência, uma grande massa de trabalhadores que, com o advento das novas tecnologias de produção, se transformaram em uma força de trabalho excedente, disfuncional para o sistema produtivo, uma vez que sua força de trabalho se tornou absolutamente desnecessária ou são desqualificados para operar as novas tecnologias⁵².

Por tais razões, conforme assevera Pérez Cepeda⁵³, se torna cada vez mais evidente no mundo globalizado a separação dos indivíduos incluídos em uma economia globalizada e flexibilizada dos “apátridas”, carentes de identidade como consequência de sua falta de competência ou de sua impossibilidade para alcançar os mercados de consumo. A partir dessa lógica, a capacidade de consumir se converte em um critério de integração ou de exclusão, acarretando em polarizações e assimetrias, revelando o mercado no grande igualador e separador da sociedade.

Como resultado desses fatores, a segurança se transforma em mercadoria, produzindo, com isso, uma divisão entre aqueles que “produzem risco” e aqueles que “consomem segurança”, implicando uma atualização do antagonismo de classes e confirmando a exclusão de parte da população por não compartilhar das mesmas normas propostas pela sociedade de consumo, motivo pelo qual, constituem princípio de risco⁵⁴.

Tal população excedente, no que diz respeito à incapacidade de absorção pelo mercado de trabalho, para Alessandro De Giorgi⁵⁵, é o motivo pelo qual são considerados extremamente perigosos à ordem constituída. É a partir desta

⁵¹ BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁵² DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006.

⁵³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*. Iustel. 2007, pp. 46-47.

⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*. Iustel. 2007

⁵⁵ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006.

lógica que as minorias étnicas, os imigrantes e os jovens marginais são considerados grupos de risco, uma ameaça para a ordem constituída que deve ser tratada pelo sistema repressivo.

Para o autor, os operadores do sistema penal agem de modo particularmente punitivo para com as classes subordinadas “de acordo com suas próprias convicções sobre a questão criminal e sobre as estratégias para enfrentá-las, entre elas a ideia de que quem vive em condições de pobreza e precariedade está mais inclinado a cometer crimes”. Essa “percepção” da marginalidade social como ameaça à ordem constituída, “*se torna hegemônica nos períodos de crise econômica*”⁵⁶. “*Pobres, desempregados, mendigos, nômades e migrantes representam certamente as novas classes perigosas, ‘os condenados da metrópole’, contra quem se mobilizam os dispositivos de controle, mas agora são empregadas estratégias diferentes nesse confronto. Trata-se, antes de tudo, de individualizá-los e separá-los das ‘classes laboriosas’. Essa tarefa é, de fato, bastante simples numa metrópole produtiva, na qual a contínua precarização do trabalho, o emprego – que se torna cada vez mais flexível, incerto e transitório -, e a constante superposição entre economia ‘legal’ e economias submersas, informais e também ilegais, determinam uma progressiva solda entre trabalho e não-trabalho e entre classes laboriosas e classes perigosas, a ponto de tornar qualquer distinção praticamente impossível*”⁵⁷.

Com efeito, na modernização⁵⁸ do controle penal são inúmeras as medidas de exclusão que objetivam essa separação de determinadas classes de pessoas consideradas de risco, que, em alguns casos, como da imigração irregular, chegaram inclusive, no ápice do seu projeto punitivo.

O esgotamento dos pressupostos reabilitadores e normalizadores – enquanto discursos clássicos de legitimação da função da pena –, evidencia um novo Direito Penal, com características neoliberais, de controle preventivo de

⁵⁶ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006, pp. 54-55.

⁵⁷ Idem. p. 28.

⁵⁸ A “modernização”, para Beck (2011, p. 23), se refere ao “salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas”.

eventuais condutas criminosas. Nesse rumo, inspirados em diretrizes político-criminais de seleção e gestão do risco, países centrais da União Europeia – nos quais os processos migratórios são mais intensos – como é o caso da Itália, assumem, na contemporaneidade, medidas jurídicas e dispositivos políticos (pautados em uma obsessão securitária) de controle desses indivíduos considerados “inimigos”. Ao objetivarem a vigilância de suas fronteiras, de modo a estimular os estrangeiros a desistir do projeto migratório, essas medidas acabam se transformando em uma verdadeira “caça” à imigração, especialmente à imigração irregular.

Na ótica de Brandariz García⁵⁹, o abandono do modelo fordista de produção e a consequente superação de uma etapa caracterizada pelo déficit da força de trabalho não qualificada no setor industrial⁶⁰ (desenvolvimento tecnológico-científico) foram responsáveis pela transformação da percepção dos processos migratórios, que passaram de um indicativo de desenvolvimento econômico para uma questão problemática que deve ser gestada através das práticas de controle atuarial (de gestão econômica dos riscos), que visam à identificação e classificação de classes de pessoas consideradas perigosas⁶¹. Efetivamente, a partir da atuarialização do controle, a propensão de um indivíduo à prática de uma conduta delitiva é uma das variáveis menos relevantes. Isso se deve ao fato de que a estrutura de controle social orientada pelos métodos atuariais se desenvolve com base nos padrões de inserção na vida social, através de técnicas de exclusão de determinadas categorias de indivíduos consideradas de risco porquanto não estão incluídos na sociedade. Dessa

⁵⁹BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal. Granada: Comares, 2011.

⁶⁰ Essa transformação no modelo econômico e produtivo, que transformou as políticas migratórias, segundo Brandariz García (2011, p. 18), não significa um declínio na demanda de trabalho vivo imigrante. De acordo com a autora, *“la mejor evidencia de ello es que ese género de fuerza de trabajo ha continuado llegando a los países europeos, insertándose en los circuitos productivos. Lo que ha sucedido es, más bien, un cambio en las necesidades de fuerza de trabajo no cualificada, que ahora se concentra en los servicios de bajo valor añadido, y no en el sector industrial. [...] La mutación hace perder a los procesos migratorios ciertas condiciones de regularidad y lleva aparejada una severa devaluación de las posibilidades de inclusión mediante el trabajo. En consecuencias, el debilitamiento de la posición económica y productiva de la fuerza de trabajo migrante genera un menoscabo de su estatus social y político, con lo que se facilita su inserción en narrativas de conflicto, inseguridad y control”*.

⁶¹ As classes perigosas, segundo Bauman (2009, p. 22), antes constituídas por pessoas “em excesso”, excluídas temporariamente de “utilidade funcional”, hoje, referem-se aquelas classes incapacitadas para a reintegração, porque não se tornariam úteis nem mesmo depois de uma “reabilitação”, são supérfluas, excluídas de modo permanente.

forma, o estrangeiro de modo geral, enquanto classe excluída, fora do escopo social, tende a ser sempre elemento de risco e assim fazer parte da “população criminosa”.

Essa identificação, ou melhor, construção do imigrante como classe de sujeito considerado produtor de risco é nitidamente evidenciada no expressivo encarceramento dos imigrantes em alguns países europeus, como é o caso da Itália, por exemplo. De acordo com o relatório de população carcerária divulgado pelo Conselho Europeu no ano de 2014, até setembro de 2013, os quase 23 (vinte e três) mil estrangeiros presos constituíam aproximadamente 35% da população carcerária na Itália (COUNCIL OF EUROPE, 2014).⁶²

Tais práticas de controle repressivo e para-carcerário são totalmente independentes do agir concreto desses indivíduos e sim ligadas à sua construção e ao seu tratamento como classes perigosas, como categorias de risco, como um perigo potencial, ou seja, são “*agregados estadísticos que*

⁶² No que tange a esses dados, Brandariz García (2011, p. 20-21), contextualiza: “*En primer lugar, como resulta evidente, se trata de cifras que exceden con mucho el volumen de población migrante (extranjera) en cada uno de esos países. De forma coherente con ello, las tasas de encarcelamiento de la población son muy superiores a las que presenta la población autóctona. En segundo lugar, se trata de un fenómeno que es claramente más acusado en Europa occidental, toda vez que los números son más bajos en los países de Europa central y oriental, con la excepción de Estonia, debido al singular modo en el que gestiona la nacionalización de su población de origen ruso. En tercer lugar, se trata de cifras que han crecido de forma generalizada durante las dos últimas décadas, con escasísimas excepciones en ese lapso temporal. En cuarto lugar, las cifras relativamente bajas de algunos países de inmigración menos reciente (v. gr., 18'3% en Francia, 12'8% en Reino Unido, en datos de 2008) se debe a los elevados porcentajes de migrantes – procedentes en general de las ex-colônias – ya nacionalizados; no obstante, en relación con tales sujetos el proceso de criminalización funciona de forma semejante a lo que sucede con los migrantes (no nacionalizados) en otros países. [...] Por lo demás, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la mayor parte de los países con altas tasas de reclusos extranjeros – con alguna excepción, entre las que se encuentra España – están entre los que presentan tasas más bajas de población penitenciaria, lo que quizás podría explicarse porque estos países usan medidas alternativas a la prisión para los condenados nacionales, cuyos requisitos son inalcanzables para los migrantes”.*

De igual modo, Alessandro Dal Lago (2004, p. 31), assevera que essa média, de quase 30% da população carcerária na Itália ser imigrante, possui picos de até 50% de imigrantes segregados em algumas prisões, isto porque eles não podem fazer uso de medidas alternativas à prisão se não possuírem autorização de permanência no país. Ainda, o autor (2004, p. 31) destaca estatísticas apontadas em estudos que revelam a imensa probabilidade de condenação de imigrantes denunciados. Cada imigrante denunciado possui 5 (cinco) vezes mais chances de ser condenado que os cidadãos italianos, como também os imigrantes são condenados com bem mais severidade pelos mesmos fatos praticados que os nacionais. Além disso, os imigrantes encontram inúmeras dificuldades para recorrer à defesa nesses processos, seja pela falta de recursos financeiros ou pelas dificuldades de comunicação, ainda, como se observa nas decisões de alguns magistrados, emerge uma “discriminazione normale”, decorrente não apenas de decisões subjetivas desses magistrados, mas de um poder discricionário que existe para a restrição de liberdade, um sistema judicial inadequado e rígido.

oferecem às agências da repressão a nova linha-guia para a seleção da população carcerária”⁶³.

Não por outra razão, os centros de detenção⁶⁴ para imigrantes, segundo De Giorgi⁶⁵, se configuram “como dispositivos prepostos à contenção de uma população excedente e de um surplus de força de trabalho desqualificada; eles prescindem explicitamente da consumação de um delito, das características individuais de quem está detido neles e de qualquer finalidade reeducativa ou correcional, para orientar-se no sentido da “estocagem” de categorias inteiras de indivíduos consideradas de risco. O cárcere atuarial, da mesma maneira que o centro de detenção para migrantes, torna-se então, e cada vez mais, uma zona de espera em que se procede à alocação dos indivíduos singulares às diversas classes de risco das quais deverão continuar a fazer parte no futuro. [...] O atuarialismo penal declara, assim, a irrelevância do saber sobre os indivíduos e o substitui pela construção de categorias e formas de individualização completamente arbitrárias, baseadas no conceito de periculosidade e orientadas para a contenção dos riscos.”

Essa construção social da diversidade como produtora de risco, conforme aduz De Giorgi⁶⁶, impõe distâncias e inscreve hierarquias na superfície da população que se definem entre “incluídos” e “excluídos”, como é o caso da segregação dos imigrantes nas cidades europeias, que alimenta um regime da estranheza, “cujo objetivo é a desestruturação da multidão, a ruptura daqueles laços de empatia e cooperação que, do ponto de vista do domínio, representam um perigo extremo. O efeito é a segmentação da multidão através de uma ecologia do medo que, na cidade, se materializa na figura do estrangeiro, do imigrante”.

⁶³ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006, p. 99.

⁶⁴ Existem diferentes tipos de centros (de acolhimento, de identificação e expulsão, de recepção para solicitantes de refúgio), com objetivos específicos. Esses centros são fundamentais para a política migratória italiana, por funcionarem como prisões para os imigrantes em situação irregular. Em decorrência das variadas violações físicas e psicológicas a que os imigrantes são submetidos, esses centros são alvos de inúmeras críticas pelas organizações de Direitos Humanos.

⁶⁵ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006, pp. 98-99.

⁶⁶ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006, p. 105.

Nesse contexto, o “parasitismo social”, de acordo com Alexis Spire⁶⁷, possui papel fundamental na adoção dessas medidas de exclusão. Para o autor, 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”*. De acordo com Spire *“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”: trata-se da relação destes com questões relativas ao terrorismo, que, diante do atual estado de guerra global, convertem a imigração irregular em uma situação de guerra, merecendo os imigrantes o mesmo tratamento direcionado ao terrorismo mundial, fazendo com que *“recaia sobre todo e qualquer imigrante uma ‘fundada suspeita’ de uma ‘potencialidade terrorista’”*⁶⁸.

Nesse rumo, Bauman⁶⁹ assevera que, após a tragédia ocorrida em 11 de setembro de 2001, em Nova York, os refugiados passaram a ser vistos como uma ameaça à segurança, ainda que nenhum dos indivíduos relacionados ao atentado tenham solicitado refúgio ou sido refugiados.

Com efeito, 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*

⁶⁷ 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.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁶⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo 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, p. 185.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

“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 precariedade 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”⁷⁰.

Tal “potencialidade terrorista” associada à figura do imigrante somada ao “parasitismo social”, para Bauman⁷¹, 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”⁷².*

Tal lógica do risco e do medo do delito, na qual a mixofobia alimenta a desconfiança em face do “diferente”, tende a proliferar, segundo José Ángel

⁷⁰ Idem. p. 71.

⁷¹ BAUMAN, Z. Confiança e medo na cidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 43.

⁷² BAUMAN, Z. Confiança e medo na cidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 85.

Brandariz García⁷³, principalmente a partir da influência dos discursos midiáticos e políticos referente às políticas migratórias. Projeta-se sobre os imigrantes todo e qualquer anseio e perigo, bem como a responsabilidade por quaisquer problemas (sociais, culturais, jurídicos, etc) decorrentes dos “massivos” movimentos migratórios.

Os meios de comunicação de massa são, segundo Brandariz García, a mais importante forma de influência na formação de estereótipos dos imigrantes e os grandes responsáveis pelos efeitos negativos nas políticas migratórias, principalmente no que tange ao processo de criminalização desses sujeitos, uma vez que ligam o fenômeno migratório à delinquência e à insegurança, 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, crente da necessidade da intervenção do sistema punitivo para afastar a criminalidade associada à imigração, pugna por 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”*⁷⁴.

Como refere Anitua⁷⁵ *“nos últimos anos, governados pelos “medos” a uma infinidade de questões – reais ou não –, a ideia de “segurança” seria a que traria, em parte, esse suporte ideológico e emocional. Diante da carência de ideologias transformadoras e de possibilidades de políticas efetivas, as burocracias políticas voltam as vistas para a velha ferramenta punitiva, a qual oferecem a uma comunidade assustada como uma clara demonstração de que “estão fazendo alguma coisa”*.

⁷³ 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, pp. 4-5.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 81.

⁷⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 816.

Com efeito, na contemporaneidade, os poderes públicos, segundo Bauman⁷⁶, não possuem “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”⁷⁷.

Nesse sentido, Bauman⁷⁸ 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”⁷⁹.

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

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.82

⁷⁷ Idem. p. 82.

⁷⁸ Idem. p. 73.

⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 84.

direcionada ao controle de suas fronteiras nacionais e ao “combate” à imigração irregular, conforme análise que será empreendida na sequência.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DO IMIGRANTE IRREGULAR: RUMO A UM MODELO DE DIREITO PENAL DE AUTOR

O tratamento legal da questão da imigração irregular pelos países europeus é analisado por Margarita Martínez Escamilla⁸⁰, 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, qual seja, *“evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem”*, evidencia-se a 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 Sala⁸¹: *“ 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*

⁸⁰ Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? In: Revista Para el Análisis del Derecho. Nº 3, 2009. (Vide p. 5) Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138050/188695>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁸¹ 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, pp. 102-103.

*la reciente creación de la Agencia europea de control de las Fronteras Exteriores, Frontex*⁸². 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, bem como políticas de restrições de concessão de vistos, de refúgio e de agrupamento familiar, têm se transformado em mecanismos de controle para além das próprias fronteiras⁸³.

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. Ademais, 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. O relatório “Viagens Letais”, elaborado pela Organização Internacional para as Migrações, e publicado em 14 de junho de 2016⁸⁴, revela que, desde 1996, na tentativa de chegar a um país mais desenvolvido, mais de 60 mil migrantes morreram ou desapareceram em rotas marítimas e terrestres em todo o mundo. Calcula-se que 5.400 migrantes morreram ou desapareceram em 2015. Até o momento, em 2016, mais de 3.400 migrantes perderam a vida em todo mundo, sendo que mais de 80% deles no intento de chegar à Europa pelo mar.

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 destaca Martínez Escamilla⁸⁵: “este encargo a

⁸² 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ Relatório *Fatal Journeys*. Disponível em: <<https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-2-identification-and-tracing-dead-and-missing-migrants>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

⁸⁵ Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? In: Revista Para el Análisis del Derecho. Nº 3, 2009, p. 6. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138050/188695>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

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 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. Por meio desta política, portanto, 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 refere Martínez Escamilla⁸⁶ ao analisar a situação da Espanha: admite-se quem se considera “útil” em termos econômicos, razão pela qual todos os demais acabam sendo concebidos enquanto ameaças, de modo que a política migratória passa a se concentrar “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.”

⁸⁶ Idem. p. 5.

Ainda em relação à regulação da imigração na União Europeia, a dimensão laboral do imigrante ganha especial relevância. Segundo Martínez Escamilla⁸⁷, *“cuántos y qué inmigrantes estamos dispuestos a aceptar es algo a determinar en atención fundamentalmente a las necesidades de nuestro mercado laboral”*.

É a partir dessa influência no cenário econômico e das necessidades do mercado de trabalho que se têm, então, regulado as políticas de controle migratório 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 Sala⁸⁸ *“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, a partir de tais objetivos, passa a reconhecer a imigração como um problema, atuando na forma de controle desses fluxos migratórios e na expulsão, pela via da criminalização, dos imigrantes “indesejados”. 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/CE⁸⁹, aprovada pelo

⁸⁷ 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, pp. 22-23.

⁸⁸ 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, p. 105.

⁸⁹ 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.

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 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 15⁹⁰ 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 125⁹¹, 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*⁹², 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.

Em 2010, a Corte Constitucional, por meio do acórdão nº 249, declarou inconstitucional a circunstância agravante da presença irregular do imigrante. Ocorre que, até o momento em questão, não houve a promulgação pelo governo italiano do correspondente decreto legislativo que descriminaliza o ingresso e a permanência irregular no território italiano.

⁹⁰ Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/diretiva_de_retorno.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹¹ Disponível em: <http://www.prefettura.milano.it/ordinanze/pag/l24luglio2008_n125.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹² Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

De acordo com o jornal italiano “*Il mattino di sicilia*”⁹³, o governo italiano recentemente afirmou compreender a criminalização da imigração irregular, no que tange ao seu objetivo explícito na lei, completamente desnecessária, entretanto, por razões de conveniência política, atualmente, é impossível acabar com a referida punição.

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 1⁹⁴, de 30 de março de 2015, no sentido de excluir de punição aquele que, supostamente, ajudar o imigrante por motivação 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 emprego⁹⁵.

Tal dificuldade colocada aos imigrantes encontra-se prevista no artigo 270 do Código Penal espanhol, também modificado pela Lei Orgânica nº 1/2015⁹⁶,

⁹³ Disponível em: <<http://ilmattinodisicilia.it/16221-clandestinita-un-reato-inutile-e-dannoso-ecco-perche/>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA. Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? In: Revista Para el Análisis del Derecho. Nº 3, 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138050/188695>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹⁶ 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.

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 seus cessionários.

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 Escamilla⁹⁷: *“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 Escamilla⁹⁸, é chamado para a proteção da população europeia em “defesa” dos imigrantes irregulares e não na defesa dos direitos dos imigrantes/estrangeiros.

Esse tratamento penal direcionado à imigração irregular, segundo Massimo Donini⁹⁹, 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,

⁹⁷ Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? In: Revista Para el Análisis del Derecho. Nº 3, 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138050/188695>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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. Vide pp. 187-188. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1862/1862>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

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 intento de dar respostas eficientistas aos medos e inseguranças da população em relação à 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 Donini¹⁰⁰, 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 emergencias”*.

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”*¹⁰¹.

¹⁰⁰ 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. Vide pp. 205-206. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1862/1862>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

¹⁰¹ Idem. 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”), configura 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

O medo e a insegurança se transformaram na base da agenda política internacional, permitindo a consolidação de um estado de guerra global marcado pela violência nas limitações de Estados Democráticos de Direito que afrontam diretamente os direitos e garantias fundamentais de determinados grupos de pessoas, e que são contrárias, inclusive, aos valores sobre os quais estes Estados encontram-se assentados, revelando o estado de exceção como paradigma de governo contemporâneo.

Com a política assentada na lógica da guerra, evidencia-se a produção de “inimigos” que são necessários para a legitimação da violência dispensada pelos Estados. Neste estado das coisas, a imigração irregular, mediante a criação e propagação de estereótipos, é percebida, por alguns países da União Europeia, como fonte de riscos e perigos, justificando-se, com isso, o uso de medidas de controle e exclusão, que passam ainda, 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 liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

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

_____. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. 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.

COUNCIL OF EUROPE. Annual penal statistics. Space I – Prison Populations. Survey 2013/2014. Disponível em: <<http://wp.unil.ch/space/files/2015/02/SPACE-I-2013-English.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

DAL LAGO, Alessandro. Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società global. Milano: Feltrinelli, 2004.

DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Trad. Sérgio Lamarão. São Paulo: Revan, 2006.

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.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. In: Revista IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C., n. 19, p. 5-22, 2007. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2016.

GARCIA, Fernanda di Flora. A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. In: REMHU. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília: CSEM – Centro Svalabrianiano de Estudos Migratórios. Ano XXII, n. 43, p. 235-250, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. Fatal Journeys. Identification and Tracing of Dead and Missing Migrants. Report. Switzerland, v. 2, 2016. Disponível em: <<https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-2-identification-and-tracing-dead-and-missing-migrants>>. Acesso em: 16 jul. 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.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria fabris, 2009.

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.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerância cero y el derecho penal del enemigo. Ano 1, n. 1, p. 113-142, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/79/78>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. Umbrais de Giorgio Agamben: para onde nos conduz o *homo sacer*?. São Paulo: LiberArs, 2014.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal. Granada: Comares, 2004.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linhagem: (re)leituras biopolítica da obra de Giorgio Agamben.

In: Cadernos IHU. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012.

SAYAD, Abdelmalek. A imigração ou os paradoxos da alteridade. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Edups, 1998.

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.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo 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.

Data de submissão do artigo: 2016-09-05

Data de aprovação do artigo: 2017-09-12

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt