MIGRAÇÃO E DIREITO PENAL NA ESPANHA*

MANUEL CANCIO MELIÁ

Catedrático de Direito Penal da Universidade
Autônoma de Madri, Espanha.

I. Introdução

1. Em uma primeira aproximação pareceria que a relação entre o ordenamento penal e o fenômeno da (i)migração se limitaria, em relação ao Direito positivo, a ter em conta, em diversos pontos, as características especiais dos migrantes, enquanto possíveis vítimas de delitos, isto é, ao que se poderia denominar uma «perspectiva vitimológica»: os migrantes, é o que se espera, só poderão aparecer abertamente – como tais – no Direito penal, na medida em que apresentem especial vulnerabilidade frente a determinadas infrações, ou seja, somente podem estar presentes no ordenamento jurídico-penal quando definidos como vítimas específicas. De fato, na Espanha – e modo aproximado ocorre nos demais países da União Europeia –, as normas penais relacionadas com o atual fenômeno migratório são, sobretudo, o delito de tráfico de *seres humanos* (art. 177 bis do CP: este delito pune a conduta de quem intervém no tráfico [sob coação] de pessoas para fins de exploração laboral ou sexual, ou para a extração de órgãos), ou o *favorecimento da imigração clandestina* (art. 318 bis do CP: esta infração se refere ao comportamento de quem favorece de qualquer modo a imigração, ainda que seja sem intenção de lucro) e nos *delitos de discriminação* (arts. 510, 511 e 512 do CP: incitar o ódio ou a discriminação, discriminar no âmbito de serviços públicos ou privados) e a *circunstância agravante genérica* pelo fato de o autor do delito ter atuado – entre outras – com motivação racista ou discriminatória em função da etnia, raça ou nação à qual pertença a vítima (art. 22.4a do CP).

2. Pelo contrário, no que se refere à outra cara da moeda, isto é, à reação do sistema penal frente ao cometimento de delitos por parte de cidadãos estrangeiros ou, especificamente, por migrantes sem residência, deveria ser – e pode parecer à primeira vista – uma verdadeira *non-issue*, já que desde a Revolução Francesa, a igualdade dos participantes no delito é uma consequência direta do sistema jurídico-político ocidental, no qual determinados direitos individuais se atribuem a todos os seres humanos: a posição processual de um acusado não é determinada nem por sua posição social, nem por seu sexo, nem sequer

---

* Tradução do artigo "*Migración y Derecho penal en España*", publicado originariamente em PEÑA, Lorenzo; AUSÍN, Txetxu (eds.), *Pasando fronteras*. *El valor de la movilidad humana*. Plaza y Valdés Editores, 2015, p. 151-170. Tradução realizada pelo Prof. Dr. PABLO RODRIGO ALFLEN, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Manifesto aqui o agradecimento ao Prof. Dr. MANUEL CANCIO MELIÀ, que gentilmente autorizou a publicação da versão traduzida do artigo de sua autoria.

por sua nacionalidade. Nesse sentido, a recordação mais vívida no Ocidente do que supõe um modelo contrário é o regime nazi, com seu Direito penal específico para diversas categorias de seres humanos: para alemães, para estrangeiros, para judeus, para ciganos, para poloneses...

3. No entanto, um exame mais detido da situação mostra que ela é muita diferente do que parece. Por um lado, obviamente, existem *práticas* de discriminação dentro do sistema penal, invisíveis no plano normativo e muito dificilmente apreensíveis desde a perspectiva empírica, porém, evidentes para qualquer um que observe a realidade: assim, por exemplo, as taxas de prisão provisória são muito diferentes para pessoas que possuem residência regular do que para migrantes clandestinos, no caso de se deflagrar um processo; os níveis de controle policial preventivo – e, em consequência, de condenação penal facilitada pela descoberta de infrações criminosas em tais controles – (ainda que no caso espanhol, os responsáveis políticos tenham se limitado a negar, por exemplo, a existência de controles preventivos seletivos ou *raças* seletivas, contra a evidência apreciável por qualquer um e inclusive reconhecida por representantes sindicais das forças policiais) em relação a uma e outra parte da população são igualmente divergentes; as retiradas de medidas assistenciais levadas a cabo nos últimos anos afetam de modo especialmente claro migrantes sem residência regular, observando-se que isso pode resultar em criminogênese, etc. (veja os trabalhos contidos em PALIDDA/BRANDARIZ GARCÍA, 2010).

4. Por outro lado, retornando ao plano normativo, em primeiro lugar, o certo é que os níveis de aplicação das normas penais antidiscriminatórias não podem ser qualificados mais do que ridículos, pois apresentam dificuldades – excetuando-se as que possam ser atribuídas a uma deficiente orientação do aparato de persecução penal – mais do que notáveis na hora de provar a especial intenção discriminatória requerida pelas normas em questão, além de outros inconvenientes técnicos de subsunção (vide a análise de DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 433 e ss., e os autos da Audiência Provincial de Barcelona [8ª seção] de 5.9.2012 relativo ao caso do prefeito de Badalona).

Em segundo lugar, as condenações obtidas por favorecimento da imigração clandestina afetam quase sempre pessoas menores, como, por exemplo, o timoneiro de uma embarcação (e não os dirigentes de «grandes máfias de imigração» onipresentes no discurso oficial e midiático; veja sobre isso CANCIO MELIÁ, 2012).

Ademais, em terceiro lugar, se adverte a existência de uma ampla e intensa fraude de etiquetas, afirmando a legislação que determinadas atuações materialmente penais não passam do campo do Direito administrativo, apesar de que supõem ingerências importantes nas pessoas afetadas. Exemplo paradigmático disso, na Espanha, é o dos chamados CIE (Centros de Internação de Estrangeiros; *cfr*. MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2013): não se tratam de cárceres (ainda que, em muitos casos, estejam situados em antigos centros penitenciários «não-catalogados» por não reunirem condições específicas para isso), já que a internação neles é uma mera medida administrativa, e não uma sanção penal. As pessoas estão privadas de liberdade como em um cárcere (ou pior), aquilo soa como um cárcere (ou pior), tem o aspecto de um cárcere (ou pior), porém, não ingressa como tal nem no âmbito do sistema jurídico nem no da população.

5. Desde o ponto de vista aqui adotado, cabe formular a tese de que neste âmbito, no qual a regulamentação penal ocupa, à primeira vista, um papel completamente marginal, o certo é que a etiqueta penal desempenha um papel determinante também nas normas que pretendem *proteger* os migrantes da migração, contribuindo para a construção de uma categoria de pessoas excluídas, construção assumida, em primeira linha, pelo direito

(administrativo) de estrangeiros que impera na União Europeia, e que pretende restringir as migrações ao estritamente necessário para o processo produtivo e, ademais, apresentar o fenômeno como uma anomalia (há que ver a política informativa seguida majoritariamente nos países da UE, destacando as massas da população empobrecida que estariam tomando o continente europeu desde o sul, invertendo os termos da realidade do fenômeno, que de modo primordial aproveita vias de ingresso regulares, em especial, o meio de transporte aéreo). O uso do etiquetamento como «criminoso» é essencial para um exitoso processo de exclusão social. As normas mais relevantes a este respeito são, como se tem dito, as relativas ao delito de favorecimento da imigração clandestina e à instituição da expulsão de cidadãos estrangeiros como substitutivo penal:

Delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros:

Artigo 318 bis

1. Quem, direta ou indiretamente, promover, favorecer ou facilitar o tráfico ilegal ou a imigração clandestina de pessoas, em trânsito ou com destino a Espanha, ou com destino a outro país da União Europeia, será punido com pena de quatro a oito anos de prisão.

2. Os que realizam as condutas descritas no parágrafo anterior com intenção de lucro ou empregando violência, intimidação, fraude, ou abusando de uma situação de superioridade ou de especial vulnerabilidade da vítima, ou colocando em perigo a vida, a saúde ou a integridade física das pessoas, serão punidos com as penas em sua metade superior. Se a vítima for menor de idade ou incapaz, serão punidos com as penas em grau superior às previstas no parágrafo anterior.

3. Nas mesmas penas do parágrafo anterior e também no caso de inabilitação absoluta de seis a 12 anos, incorrerão aqueles que realizarem os fatos prevalecendo-se de sua condição de autoridade, agente de alguma autoridade ou funcionário público.

4. Serão impostas penas em graus superiores aos previstos nos parágrafos 1 a 3 deste artigo, em seus respectivos casos, e inabilitação especial para profissão, ofício, indústria ou comércio pelo tempo da condenação, quando o culpado pertencer a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique à prática de tais atividades.

Quando se tratar dos chefes, administradores ou encarregados de tais organizações ou associações, aplicar-se-á a pena em sua metade superior, que pode ser aumentada à imediatamente superior em grau.

Quando, de acordo com o estabelecido no artigo 31 bis, uma pessoa jurídica for responsável pelos delitos previstos neste Título, serão impostas a pena de multa de dois a cinco anos, ou a do triplo ao quíntuplo do benefício obtido se a quantidade resultante for mais elevada.

Atendidas as regras estabelecidas no artigo 66 bis, os juízes e tribunais poderão, assim mesmo, impor as penas referidas nas letras b) a g) do parágrafo 7 do artigo 33.

5. Os tribunais, tendo em vista a gravidade do fato e suas circunstâncias, as condições do culpado e a finalidade pretendida por este, poderão impor a pena em um grau inferior ao respectivamente indicado.

Artigo 89

1. As penas privativas de liberdade inferiores a seis anos impostas a um estrangeiro não residente legalmente na Espanha serão substituídas na sentença por sua expulsão do território espanhol, salvo que o Juiz ou Tribunal, prévia audiência do condenado, do Ministério Público e das partes, de forma motivada, aprecie razões

que justifiquem o cumprimento da condenação em um centro penitenciário na Espanha.

Também se poderá estabelecer a expulsão em autuação posterior motivada, mediante prévia audiência do apenado, do Ministério Público e das demais partes.

2. O estrangeiro não poderá regressar à Espanha em um prazo de cinco a dez anos, contados desde a data de sua expulsão, atendidas a duração da pena substituída e as circunstâncias pessoais do apenado.

3. A expulsão levará consigo o arquivo de qualquer procedimento administrativo que tiver por objeto a autorização para residir ou trabalhar na Espanha.

4. Se o estrangeiro expulso regressar à Espanha antes de transcorrer o período de tempo estabelecido judicialmente, cumprirá as penas que foram substituídas. Não obstante, se for surpreendido na fronteira, será expulso diretamente pela autoridade governamental, começando a computar-se de novo o prazo de proibição de entrada em sua integralidade.

5. Os juízes ou tribunais, o Ministério Público, mediante prévia audiência do apenado e das partes, acordarão em sentença ou durante sua execução, a expulsão do território nacional do estrangeiro não residente legalmente na Espanha, que tiver que cumprir ou estiver cumprindo qualquer pena privativa de liberdade, para o caso de que tenha ingressado no terceiro grau penitenciário ou cumprido três quartos da condenação, salvo que prévia audiência do Ministério Público e de forma motivada ofereça razões que justifiquem o cumprimento na Espanha.

6. Quando, acordando-se a expulsão em qualquer das hipóteses previstas neste artigo, o estrangeiro não se encontrar ou não ficar efetivamente privado da liberdade em execução da pena imposta, o Juiz ou Tribunal poderá acordar, com o fim de assegurar a expulsão, seu ingresso em um centro de internação de estrangeiros, nos termos e com os limites e garantias previstos na Lei para expulsão governamental.

Em todo caso, se, acordada a substituição da pena privativa de liberdade pela expulsão, esta não puder ser levada a efeito, proceder-se-á à execução da pena originariamente imposta ou do período de condenação pendente, ou a aplicação, em seu caso, da suspensão da execução da mesma ou sua substituição nos termos do artigo 88 deste Código.

7. As disposições estabelecidas nos parágrafos anteriores não serão de aplicação aos estrangeiros que tivessem sido condenados pela prática de delitos a que se referem os artigos 312, 313 e 318 bis deste Código.

a) Cabe afirmar que o tão publicizado impulso protetivo das normas penais destinadas a proteger os migrantes antes enunciados não é mais do que uma regulamentação de fachada. Resulta particularmente significativa a respeito a introdução do *delito de favorecimento da imigração clandestina* do art. 318bis do CP, acabado de reproduzir, realizada sob o enternecedor rótulo da «proteção dos direitos dos cidadãos estrangeiros». Muitas vozes na doutrina têm refletido sobre o possível objeto de proteção deste delito, encontrando-o, às vezes, na dignidade dos migrantes, ou em seu direito à integração social, ou em sua integridade moral, etc., valores que ficariam lesionados pelo fenômeno da imigração irregular, e formulando essas diversas hipóteses sem reparar que a norma espanhola incrimina a conduta, ainda que o favorecimento se produza por razões altruístas (indo além da correspondente Decisão Marco da União Europeia), de modo que parece muito estranho (CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, 2005, p. 343-347, 400-415), desde já, que se «proteja» os pobres migrantes daquilo que desejam ardentemente, e a que dedicam todas as suas energias e pelo que, em muitas ocasiões, correm riscos gravíssimos (sobretudo, os imigrantes africanos que não podem usar as vias de transporte regulares para ingressar na UE e tem de levar a cabo uma viagem através de todo o continente africano e tentar a sorte de uma travessia em embarcações irregulares): como encontrar um modo de vida razoável no primeiro mundo, que

a situação de miséria ou guerra em seu lugar de origem lhes impediria de alcançar – isto é, que partem de uma visão infantilizada do migrante (LAURENZO COPELLO, 2008, p. 223-243), que não sabe o que lhe convém e é manipulado por forças obscuras, as «máfias das migrações clandestinas».

b) Finalmente, começam a emergir da invisibilidade normativa algumas disposições que supõem um tratamento abertamente discriminatório, sem rodeios paternalistas/hipócritas: assim, por exemplo, o ordenamento penal espanhol contém, disfarçado de medida alternativa à prisão, o instituto penal da *expulsão* do art. 89 do CP, antes transcrito (lembre-se: para infrações punidas com menos de seis anos, que são muitas), reservada a cidadãos estrangeiros sem título de residência, confundindo «estrangeiro» com migrante, tratando-os como iguais e implicando uma espécie de «loteria penal»: para o delinquente estrangeiro sem vínculos com o país, como é óbvio, ser expulso sem ter que cumprir a pena privativa de liberdade é positivo, enquanto que para o migrante irregular assentado no território a expulsão pode ser una catástrofe vital (CANCIO MELIÁ, 2005b, p. 214-215). Este instituto, que pretende ter em conta as circunstâncias pessoais do apenado (estimando-se que poderá se reinserir melhor em seu país de origem), e do qual se diz, quando se tapam os microfones, que serve para «descarregar» as prisões espanholas, na verdade, não tem explicação diversa à da pretensão de excluir os irregulares até o cumprimento da pena de prisão, tornando visível uma categoria de pessoas cuja circunstância pessoal é irrelevante.

E indo muito mais longe, deixando de lado a confusão e a hipocrisia que imperam no resto da UE, a Itália de Berlusconi deu há alguns anos um passo em direção a uma regulamentação abertamente racista: criminalizando a mera permanência irregular (introduzindo, portanto, um delito de existência) e incluindo como circunstância agravante para qualquer infração penal o caráter irregular da residência do autor (ainda que isso viesse a ser, posteriormente, anulado pela *Corte Costituzionale*); mais claro que a água – parece evidente, como se antecipava, que a finalidade das normas penais em questão é a de construir uma categoria de sujeitos associada legislativamente ao criminoso (*veja* CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, 2005, p. 400-415; sinteticamente TERRADILLOS BASOCO, 2008; entre a rica bibliografia dos últimos anos, compare os trabalhos monográficos de BRANDARIZ GARCÍA, 2011; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2009, e IGLESIAS SKULJ, 2011).

A seguir, tentar-se-á explicar esta tese tomando como referência o ordenamento penal espanhol, e, em particular, o delito de favorecimento de imigração clandestina e o instituto da expulsão de residentes sem título regular como medida específica.

Ambos os setores de regulamentação parecem estruturalmente incoerentes com as diversas funções indicadas habitualmente no discurso teórico de introdução ou de reforma do Código Penal espanhol: nem parece se poder assumir que o delito do art. 318 bis do CP esteja destinado a «proteger os direitos dos cidadãos estrangeiros», nem parece possível considerar a expulsão de estrangeiros residentes sem título formal, um instrumento de adaptação do modo de cumprimento da pena às circunstâncias pessoais do condenado, como os outros dois institutos com os quais se compartilha a situação no Código (a suspensão ou substituição de penas e a liberdade condicional).

Por isso, na continuação se procurará apreender o Direito penal espanhol em matéria de imigração desde a perspectiva das características do setor de regulamentação, especialmente emergente no momento atual em diversos ordenamentos jurídico-penais, daquilo que o penalista e filósofo do Direito alemão, JAKOBS, tem denominado «Direito penal do inimigo». Antes de confirmar esta hipótese, convém, então, sintetizar brevemente quais são as linhas básicas deste conceito de «Direito penal do inimigo».

II. «Direito penal» do inimigo como critério de análise

1. Para poder comprovar, a seguir, a correção da tese acabada de formular, parece conveniente resumir aqui previamente qual é o conteúdo do conceito de «Direito penal do inimigo», que pode servir para avaliar a legitimidade da reação do Direito penal espanhol frente ao fenômeno da imigração. Segundo JAKOBS (1985; 2004; 2006), o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: *em primeiro lugar* se constata um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), ao invés de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido); *em segundo lugar,* as penas previstas são desproporcionalmente altas: principalmente, a antecipação da barreira de punição não é levada em conta para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada; *em terceiro lugar,* determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. Na Espanha, de modo substancialmente semelhante, o penalista SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 183 e ss.) tem incorporado o fenômeno do Direito penal do inimigo em sua própria concepção político-criminal. De acordo com a sua posição, no momento atual se estão diferenciando duas «velocidades» no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e no qual, segundo SILVA SÁNCHEZ, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade viria constituída por aquelas infrações nas quais, ao impor-se somente penas pecuniárias ou privativas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de novo cariz –, caberia flexibilizar de modo proporcional à menor gravidade das sanções esses princípios e regras «clássicas». Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão cuja análise excede, desde logo, o marco do presente trabalho –, a imagem das «duas velocidades» induz imediatamente a pensar no Direito penal do inimigo como «terceira velocidade», na qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade (e especialmente severas) e a «flexibilização» dos princípios político-criminais e das regras de imputação.

Desde a perspectiva aqui adotada, ambas as concepções esboçadas são corretas enquanto elementos de uma descrição (compare CANCIO MELIÁ, 2005a; 2006; 2008). Se se leva em conta o desenvolvimento da legislação penal na Espanha e em outros países do Ocidente, fica claro que este «Direito penal do inimigo» já existe: o papel protagonista do dano social causado pela infração personificado na identificação com a vítima, o amplo consenso social nas soluções *maximalistas* e a globalização das agendas e das modas político-criminais, desemboca em uma preeminência indiscutida de uma perspectiva fático-preventiva, sobretudo, no ordenamento penal. É claro que o Direito penal radicalmente antecipado, desproporcionalmente severo e dotado de um acompanhamento processual que suprime o estatuto processual do cidadão, que JAKOBS descreve como «Direito penal do inimigo», já existe em alguma medida – trata-se de um tipo ideal, não de uma categoria – em nossos Códigos.

A essência deste conceito de Direito penal do inimigo está em que constitui uma reação do ordenamento jurídico de combate contra indivíduos especialmente perigosos, e que nada *significa,* já que, de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo especialmente significativas. Com este instrumento, como diz JAKOBS, o Estado não fala com seus cidadãos, mas sim ameaça seus inimigos.

Uma breve consideração à realidade atual do Direito penal no Ocidente mostra que – do mesmo modo que na construção de JAKOBS – predomina no discurso expressado a constante referência à segurança, isto é, à *prevenção fático-policial*, como fim da aprovação de normas que estabelecem ou agravam infrações penais ou suprimem o estatuto processual do imputado. Com efeito: se o debate gerado nos últimos anos acerca do conceito (geral) de «Direito Penal do inimigo» tem demonstrado algo, é que a estrela no arsenal argumentativo a favor de regras completamente distintas para os *inimigos* está – de modo paralelo ao que ocorre em outros setores de regulação implicados nesta evolução político-criminal, mas aqui com muito maior intensidade – na questão da *periculosidade* dos atos dos delinquentes e na consequente necessidade de sua prevenção instrumental, ao tratar-se de uma fonte de perigo especialmente significativa. Este discurso, como é sabido, alcança desde o ano de 2001 sua máxima intensidade no âmbito do terrorismo, porém, também está presente em diversas imagens geradas pelos meios de comunicação a respeito de determinados delinquentes pertencentes a certos grupos nacionais, ou a ameaçadora linha informativa a respeito dos «assaltos» à fronteira do sul da UE.

Parece evidente – e assim o tem manifestado a amplíssima maioria da doutrina, que tem se dedicado à questão em diversos países – que tal noção de «Direito penal» se situa, em muitas ocasiões, à margem dos ordenamentos constitucionais – a demonstração mais gráfica é o *limbo* de Guantánamo, no qual não vigem nem as Convenções de Genebra nem a Constituição dos EUA –, que trata de regras juridicamente ilegítimas (veja os numerosos trabalhos na coletânea de CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006). No entanto, para além desta constatação, também no plano descritivo, parece que este conceito de «Direito penal do inimigo» necessita de alguma precisão.

2. ***a)*** Aqui o ponto de partida deve estar no reconhecimento de que é muito difícil avaliar qual tem sido o papel concreto da existência de determinadas regras jurídico-penais (enquanto que sim, parece razoável pensar que se poderá quantificar, em alguma medida, a influência da organização dos serviços de polícia preventiva: pense-se tão só nos perturbadores dados que a bibliografia especializada oferece a respeito do quão concretas eram as previsões de diversos âmbitos especializados a respeito da iminente produção de um atentado como o ocorrido em 11.9.2001): esta questão, como em outros âmbitos de regulamentação, põe de lado afirmações empíricas de certa consistência. Evidentemente, esta é uma constatação de *duplo uso:* do mesmo modo que é habitual – como aqui se faz – colocar de lado que não há evidência acerca de qual seja a medida em que uma determinada exasperação da severidade punitiva tem efeitos fático-preventivos, tampouco pode tê-la a respeito de que tal eficácia fático-preventiva de uma elevação *não* exista de fato, este seria um caso claro de *probatio diabolica*. Isto não muda em nada o fato de que quem alega a necessidade de intervenção em termos de prevenção, talvez tenha mais razões para procurar fundamentar a eficácia de uma determinada opção de incremento da punibilidade. Em última instância, as argumentações que tomam como base de sua construção exclusivamente elementos como chave de *proteção,* de *eficiência preventiva,* de *reação frente à periculosidade* terminal dos fenômenos terroristas exigem, tanto no âmbito do Direito penal antiterrorista como em outros, demasiadamente do Direito penal.

b) No entanto, para além da inconsistência da obsessão pela eficácia preventiva, o decisivo está em que este discurso, que domina as manifestações públicas em matéria de política criminal, como se fosse algo evidente, não explica o verdadeiro fundamento, as bases reais da nova política criminal. Dito em uma frase: sob a faceta da tomada de medidas (dolorosas, porém) eficazes do discurso preventivo aparece, na realidade, o motor da

demonização enquanto multiplicador social do Direito penal do inimigo. Nesse sentido, parece claro que em todos os campos importantes do Direito penal do inimigo («cartéis de drogas»; a «criminalidade organizada», determinados delitos sexuais, e, sobretudo, o terrorismo, ou, precisamente, a «criminalidade da imigração») não há um tratamento frio, desapaixonado, de um problema de gestão de riscos sociais, senão uma verdadeira fogueira de sentimentos coletivos (estimulados ou não) a *eles,* os agressores.

3. Assim, compreende-se que o «Direito penal do inimigo» – dedicado essencialmente a definir categorias de sujeitos – é, de modo estrutural, um Direito penal do autor. Visto o processo simbólico desde esta perspectiva, o elemento decisivo é que se produz uma *exclusão* de una determinada categoria de sujeitos do círculo de cidadãos, razão pela qual se pode afirmar, neste âmbito, que a questão acerca da defesa frente aos riscos – que é o denominador essencial da agenda político-criminal explícita – é pífia. Nesse sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se equipara à do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de *criação* de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo, ou, dito de outro modo, o Direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento. Uma nova fase que, se se consolidar, fará desaparecer o Estado de Direito.

Definido nestes termos o Direito Penal do inimigo, parece claro que a questão acerca de que se pode haver *Direito* penal (legítimo) do inimigo fica resolvida negativamente. Em particular, desde a perspectiva de um entendimento da pena e do Direito penal com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do «inimigo» mediante uma mudança de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal é disfuncional de acordo com o conceito de Direito penal. Desde este ponto de vista, cabe afirmar que o «Direito penal do inimigo» jurídico-positivo cumpre uma função distinta do Direito penal (do cidadão): trata-se de coisas distintas. Ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional, o Direito penal do inimigo praticamente reconhece (ou postula) a diversidade do infrator; por meio da demonização dos grupos de autores afetados, que se encontra implícita em sua regulamentação – uma forma exacerbada de reprovação –, dá especial ressonância a seus fatos. Isso só se pode compreender se se assume que tal orientação do ordenamento jurídico-penal é dirigida, em seu significado, ao conjunto dos grupos sociais que não se encontram entre aqueles próximos aos autores. Em consequência, a função do Direito penal do inimigo provavelmente tenha que ser vista na *criação (artificial) de critérios de identidade entre os excludentes mediante* a *exclusão* (CANCIO MELIÁ, 2005a; 2006). Portanto, o conceito pode servir para caracterizar e identificar setores de regulamentação jurídico-penal estruturalmente ilegítimos.

III. O Direito penal de imigração espanhol: «Direito penal do inimigo»

Após este esboço das características do Direito penal do inimigo, cumpre agora comprovar se o delito previsto no art. 318 bis do CP e o instituto da expulsão previsto no art. 89 do CP, como figuras centrais da resposta do Direito penal espanhol ante o fenômeno da (i)migração, podem se considerar pertencentes a tal setor estruturalmente ilegítimo do Direito penal positivo. Para isso, deve-se constatar se concorrem os elementos essenciais antes identificados como característicos do «Direito penal» do inimigo.

1. A análise do primeiro deles, o amplo «adiantamento das barreiras de punição» constatado por JAKOBS a respeito, por exemplo, do processo de tipificação no Direito penal

antiterrorista, não procede, como é lógico, em relação à expulsão, no campo das consequências jurídicas, mas sim em relação ao delito do art. 318 bis, 1, do CP. Neste delito, o adiantamento das barreiras de punição se aprecia com toda clareza. Como se aprecia já com uma primeira leitura de seu texto, a regulamentação evidencia que o bem jurídico protegido não é outro que a *política migratória* que fica refletida nas diferentes normas que determinam o caráter ilegal da entrada ou residência do imigrante. Na medida em que resulta difícil definir a concreta política migratória que se pretende proteger por meio dessas normas, este delito se apresenta, na verdade, como um delito de caráter formal configurado a partir de uma remissão normativa ao âmbito do Direito administrativo. A conduta passa a ser penalmente típica desde o momento em que se favorece a entrada ou permanência ilegal do imigrante independentemente dos efeitos que isso possa produzir tanto na pessoa do imigrante como na ordem socioeconômica que se diz protegida pelas normas que controlam a imigração.

2. O segundo dos aspectos, a desproporcionalidade da reação do sistema punitivo, se acha plenamente presente em ambos os institutos. No delito do art. 318 bis do CP se comprova facilmente que existem inúmeras condutas que podem ser consideradas claramente típicas e que, no entanto, não parecem merecer uma resposta de caráter jurídico-penal, e menos ainda uma pena mínima de quatro anos de prisão: assim, as hipóteses nas quais se favorece a entrada ilegal de familiares ou nos quais se dá cobertura a imigrantes que tenham entrado de maneira ilegal. A pena pode ser considerada exagerada inclusive em alguns dos casos dos tipos derivados agravados, como, por exemplo, quando a conduta se realiza com intenção de lucro. No caso da expulsão, este aspecto não aparece no sentido do estabelecimento de penas desproporcionalmente altas, senão, de modo ainda mais radical, no sentido de uma completa ausência de toda proporção: isto é o que implica a generalização da expulsão apesar de sua ambivalência aflitiva.

3. O terceiro elemento, o que se refere à supressão das garantias processuais, não pode ser analisado a fundo em um trabalho destas características, porém, em todo caso, com relação à expulsão, parece claro que a administrativização da saída – da Espanha – compromete em muitos casos o direto à tutela judicial efetiva.

4. Finalmente, o elemento relativo à construção de uma categoria de «inimigos» e sua implementação em um Direito penal do autor se manifesta também em ambas figuras, se bem que com diferente forma e intensidade. Assim, no caso do delito do art. 318 bis, 1, do CP, pode-se dizer que a dificuldade existente na hora de identificar o risco concreto que se pretende evitar quando se pune quem favorece o descumprimento das normas reguladoras da imigração faz pensar que o interesse já não se centra em uma determinada forma de se produzir a imigração, senão o próprio fenômeno da imigração com caráter geral. A confusa regulamentação atual, na qual, como se tem visto, por um lado, procura se apresentar ao imigrante como vítima do delito e, por outro lado, criminaliza o mero fato de lhe prestar ajuda, contribui para lançar uma mensagem em certa medida hipócrita que aparentemente se interessa pelo imigrante, mas que, em última instância, converte sua própria presença em uma ameaça de caráter criminoso.

Desse modo, pode-se, inclusive, gerar a impressão de que, para além do controle da imigração, o que se produz com a tipificação das condutas favorecedoras da imigração irregular é a marginalização ou exclusão dos imigrantes que ingressam em nosso país, sem respeitar as vias estabelecidas, punindo severamente aqueles que possam se identificar com os imigrantes prestando-lhes algum tipo de ajuda. Ao se identificar a chegada ou permanência do imigrante com uma ameaça penalmente relevante, é o próprio imigrante que acaba sendo visto não como um «cidadão», senão como uma fonte de conflitos, como um «inimigo». O

imigrante que entra ilegalmente na Espanha é rechaçado de maneira geral, independentemente de qual seja sua conduta, e é apresentado como alguém distinto daqueles que se encontram no país em situação regular e podem se considerar cidadãos. Acaba-se incorrendo em uma dialética cidadão /inimigo que corre o risco de chegar a justificar a completa exclusão do imigrante e seu tratamento a margem dos princípios mais elementares do Estado social e democrático de Direito.

Quanto à expulsão, primeiro convém recordar o que *não* é este instituto, de acordo com uma análise elementar de seu alcance: não é um substitutivo penal, uma alternativa à pena privativa de liberdade. Com efeito, a generalização provocada pelo caráter preceptivo, em princípio, da medida de expulsão e a falta de menção às circunstâncias individuais na cláusula excepcional de cumprimento na Espanha – isto é: a exclusão *em princípio* de toda reinserção – somente podem entender-se sob outros parâmetros. Neste caso, o que vem à cabeça é a famosa comparação de HEGEL na adição ao § 99 de sua *Filosofia do Direito:* frente a um cão, se levanta um pedaço de pau muito ou pouco, conforme convenha a quem o agrida, e não ao direito do cão. Nesse sentido, a única mensagem que fica em face de uma medida de efeitos tão aleatórios é que os imigrantes («irregulares») estão relacionados com o delito de um modo específico, por essa sua condição. Isso é o que pretende quem tem o pedaço de pau, esse é o fim objetivo da regulamentação.

5. A conclusão, portanto, para ambos os setores de regulamentação, com as correspondentes diferenças no grau de intensidade, é a mesma: não se trata de reagir frente aos delitos de determinados sujeitos, senão de construir uma categoria de inimigos. O que se transmite, em definitivo – como vem destacando parte de algumas vozes doutrinárias neste contexto há algum tempo – é uma identificação entre imigração e delito. Portanto, pode-se afirmar que se está construindo uma categoria de sujeitos associados à condição de elementos perigosos, de «inimigos», através – entre outros fatores, é claro – de seu tratamento penal tecnicamente diferenciado: há um Direito penal de autor. Trata-se, em suma, de assegurar a identidade dos sujeitos representados na norma, os excludentes, mediante a exclusão; trata-se de *Direito penal do inimigo*.

Parece claro – como ocorre nos demais âmbitos do Direito penal do inimigo em maior ou menor medida – que tal reação do ordenamento jurídico-penal se produz em um ponto da configuração social espanhola – as profundas transformações que o processo de imigração está produzindo de modo acelerado – especialmente crítico no momento atual, no qual pode resultar eleitoralmente rentável aparecer como promotor de uma política de exclusão e estigmatização do imigrante. Talvez esta alta rentabilidade política também resida em que a exclusão de certa categoria de estrangeiros mediante o uso do Direito penal do inimigo afaste a atenção social da exclusão material destes mesmos sujeitos produzida pela organização do sistema econômico-político.

Bibliografia

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Sistema penal* y *control de los migrantes*. *Gramática del migrante como infractor penal*, Granada, 2011.

CANCIO MELIA, Manuel. *«Feindstrafrecht?», Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117, 2005a, pp. 267 y ss.

——— . «La expulsión de ciudadanos extranjeros (art. 89 CP)», en Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González (ed.), *Libro homenaje* a *Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005b, pp. 183 y ss.

——— . «De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?», en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2a ed., Madrid, 2006, pp. 85 y ss.

——— . «Internationalisierung der Kriminalpolitik: Überlegungen zum strafrechtlichen Kampf gegen den Terrorisrnus», en Sieber *et* al. (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen - Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag,* 2008, pp. 1489 y ss.

——— . «Internacionalización del Derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo»,* en Jorge de Figueiredo Días (org.), *Boletim* da *Facu1dade de Direito* da *Universidade de Coimbra, Studia Iuridica* 94, *Intemscioiulizeceo* do *Direito no novo século,* Coimbra, 2009, pp. 203 y ss.

——— . Inmigración, Derecho penal y criminalidad organizada. Algunos comentarios al hilo de *Biutiiul»,* en Moira Nakusi/Daniel Soto (ed.), *Cine* y *criminalidad organizada. Una mirada multidisciplinar,* Santiago de Chile, 2012, pp. 585 y ss.

CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de* la *exclusión,* Madrid y Buenos Aires, 2 vols., 2006.

CANCIO MELIA, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio políticocriminal », en Bacigalupo/Cancio Meliá (ed.), *Derecho penal* y *política transnacional,* Barcelona, 2005, pp. 343-415.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El derecho penal como herramienta de* la *política migratoria,* Granada. 2009.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido* y *alcance del artículo* 22.4a *CP,* Madrid, 2013.

IGLESIAS SKULJ, Agustina. *El cambio en el estatuto de* la *Ley penal* y *en los mecanismos de control: flujos migratorios* y *gubernamentalidad neoliberal,* Granada, 2011.

LAURENZO COPELLO, Patricia. «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá/Pozuelo Pérez (coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada,*Madrid, 2008, pp. 223 y ss.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 1985, pp. 753 y ss.

——— . *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck,* Düsseldorf, 2004.

——— . «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de* la *exclusión,* Madrid y Buenos Aires, vol. 2, 2006, pp. 93 y ss.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (ed.) et al. *Mujeres en el cm: género, inmigración e intemsmiento,* Madrid, 2013.

PALIDDA, Salvatore; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (ed.) *et* al. *Criminalización racista de los migrantes en Europa,* Granada, 2010.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal* en *las sociedades postindustriales,* 3a edición, Buenos Aires-Montevideo, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Las políticas penales europeas de inmigración», en Luz María Puente Aba (ed.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal,* Granada, 2008, pp. 195 y ss.