



O estrangeiro como inimigo no novo código penal: uma análise antropológica do Projeto de Lei do Senado N° 236, de 2012

Isaque Tolentino Teixeira¹
Charles Alexandre Souza Armada²
Bruna Rogge Conte³

Resumo

O presente artigo tem como propósito o estudo e análise do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, especificamente em seu Título IX, intitulado de 'Crimes Relativos a Estrangeiros'. O atual código penal, vigente há aproximadamente oito décadas, trata de maneira esparsa o tema do estudo, e, por conta disto, uma reforma mostra-se condizente com a necessidade, em face do grande fluxo migratório que o Brasil vem percebendo, principalmente na última década. Através da análise dos diplomas legais que a legislação brasileira dispõe acerca do assunto, nota-se a desarmonia presente no referido capítulo, que desconsidera princípios constitucionais e internacionais voltados ao seu conteúdo. Ademais, não compreende a realidade do direito internacional e seu fluxo, muito menos a atuação nacional perante os estrangeiros, que há muito é considerada avançada no sentido humanístico e internacional. Em que pese a complexidade do tema, não apenas no cenário interno, a aprovação do anteprojeto marcaria um retrocesso brasileiro diante dos direitos humanos. A metodologia qualitativa fora a adotada para a elaboração do presente artigo.

Palavras chave: Novo Código Penal; Direitos Humanos; Estrangeiro; Direito Penal do Inimigo.

El extranjero como enemigo en el nuevo código penal: un análisis antropológico del proyecto de ley del Senado N ° 236 de 2012

Resumen

El propósito de este artículo es estudiar y analizar el proyecto de ley del Senado No. 236 de 2012, específicamente en el Título IX, titulado 'Delitos relacionados con el extranjero'. El código penal actual, en vigor durante aproximadamente ocho décadas, aborda escasamente el tema del estudio, y debido a esto, una reforma es consistente con la necesidad, dado el gran flujo de inmigración que Brasil ha estado percibiendo, especialmente en La última década. A través del análisis de los diplomas legales que la legislación brasileña dispone sobre el tema, se observa la falta de armonía presente en el capítulo referido, que ignora los principios constitucionales e internacionales orientados a su contenido. Además, no comprende la realidad del derecho internacional y su flujo, y mucho menos la acción nacional hacia los extranjeros, que durante mucho tiempo se ha considerado avanzado en el sentido humanista e internacio-

¹ Acadêmico de Direito na Universidade do Vale de Itajaí. isaquetolteixeira@gmail.com

² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, e Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. charlesarmada@hotmail.com

³ Acadêmica de Direito na Universidade do Vale de Itajaí. brunarogge98@gmail.com

nal. A pesar de la complejidad del tema, no solo en el escenario interno, la aprobación del borrador marcaría un revés brasileño para los derechos humanos. La metodología cualitativa fue la adoptada para la elaboración de este artículo.

Palabras clave: Nuevo Código Penal; Derechos humanos; Exterior; El derecho penal del enemigo.

The foreigner as an enemy in the new penal code: an anthropological analysis of Senate Bill No. 236, 2012

Summary

The purpose of this article is to study and analyze Senate Bill No. 236 of 2012, specifically in Title IX, entitled 'Foreign-Related Crimes'. The current penal code, in force for about eight decades, sparsely addresses the subject of the study, and because of this, a reform is consistent with the need, given the large immigration flow that Brazil has been perceiving, especially in last decade. Through the analysis of the legal dispositions that the Brazilian legislation disposes on the subject, it is noticed the disharmony present in the referred chapter, that disregards constitutional and international principles oriented to its content. Moreover, it does not understand the reality of international law and its flow, much less national action towards foreigners, which has long been considered advanced in the humanistic and international sense. In spite of the complexity of the theme, not only in the internal scenario, the approval of the draft would mark a Brazilian setback to human rights. The qualitative methodology was the one adopted for the elaboration of this article.

Key words: New Penal Code; Human rights; Foreign; Enemy's Criminal Law.

Introdução

Tramita no Senado o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que visa reformar o código penal vigente. Dentre as mudanças propostas, confere a de um título que concerne apenas aos estrangeiros, o Título IX, intitulado de 'Crimes Relativos a Estrangeiros'. Em um primeiro momento, em comparação com a legislação penal atual, em que o tema é tratado de maneira esparsa, vislumbra-se na sociedade a premência em tratar com profundidade questões direcionadas aos estrangeiros, isto porque, o fenômeno migratório mostra-se como uma tendência mundial. Tal inclinação gera problemáticas culturais e humanitárias em todo o globo, respaldando no território nacional, que pode ser considerado um berço para refúgio diante do fenômeno.

O objetivo da presente pesquisa é o de analisar a atuação brasileira diante do alto fluxo estrangeiro em êxodo, principalmente no que toca a sua recepção, como também levantar os dispositivos jurídicos pertinentes ao tema e suas considerações perante ao método a se adotar e a forma de se considerar os imigrantes que chegam às fronteiras nacionais em busca de

refúgio, apresentando, esclarecidamente, a inviabilidade de aprovação do projeto de Lei detentor do enfoque do texto.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo está dividido em três seções, planejadas com a intenção de construir e apresentar o tema desde sua base principiológica, antropológica e histórica, até as legislações que atualmente o regem, o Projeto de Lei do Senado em discussão e, suas possíveis problemáticas diante do cenário internacional. Na primeira seção o objeto estudado é o Fenômeno Migratório em si, analisado principalmente em um viés antropológico. Far-se-á neste, conjuntamente, a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo e sua inserção na sociedade atual. A segunda seção consiste em um levantamento e análise dos dispositivos jurídicos brasileiros – ou abraçados pela Nação – que regem o tema das migrações de modo geral. São apresentados, neste tópico, minúcias interessantes para a construção de uma consciência jurídica e humanitária voltada ao tema. Ademais, no terceiro, o Projeto de Lei em questão 236/2012 é apresentado, assim como seus pontos desarmônicos, centralizados no Capítulo IX, que são examinados utilizando como base de argumentação as duas primeiras seções da pesquisa. Por fim, a metodologia adotada para a composição deste estudo consiste na qualitativa, dada a natureza do caso em análise e o objetivo do texto.

Fenômeno Migratório e o Estrangeiro como Inimigo Penal

Desde o exórdio da sociedade humana a problemática tangente às questões migratórias fez-se presente. Em todos os períodos em que tal ato fora necessário, as causas deste denotaram semelhanças em suas naturezas, sejam por necessidades tocantes a questões climáticas, políticas, econômicas, de povoamento ou até mesmo por conta de catástrofes naturais. Na medida em que uma parcela humana sempre necessitou do êxodo para garantir sua sobrevivência, uma outra teve de mostrar-se disposta a recepcionar os despossuídos em seus territórios. No perpassar da história, em suas diversas chaves, muitas foram as tratativas adotadas – por conta da possibilidade – na recepção de não nacionais; inicialmente, eram tidos como ameaça direta, um inimigo desconhecido a ser contido; posteriormente, como uma possibilidade de mão de obra, por não serem dignos do reconhecimento como cidadãos nacionais, assim tornando-se escravos; até o advento do pensamento humanista e antropológico, que tornou o homem centro do sentido universal da existência, e, assim, políticas, correntes de pensamento e princípios morais nacionais e internacionais foram desenvolvidos para assegurar que todos, dentro de suas diversidades culturais, obtivessem direitos mínimos, ditos primordiais, à vida. Com este avanço, se desenvolvem os Direitos Internacionais Humanos, que são as

garantias mínimas à sobrevivência humana. Decerto que “esses direitos essenciais são aqueles dos quais o ser humano é titular em função de uma construção histórica que buscou assegurar proteção à dignidade humana, característica inerente aos seres humanos, e que todos possuem simplesmente por serem humanos. É o núcleo de direitos essenciais ao homem para que esse possa sobreviver e manter a sua dignidade.”⁴

Atualmente, os números e estatísticas expõem uma tendência migratória em todo o globo, um fenômeno em desenvolvimento e que já atinge grande parte dos países europeus e americanos. Alusivo ao tema, Harari aclara a questão, afirmando que, mesmo com a diminuição das fronteiras e diferenças culturais no planeta, por conta da globalização, esta facilitou em muito o choque de diversidades e repúdio entre indivíduos e nações, pois “a medida que cada vez mais humanos cruzam cada vez mais fronteiras em busca de empregos, segurança e um futuro melhor, a necessidade de confrontar, assimilar ou expulsar estrangeiros cria tensão entre sistemas políticos e identidades coletivas formadas em tempos menos fluidos.”⁵

O que antes fora um indivíduo estranho, mas distante, presente apenas no plano teórico, hoje se faz em molde semelhante, contudo, sob uma distância deveras reduzida, o que resulta na sensação de uma relação estabelecida, mesmo que indireta, entre as partes. O contato diverso ao eu pensante, de modo que adentre em seu cotidiano individual, o confunde, pois traz à tona o conflito da ideia com o real. Decerto uma clara questão de hostilidade para com a alteridade humana.

Devido a tendência, diversos países adotaram medidas retrativas, fechando suas fronteiras e dificultando, dentro do possível, ao máximo a entrada de estrangeiros, independentemente da motivação que os levem a buscar asilo, refúgio ou moradia. Em outras palavras, “Com o intuito de combaterem a imigração ilegal, muitos Estados têm adicionado aos recursos administrativos ordinários de controle migratório medidas e recursos criminais”⁶. O estrangeiro tornou-se, com isto, um inimigo do Estado. Um caso não distante e útil para melhor assimilação do cenário fora o anúncio da pretensão de apartamento Britânico da União Europeia, discutida desde meados de 1973 e que tem, como uma de suas maiores justificativas, a necessidade de uma maior rigidez fronteiriça perante a crise migratória ocorrida no continente Europeu na última década, preservando com isto sua economia e heterogeneidade pátria.

⁴ JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 51.

⁵ HARARI, Y. N. **21 Lições Para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 131.

⁶ CARVALHO, F. A. **Criminalização de Imigrantes Ilegais na União Europeia: Novos Paradigmas a Partir do Caso CELAJ**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 1, p. 253-269, 2019. p 255.

Por conta da ascensão do pensamento individualista nacional, ressurgiu fortemente em âmbito global a ideia de um Direito Penal do Inimigo, teorizado em 1985 por Günther Jakobs⁷. Nesta categoria da criminologia, um indivíduo que é considerado inimigo de determinado estado não deve possuir os mesmos direitos e garantias de um cidadão local e lícito. Pode-se dizer que o que ocorre é uma despersonalização do indivíduo, o tornando assim menos que um cidadão, passando a ser, então, um inimigo. Válido é salientar que para inimizar outrem não é necessária a conduta ilícita deste, mas apenas a possibilidade que ocorra, dentro do entendimento do jurista. André Fontes ressalta que “A essência do Direito Penal do inimigo nas sociedades ocidentais é o estrangeiro, especialmente aquele que, por fatores socioculturais ou étnico-religiosos, venham a ser considerados, grosseira e caricaturalmente, estranhos ao grupo”⁸. Ainda, acentua:

A direção que se dá ao Direito Penal do inimigo é sempre variada, mas se consideramos a seletividade que lhe é própria, e que pretensamente visa a resguardar o status de cada povo, eliminam-se os indesejados e ampliam-se os campos de segurança preventiva, por meio do Direito Penal. A infinita manifestação do Direito Penal do inimigo encontra, no nosso tempo e no espaço dito ocidental, a figura do estrangeiro; o estrangeiro como principal destinatário.⁹

A adoção desta teoria, além de gerar uma maior desarmonia econômica e humana mundial, mostra ser um regresso diante de todos os avanços alcançados pelos Direitos Humanos e Internacionais, através de acordos, tratados, convenções e organizações atuantes. É um meio para a exposição enrustida de uma cultura xenofóbica desenvolvida na sociedade.

Mostrando estar em um sentido contrário à tendência internacional, dispôs o Brasil de diversas medidas que abraçam a causa do fluxo migratório mundial. Acerca da recepção brasileira para com estrangeiros versa Rosana Baeninger, afirmando que “a receptividade dos brasileiros – como uma característica nacional – compõe o discurso normativo, usado para negar os preconceitos e a discriminação frente às diferentes composições étnicas/raciais de imigrantes presentes no Brasil.”¹⁰

⁷ JAKOBS, G; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁸ FONTES, A. R. **O estrangeiro, o inimigo e o direito penal**. *Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 30-37, nov./jan. 2013. p. 35.

⁹ FONTES, A. R. **O estrangeiro, o inimigo e o direito penal**. p. 36.

¹⁰ BAENINGER, R. **Migrações Transnacionais de Refúgio no Brasil**. In: LUSI, Carmen. *Migrações Internacionais: Abordagens de Direitos Humanos*. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017. p. 13 – 30. p. 25.

A nação brasileira é signatária em diversos tratados internacionais¹¹ referentes à segurança de migrantes, refugiados e dos direitos humanos. Possui ainda um vasto histórico de recepção para com estrangeiros carentes, provenientes do Haiti, China, Paquistão, Coreia do Sul, Bolívia, Peru, Paraguai, Colômbia, Venezuela, dentre outros, o que a faz poder ser considerada um berço para refúgio no cenário global, uma prova clara de que “o estudo das migrações transnacionais para e do Brasil demonstra a complexidade e heterogeneidade da imigração internacional neste século”¹². Esta complexidade se dá ao fato das tantas modalidades migratórias que chegam à fronteira nacional, por motivações distintas, porém, conectadas pela necessidade de asilo.

Em ato desenvolvido individualmente, adotou a medida intitulada de Visto Humanitário (Resolução n. 97/2012), decorrente da repentina catástrofe ocorrida no ano de 2010: o terremoto de magnitude 7 MW ocorrido no Haiti, que resultou em um contingente imersivo de nacionais haitianos desamparados, em causa não reconhecida pelos mecanismos legislativos que até então dispõem acerca do tema. Após o desastre a debilidade econômica do país se agravou, tornando inviável a conservação de vida humana no local. Válido é ressaltar que, antes do desastre “cerca de 80% da população vivia abaixo da linha da extrema pobreza”¹³.

A problemática respaldou em território brasileiro ao ponto de, segundo levantamento nacional, nos anos de 2010, 2011 e 2012 um grande contingente de haitianos adentrarem no país de maneira ilegal, por necessidade, sem documentação alguma em mãos ou meios para serem reconhecidos em registro oficial. Com os Vistos Humanitários¹⁴, os deslocados haitianos obtiveram a oportunidade de ingressar ou permanecer em território nacional por até 2 anos com direitos regulares de residentes. Posteriormente, com o forçado fluxo migratório venezuelano devido à crise política e econômica ocorrida em 2017, a medida foi reformada e definida de modo mais abrangente, sem prazo de validade, como também sem exclusividade de nacionalidade. Trata-se da resolução normativa 126/2017.

¹¹ Refere-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, Estatuto dos Refugiados, de 1951, Convenção de Cartagena, de 1984, e Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

¹² BAENINGER, R. **Migrações Transnacionais de Refúgio no Brasil**. p. 17.

¹³ GRANDO, P. J.; ARMADA, C. A. **Haiti: Um caso de desestruturação política e de vulnerabilidade ambiental**. In: CHRISTOFFOLI, A. R, et al. **Imigrante Haitiano na Região do AMFRI: Aspectos Socioeconômicos, indicadores de Vulnerabilidade Social e Políticas Públicas**. Itajaí, UNIVALI, 2017. p. 81.

¹⁴ Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro (BRASIL. CNIG – Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa nº 97, de 13 de janeiro de 2012**. Brasília, DF, jan 2012).

Arcabouço Jurídico Brasileiro ao Tema

Preliminarmente, é imprescindível trazer à tona a figura do estrangeiro no Brasil, como assegura sua Constituição Federal, suscetível de prerrogativas humanitárias. Nesta, mais precisamente em seu art. 5º, é garantido à nacionais e estrangeiros direitos fundamentais, de maneira igualitária e não discriminadora: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.¹⁵

Mesmo diante de uma admissão no que tange às diferenças entre direitos e garantias fundamentais nos indivíduos e suas diversidades (principalmente quanto aos direitos políticos, garantidos exclusivamente à nacionais), entende-se que o referido artigo não apresenta restrições desta natureza.

Compreendendo que o artigo garante direitos fundamentais à estrangeiros residentes, tendo como base seu próprio texto, levanta-se a questão acerca da exclusão dos que não residem em solo nacional. A resposta deve ser negativa, tendo por certo que “a declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem — princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.”¹⁶

No Brasil, tem-se que juridicamente, ao tomar qualquer decisão de cunho alterativo em sua legislação, a base constitucional deve ser primordial para a consonância entre os dispositivos já existentes.

Diante dos fundamentos jurídicos que resguardam os direitos dos estrangeiros em solo nacional, tem-se por referência a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, instrumento que rege os direitos e deveres do imigrante no Brasil, define e regulamenta sua forma de entrada, bem como resguarda brasileiros em solo estrangeiro. Este dispositivo tem como base os seguintes princípios: universalidade dos direitos humanos, não criminalização da migração, acolhida humanitária, inclusão social, repúdio às práticas de expulsão coletivas, dentre outros¹⁷. Salienta-se que, em caso de estrangeiro irregular no território nacional (quando não se encontrar em

¹⁵ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988, art. 5º.

¹⁶ MENDES, G. F; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 178.

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Art. 3º.

nenhum dos requisitos para sua permanência), este será deportado por meio de medida administrativa, de acordo com o art. 50 da lei¹⁸.

Decorrente do Estatuto dos Refugiados, de 1951, e sua emenda, ocorrida em 1967 (conhecida como ‘Protocolo de 1967 Referente ao Estatuto dos Refugiados’), marco para o Direito Internacional, ocorrera sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Segundo a própria letra da lei, deve-se interpretá-la de maneira harmoniosa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹⁹. Isto faz com que o mecanismo mostre ser avançado no que tange ao acolhimento humanitário decorrente dos fenômenos internacionais voltados ao tema. Destaque se dá ao artigo 5º da mesma, que “estabelece de maneira incontroversa que o refugiado é, em primeiro lugar e conforme visto acima, sujeito de direitos sob a jurisdição brasileira.”²⁰. Também, no artigo 8º do mesmo dispositivo, a seguridade quanto a não criminalização do estrangeiro em necessidade se mostra evidente²¹, quando a afirmativa de que mesmo diante do ingresso irregular no território brasileiro o refúgio poderá ser solicitado, se faz presente. Com relação aos casos de expulsão, excepcionais e existentes apenas em casos de extrema necessidade nacional – muito devido à natureza humanitária da Lei –, orientados pelos artigos 36 e 37, mediante processo administrativo, enfatiza Ferraz:

Resta claro que a proteção dada aos refugiados é especial por levar em consideração à situação de extrema vulnerabilidade desse grupo social. As razões para sua retirada compulsória do país são reduzidas, vez que a Lei nº 9.474 não fala em deportação de refugiado. Ademias, dentre as próprias causas que autorizam a expulsão de um estrangeiro, a legislação especializada também reduziu o número de possibilidades para os refugiados reconhecidos.²²

Outro importante diploma legal também abraçado pela Lei 9.474/97 fora o da Declaração de Cartagena, de 1984, decorrente de Colóquio ocorrido no México, que visou instruir e

¹⁸ Art. 50. A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília, DF, mai 2017).

¹⁹ Art. 48. Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997).

²⁰ FILHO, J. F. **Os Refugiados Sob a Jurisdição Brasileira**: Breves Observações sobre seus direitos. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 173-189. p. 188.

²¹ Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes. (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997).

²² FERRAZ, G. C. **A Expulsão Segundo Os Artigos 36 e 37 da Lei Nº 9.474/97**. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 173-189. p. 330-331.

reforçar a implementação dos mecanismos internacionais até então disponíveis para assegurar os refugiados, em um viés humanitário e apolítico do tema. Apresentado fora, na declaração, as missões de fortalecer programas de políticas públicas internas que apoiassem os refugiados em suas necessidades básicas, de alcançar um maior auxílio internacional no tocante aos refugiados americanos, como também de facilitar a concessão de asilo, de maneira pacífica e compreensiva com a situação dos contingentes. Dentre as conclusões expressas, está de número nove, nos dizeres: “Expressar a sua preocupação pela situação das pessoas deslocados dentro do seu próprio país. A este respeito, o Colóquio chama a atenção das autoridades nacionais e dos organismos internacionais competentes para que ofereçam proteção e assistência a estas pessoas e contribuam para aliviar a angustiosa situação em que muitas delas se encontram.”²³

Maior realce à Declaração se dá no inciso III, do artigo 1º, da referida Lei²⁴, que segue suas diretrizes ao considerar como refugiados também aqueles que se viram obrigados a fugir de seus países devido à “grave e generalizada violação de direitos humanos”²⁵.

No intuito de implementar a Convenção Americana dos Direitos Humanos (ou *Pacto de San Jose da Costa Rica*, como também é conhecida), ocorrida em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ao ordenamento brasileiro, fora decretada a Lei 678, de 6 de novembro de 1992. Na Lei, o enfoque se dá aos direitos e garantias individuais do homem, dentre tantos, é assegurado que todas as penas privativas de liberdade tenham “por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”²⁶. No artigo 22 do dispositivo, no item de número 7, presente se faz a afirmativa de que “toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada estado e com os convênios internacionais”. Diante disto, a adesão brasileira ao regulamento denota iniciativa humanitária e acolhedora para com estrangeiros em estado de aparente necessidade. Ainda, no preâmbulo do pacto, que visa tutelar os direitos essenciais humanos, estes são descritos da seguinte forma: “[...] os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão

²³ ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Declaração de Cartagena, de 1984**. Cartagena das Índias, 22 de novembro de 1984. III, nona.

²⁴ Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997).

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997.

²⁶ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Brasília, DF, nov 1992.

por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.”²⁷

Por fim, e podendo ser considerado um pilar internacional, referência aos Direitos Humanos, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948. Neste, princípios universais – como o título sugere – referentes à vida humana são estabelecidos, de modo que todo estado, em suas políticas internas, adira-nos como norte em suas legislações. Logo em seu artigo primeiro e segundo é definido que:

Artigo I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II – 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.²⁸

Lendo os artigos, nota-se de antemão o tom universalista adotado pelo legislador, onde se gera uma ideia de minoração das fronteiras e suas diversidades culturais. Vale lembrar que os artigos não devem ser interpretados de maneira literal, devendo ser portados às realidades presentes em cada Estado. Acerca da primeira matéria, ressalta Júnior que “Tal artigo deixa bem claro o seu caráter universalista, onde o indivíduo deve ser sempre protegido independentemente de sua nacionalidade, mas seguindo uma proposta onde os indivíduos teriam certos valores comuns”²⁹.

Diante de todos os dispositivos apresentados, e, ainda, o vasto histórico de recepção estrangeira, decerto é que o Brasil caminha em rumo à um viés humanitário, contrário a tendência recentemente adotada por diversos países, principalmente da União Europeia, como modo de defesa frente ao grande contingente refugiado, deslocado e imigrante global. É fundamentada todo o caminhar brasileiro para com a assistência dada aos diversos indivíduos que solicitaram e solicitam refúgio, asilo ou visto, anualmente.

²⁷ CADH - **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. San José de Costa Rica, 1969.**

²⁸ ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Nações Unidas, Paris, 1958. art. 1 e art. 2.

²⁹ JUNIOR, H. C. **Imigração Frente às Teorias Desecuritização e Universalização dos Direitos Humanos: críticas e reflexões sobre a atual conjectura de Segurança promovida pela Escola de Copenhague.** In: LUSI, Carmen. **Migrações Internacionais: Abordagens de Direitos Humanos.** Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017. p. 175-190. p. 184.

O Projeto de Lei do Senado Nº 236, de 2012, e sua Problemática

Em 27 de junho de 2012, decorrente de 7 meses de discussões levantadas por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Gilson Dipp, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que visa reformar o atual Código Penal, fora apresentado ao Senador José Sarney, quem o levou perante o Senado Federal.

Dentre as inovações propostas, faz-se presente a de um capítulo único, dedicado unicamente à estrangeiros, o Título IX, intitulado de “Crimes Relacionados a Estrangeiros”. Nos artigos do texto, percebe-se a rigidez na tratativa para com estrangeiros, tornando inviável a possibilidade de flexibilização frente a necessidade destes. A postura adotada na elaboração do título é contrária à abraçada pela nação em sua atuação internacional.

Conforme o já exposto acerca do Direito Penal do Inimigo, é evidente que o ideal desta teoria permeia no entorno dos legisladores, que apresentaram uma perspectiva de maior distância por entre seres de diferentes nações, sob um viés punitivo. Em seus três primeiros artigos é exposto:

Art. 452. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome, qualificação ou declaração de origem não verdadeiros ou qualquer documento falso:

Pena – prisão, de dois a cinco anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o estrangeiro que omite informação, usa documentos falsos ou faz declaração falsa com o fim de ter reconhecida a condição de refugiado no território nacional.

Art. 453. Atribuir a estrangeiro qualificação ou informação que sabe não ser verdadeira, para promover-lhe a entrada ou permanência em território nacional ou para assegurar-lhe a condição de refugiado:

Pena – prisão, de dois a cinco anos.

Art. 454. Introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular:

Pena – prisão, de dois a cinco anos.³⁰

Lendo-os, é possível notar uma desconsideração da natureza em que se trata a situação do estrangeiro envolvido no caso, sendo o mesmo, de antemão, definido como uma ameaça ao bem comum nacional, e, então, considerado um inimigo. Bem verdade é que existem meios legais para, teoricamente, atender as demandas estrangeiras em necessidade, todavia, estas não possuem estrutura para lidar com a concentração atual. Caso que comprova o fato é, como já mencionado, o das imigrações haitianas ao território brasileiro no ano de 2010, que inicialmente foram ilegais, por não existirem dispositivos jurídicos que abraçassem a causa,

³⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Nº 236**, de 2012, de 09 de julho de 2012. p. 163

ao menos inicialmente. O mesmo ocorreu com os venezuelanos em 2017, onde uma demanda alta de sua população adentrou no Brasil sem documentação alguma. Decerto que necessário fora a estes a omissão de informações ou, do não reconhecimento legal, pois, dadas as suas situações, esta se deu como a única alternativa possível. Não há amparo as suas realidades, assim, os meios clandestinos tornam-se recurso para que possível seja a operação de uma perspectiva de vida digna frente suas extremas situações de fragilidade.

As penas cominadas em seus anseios de criminalização despertam a atenção, pois, em sua totalidade são privativas de liberdade e com números não inferiores a 2 anos – chegam a 5 anos –, independentemente do delito descrito. Reter um imigrante que almeja asilo ou uma possibilidade de subsistência material em solo nacional, por pena significativamente alta, pode ser considerado como uma afronta ao seu sentido ressocializador. Ademais, atualmente, a tratativa dada aos estrangeiros nesta situação foge por demais da esfera penal, sendo regida por medidas administrativas fundadas em dispositivos específicos, como no caso do art. 50 da Lei 13.445/2017, onde a deportação apresenta-se como atitude cabível. O uso de informações falsas ou controvérsias por parte destes indivíduos, em muitos dos casos, representam um mecanismo de defesa perante a hostilização que se apresenta a sua pessoa, gerada pela diferença. No caso de sua aprovação, o necessitado encontrará óbices penais para que possa ser aceito em sociedade e ter garantido seus direitos humanos

A conquista de uma exclusividade na tratativa dos estrangeiros, cabível perante a relevância dos temas migratórios atuais, quando voltada para uma esfera negativa, personifica um incentivo cultural à xenofobia e homogeneidade. Penalizar outrem por sua luta ensejada na sobrevivência é uma medida arbitrária e hostil, sem justificativa plausível a não ser a de o definir como inimigo simplesmente por existir e não fazer parte de seu conjunto direto, mesmo que com a possibilidade de não apresentar ameaça alguma. É compreensível a complexidade da questão, todavia, a medida adotada deve ser a que melhor compreenda o ser humano em seu estado de ser, em sua necessidade e semelhança.

Elencando o problema ao viés constitucional, o Título não acompanha seus princípios, destaque que se dá aos da Igualdade, Universalidade e Interdependência, presentes no artigo 5º da carta magna. Evidente é, do mesmo modo, a inobservância de seu inciso XV, que é claro ao dispor que em tempo de paz, não há restrição quanto a locomoção de qualquer pessoa em território nacional³¹. Sobre, elucida Gilmar Mender que “o estrangeiro pode estar no

³¹ [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens [...] (**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988, art. 5º, inciso XV).

Brasil em caráter permanente, com propósito de fixação de residência definitiva ou em caráter temporário. Independentemente do seu status ou do propósito de viagem, reconhece-se ao estrangeiro o direito às garantias básicas da pessoa humana: vida, integridade física, direito de petição, direito de proteção judicial efetiva, dentre outros.”³²

É indispensável a prevalência dos princípios constitucionais e a consideração destes na aprovação de uma nova legislação, para que haja harmonia na prática e seja possível sua adoção. Além deste, ainda, em outros diplomas jurídicos³³, como nas Leis 13.445/2017, 9.474/1997 e 678/1992, como também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a igualdade fora definida como base; mesmo diante da flexibilidade na adoção dos diplomas, necessário é o seu respeito quanto a matéria. Frisa-se que a Lei 13.445/2017 apenas asseverou o descrito no caput do artigo 5º da CRFB/88. Verifica-se que existe se não uma progressão dos direitos dos migrantes, uma forte afirmação destes.

Diante das mudanças internacionais, exige-se dos Estados Nações medidas flexíveis diante das receptividades necessárias, ao menos esperadas em consideração aos dispositivos internacionais predominantes no globo, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pilar basilar nas relações diplomáticas e humanas. O projeto em trâmite não atende as necessidades atuais presentes no cenário que Filho, com exatidão, apresenta:

[...] a temática dos direitos dos refugiados continua sendo um tema atualíssimo à realidade jurídica e social vivida não somente no contexto brasileiro, mas também internacional. A implementação e eficácia do Direito Internacional dos Refugiados radica assim entre os grandes desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, do qual entendemos fazer parte integral.³⁴

Evidente é que o projeto em trâmite possui maioria negativa de votos e sua aprovação é improvável, de todo modo, a propositura de um dispositivo desta natureza ameaça todo o avanço nacional no tocante ao pensamento humanitário e global. É necessária uma maior análise diante de seu conteúdo, de modo que a realidade seja considerada, para, então, se buscar atendê-la. A aprovação deste dispositivo, caso ocorra, marcará um retrocesso brasileiro no direito penal e humano, tornando muitos mercedores de refúgio criminosos sem causa justa para este título.

³² MENDES, G. F; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. p. 704.

³³ Todos os citados foram trabalhados no Capítulo 2 do presente artigo.

³⁴ FILHO, J. F. **Os Refugiados sob a Jurisdição Brasileira**: Breves Observações sobre seus Direitos. P.177.

Considerações Finais

O fluxo migratório atual denota um desafio ao Estado Nação, sendo as medidas de cunho extremista alternativas reativas de relativa simplicidade, todavia, inconsequentes quando analisadas no plano antropológico. O problema se estende até o cenário brasileiro, sendo necessárias assim políticas públicas competentes e dotadas para atender as demandas que surgem, de modo que se compreenda o ser humano em sua necessidade, em uma visão além do plano interno, capaz de, na totalidade, gerar harmonia em seus ordenamentos. Repelir o estranho, sem antes compreendê-lo, e por este mesmo motivo o fazer, é personificá-lo como inimigo, sem motivação que se justifique no plano da Justiça, devida a todos.

Em sentido que demonstra ser oposto ao da inclinação internacional, dispôs o Brasil de medidas que os acolhem em sua carência, sendo a nação signatária em acordos internacionais voltados à solução do problema, como é também a Constituição da República Federativa do Brasil, que confere a garantia aos Direitos Humanos com primazia. Por certo que estas prerrogativas devem ser observadas com apreço no perpassar das mudanças jurídicas nacionais, de modo que não haja retrocesso em relação aos patamares evolutivos já alcançados.

No ano da propositura do Projeto de Lei do Senado nº 236, em 2012, a nação recém havia lidado com o fluxo migratório proveniente do Haiti, devido ao terremoto sofrido no ano de 2010. Neste período, fora necessário considerável flexibilidade legislativa, além de se ter sido provado com maior intensidade o conflito gerado na aculturação de nações. Este confronto devido à alteridade pode ter sido causa impulsionadora na postura retrativa do projeto, no que toca a tratativa para com não nacionais e sua recepção.

O título IX, intitulado de Crimes Relativos a Estrangeiros, demonstra inflexibilidade ante as necessidades dos mesmos, sendo um óbice ao êxito da guarida de um estrangeiro que não tenha outra alternativa em sua busca por asilo. O tom adotado por esta possível reforma confere desarmonia perante o modelo de atuação do Brasil no campo. Sua aprovação resultaria em um conflito legislativo, prático e de grande escala no território nacional.

No plano de atuação do Poder Legislativo, existe a tendência deste desenvolver suas Leis em representação do ânimo social referente à matéria analisada, sob os preceitos requeridos, de modo que assim exerça sua função. Cabe salientar que, nesta prática, a conversação por entres seus dispositivos e garantias fundamentais deve se estabelecer com concordância mútua. A compreensão do estrangeiro como ameaça ou inimigo não representa os preceitos estabelecidos nas letras legais até então vigentes.

As legislações pertinentes ao tema demonstram uma não receptividade à proposta do Título IX do projeto, dadas suas premissas, que desacompanham a teia principiológica constitucional. Portanto, diante deste fator, não existem meios que possibilitem ao projeto fixar-se sem, com isto, causar uma implicação legislativa.

Mesmo que improvável seja a sua aceitação, é necessária a atuação de entidades voltadas ao tema e com relevância política para que se garanta a reprovação ou alteração do projeto, que fere o avanço brasileiro conquistado nos direitos humanos e internacionais. O direito deve reger as relações humanas, em seus diversos aspectos, no objetivo de torná-las, assim como a realidade, mais justas.

Referências

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Declaração de Cartagena**, de 1984. Cartagena das Índias, 22 de novembro de 1984. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

BAENINGER, Rosana. Migrações Transnacionais de Refúgio no Brasil. In: LUSI, Carmen. **Migrações Internacionais: Abordagens de Direitos Humanos**. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017. p. 13 - 30.

BRASIL. CNIG – Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa nº 97, de 13 de janeiro de 2012**. Brasília, DF, jan 2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto ° 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília, DF, nov 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997**. Brasília, DF, jul 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília, DF, mai 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em: 02/07/2019.

BRASIL, Senado Federal. Relatório Final. **Anteprojeto de Código Penal**. Brasília, DF, jul 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=3515262&ts=1559075108126&disposition=inline>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. San José de Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02 de julho de 2019,

CARVALHO, F. A. Criminalização de Imigrantes Ilegais na União Europeia: Novos Paradigmas a Partir do Caso CELAJ. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 1, p. 253-269, 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5956/pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados. **Refúgio em números.** Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

FERRAZ, G. C. A Expulsão Segundo Os Artigos 36 e 37 da Lei Nª 9.474/97. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 173-189.

FILHO, J. F. Os Refugiados Sob a Jurisdição Brasileira: Breves Observações sobre seus direitos. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 173-189.

FONTES, A. R. O estrangeiro, o inimigo e o direito penal. Justiça Eleitoral em Debate, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 30-37, nov./jan. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4111>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

GRANDO, P. J; ARMADA, C. A. Haiti: Um caso de desestruturação política e de vulnerabilidade ambiental. In: CHRISTOFFOLI, A. R, et al. Imigrante Haitiano na Região do AMFRI: Aspectos Socioeconômicos, indicadores de Vulnerabilidade Social e Políticas Públicas. Itajaí: UNIVALI, 2017.

HARARI, Y. N. 21 Lições Para o Século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

JAKOBS, G; MELIÁ, M. C. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JUNIOR, H. C. Imigração Frente às Teorias Desecuritização e Universalização dos Direitos Humanos: críticas e reflexões sobre a atual conjectura de Segurança promovida pela Escola de Copenhague. In: LUSSI, Carmen. Migrações Internacionais: Abordagens de Direitos Humanos. Brasília: CSEM - Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017. p. 175-190.
JUBILUT, L. L. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Editora Método, 2007.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados.** Genebra, 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_a_o_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Protocolo de 1967 referente ao Estatuto dos Refugiados.** Nova York, 1967. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Nações Unidas, Paris, 1958. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.