

## **SER IMIGRANTE ILEGAL É CRIME?**

### **LUIZ FLÁVIO GOMES**

Professor Doutor em Direito penal pela Universidade de Madri e Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG ( [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br))

Há algum tempo denuncia-se que a política criminal européia vem elegendo o imigrante como o inimigo número um e preferencial do Direito penal (cf. *Política criminal de la exclusión* de José Angel Brandariz Garcia, Granada: Comares, 2007). Tudo que se imaginava em termos de política criminal populista, desgraçadamente, vem ocorrendo. Berlusconi, na primeira reunião do seu terceiro Governo, acaba de aprovar o delito de “ser imigrante ilegal”.

Se o parlamento italiano apoiar esse absurdo, instala-se na velha Europa mais um exemplo de Direito penal de autor. Que é isso? Significa punir penalmente o sujeito não pelo que ele fez, sim pelo que ele “é”. Direito penal de autor é o oposto do Direito penal do fato, que exige a prática de um fato para que a sanção penal tenha incidência. O nazismo foi o exemplo mais chocante de Direito penal de autor. Punia-se o sujeito pelo que era (judeu, estrangeiro, prostituta, homossexual etc.), não pelo que fazia.

A velha Europa (tida como berço da civilização) de vez em quando sofre recaídas assombrosas. O autoritarismo, que se fez presente no nazismo, no fascismo etc., não se enterra definitivamente. De acordo com a proposta do Governo Berlusconi cria-se o delito de imigração ilegal, com pena de seis meses a quatro anos. Os chamados “sem papéis” (sem documentos), de outro lado, caso venham a cometer algum delito, terão a pena agravada só

por essa condição (de “sem papel”). Pune-se ou agrava-se a pena pelo que o sujeito “é”, não pelo que fez. Os Prefeitos e Governadores terão poderes de extradição, ou seja, de “limpeza” da cidade. Nunca se tinha visto tamanha dureza com os imigrantes (não documentados). Xenofobia é pouco para exprimir o absurdo. O espírito de Hitler não deixa a Europa dormir em paz. Beccaria nunca foi tão atual.

Stefano Rodotà (catedrático de Direito Civil na Universidade de Roma La Sapienza) bem sintetizou (no EL PAÍS de 24.05.08, p. 27) a estarrecedora iniciativa do atual Governo italiano: “Converteu-se em delito uma simples condição pessoal, o fato de ser estrangeiro, em contraste com o que diz a Constituição em matéria de igualdade”.

Essa postura irracional não está atentando para o que vem dizendo o Tribunal Constitucional italiano, sobretudo na Sentença 22/2007, que o legislador “em um Estado democrático não pode utilizar o instrumento penal e, em especial, a pena de prisão, de acordo com sua vontade”.

As medidas anunciadas pelo Governo Berlusconi, se aprovadas pelo Parlamento, contam com total possibilidade de serem declaradas inconstitucionais. De qualquer modo, ele terá obtido um excelente ganho eleitoral.

Retratam o que Jakobs chama de Direito penal do inimigo. O estrangeiro, desde a época romana, já era classificado como inimigo (*hostis*). Havia dois tipos de *hostis*: o alienígena (estrangeiro) e o *hostis judicatus* (o declarado como tal pelo poder (cf. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, Colômbia: Ibañez, 2006, p. 32 e ss.).

Já no Direito romano, como se vê, tratava-se o estrangeiro como inimigo. Mas quem o descreveu com toda precisão foi Carl Schmitt, o mais distinguido teórico político da época nazista. A característica primeira desse Direito penal do inimigo é tratá-lo não como pessoa, sim, como “inimigo”. Implanta-se uma dualidade penal (dois Direitos penais): um para o cidadão (Direito penal com garantias) e outro para o inimigo (Direito penal com diferenciação de tratamento). Com isso ele passa a ser tratado de modo diferenciado (o que significa diminuição das garantias).

Punir o sujeito penalmente pelo que ele é (imigrante ilegal) é um retrato fiel dessa política nazista fundada no Direito penal de autor. Desde a antigüidade a pena máxima para esse inimigo alienígena é a expulsão, o exílio ou a perda da paz. De acordo com a proposta de Berlusconi vai-se mais longe: prisão antes (de seis meses a quatro anos) e depois expulsão. O estrangeiro é um bárbaro e assim deve ser tratado.

Os populismos nunca conseguiram orientar bons governos democráticos porque eles seguem o “espírito da sociedade”, os “desejos da sociedade”. E o problema aqui está: a sociedade nunca pode substituir as instituições, porque nem sempre a “vox populi” conta com razoabilidade e equilíbrio. Invocar os desejos da sociedade para governar (ou para decidir ou para legislar ou para noticiar um fato etc.) pode ter o mesmo resultado que perscrutar a vontade do “povo de Deus”, que vem conduzindo a uns fundamentismos aberrantes (na medida em que se posicionam acima da Constituição).

O governar com prudência e equilíbrio (assim como decidir, assim como legislar etc.), tal como observou José Luís Pardo (Professor de Filosofia na Universidade Complutense de Madrid), no EL PAÍS de 17.05.08, p. 25,

pressupõe uma desconexão da sociedade e dos seus fluxos e mecanismos espontâneos: “não é a falta de conexão com a sociedade, senão o acoplamento perfeito com ela que dá lugar a um poder executivo que não governa, a um poder público que não funciona”, a um juiz que julga midiaticamente, a um legislador que legisla emergencialmente etc.