XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valdira Barros; Giovanni Olsson.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça". A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de "Democrático" e "de Direito".

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

MIGRATION AND CRIMINALITY: MARGINAL INCLUSION AND COMMENTS ON ARTICLE 232 A INSERTED BY THE NEW MIGRATION LAW

Andressa Paula de Andrade [1]
Luiz Fernando Kazmierczak [2]

Resumo

O presente trabalho se ocupa em analisar os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445 /2017. Para a confecção do presente trabalho a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Migração, Direito penal, Lei 13.445/2017, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the points of contact between Criminal Law and Migration. For this purpose, the main focus was to analyze the marginalization of the migrant and, subsequently, to analyze in a detained way the article 232-A inserted in the Criminal Code by Law 13.445 / 2017. For the preparation of the present work the bibliographic review was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Migration, Criminal law, Law 13.445/2017, Human rights

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pela a Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista e Bacharela pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

[2] Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Introdução

A proposta do artigo se centra em analisar as intersecções entre a questão da Imigração e do Direito Penal. Para tanto, foi feita uma revisão bibliográfica da doutrina especializada acerca da temática.

Destarte, buscou-se verificar de que maneira o migrante é tratado. Neste sentido, foi constatado uma marginalização do sujeito que não possuía tratamento igualitário dentro do território nacional. Outrossim, especialmente no regime ditatorial do Brasil foi possível verificar uma clara aplicação da doutrina da *Segurança Nacional* destinada aos indesejáveis e aí incluindo o migrante.

Ainda, o artigo visou analisar brevemente a política criminal e a política migratória que orienta a Lei 13.445/2017 que em breve estará vigente no país. Outrossim, foi feita uma análise do tipo penal encartado no artigo 232-A, cotejando a conduta incriminada, bem como apresentando as diferenças com o delito contido no artigo 149-A do Código Penal.

1 Exclusão social e a criminalização do migrante:

A verticalização social[1], proporcionada pelo uso da força, fundou-se em uma política legitimada pela necessidade de eliminar o sujeito não pertencente à ordem dos cidadãos. Assim, ao longo da história sempre tivemos a figura do inimigo diante cada sociedade, muitas vezes personificado na figura do migrante/estrangeiro.

Mesmo na Grécia Antiga a defesa da democracia e consequentemente do Estado contra a tirania já legitimou uma série de injustiças contra minorias eleitas por grupos dominantes politicamente (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 36). Na cultura política da Roma Antiga o processo não foi muito diferente, a evolução do crime de lesa-majestade demonstra como em nome do Estado e da ordem política se elegia determinados cidadãos tidos como tiranos e inimigos. (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 81).

Arno Dal Ri Júnior explica o tratamento dos romanos para com os cristãos:

[1] Explica Eugenio Raúl Zaffaroni: "O exercício do poder planetário sempre precisou, certa forma, de poder interno nas potências dominantes, pois não se pode dominar sem organizar-se previamente em forma dominante. Por aquilo, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, necessitou antes reordenar suas sociedades em forma de alta hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades, para qual retomou um poder interno que tinha sido exercido pela grande potência conquistadora (Roma), e cuja queda tinha desaparecido: o poder punitivo." Conclui: "Esse formidável instrumento de verticalização social dotou as sociedades européias da férrea organização econômica e militar (e da homogeneidade ideológica, indispensáveis ao sucesso do genocídio colonialista". (2010, p. 6). Grifos no original.

> Por fim, diversos escritos do período imperial narram a violenta perseguição realizada pelas autoridades romanas aos adeptos de uma seita do judaísmo que se reuniam em catacumbas – os famigerados cristãos -; não era outra a justificativa para semelhantes massacres senão o fato de a doutrina por eles professada levá-los a cometer sistematicamente os crimes de *sacrilegium* e de *laesae maiestatis.* Não admitindo a autoridade divina do imperador nem seu respectivo culto, os prosélitos seguidores desta seita, por se negar a jurar em nome do Imperador – considerado o símbolo do Estado romano -, eram condenados aos mais variados suplícios sem a mínima possibilidade de defesa. (2006, p. 81).

Passado um longo período em que a estrutura hierarquizada do poder se fragilizou, o período colonialista representa sua retomada histórica definitiva, já que depois desta a estrutura do poder punitivo pouco se alterou. Neste período colonialista o poder punitivo se direcionou a eliminar aquele que estivesse impedindo seu processo. A repressão alternava entre o religioso, visando atingir o "diabólico", tal como ocorreu com no período da caça às bruxas e, por outro lado, tratava de minimizar as populações nativas das colônias, tratando-as não raro como coisas – sem qualquer tratamento jurídico – ora como inimigos.

Por sua vez, o estágio neocolonialista da sociedade européia, representou a ascensão de uma classe (burguesa) que sofrendo com a reprimenda penal voltou-se contra ela, fazendo com que o poder punitivo se direcionasse ao ser inferior apontado pela ciência que passava por intensas revoluções.

Sintetiza Eugenio Raúl Zaffaroni (2010, p. 12 e 13):

> O poder punitivo cumpriu um papel central neste momento planetário. A Igreja Romana tinha perdido a hegemonia discursiva; a reforma preparou o capitalismo, aceitando que o diabo era dono deste mundo e que só a fé podia salvar no próximo. Os filósofos e os juristas legitimaram discursivamente a redução do poder punitivo sobre a nova classe em ascensão, e por último os policiais e os médicos, baseados no progresso permanente e em disparates biológicos, tinham proporcionado o novo discurso hierarquizante, claramente racista, paternalista, organicista, misógino, discriminador, cuja conseqüência última levava à eliminação dos inferiores.

Já no século XXI, o poder repressivo foi exercido de maneira genocida, sem nenhuma base legal a não ser a palavra (decisão) do próprio soberano. É o momento que marca a adoção do "estado de exceção" como paradigma da política. Isto porque "as leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal, e algo do sistema penal paralelo, enquanto por debaixo funcionava o subterrâneo, sem lei e sem limites" (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16).

A estratégia latente de eliminação de determinadas categorias de indivíduos, definidos por critérios étnicos, religiosos e sexuais, fez com que o ordenamento jurídico de direitos e garantias não suportasse tamanha opressão sem que perdesse completamente a lógica e se desprendesse da ética vigorante até então. Isto significou inclusive a suspensão da

lei penal liberal em relação a estas pessoas, contra quem o tratamento punitivo tornou-se estritamente policialesco.

Explica Hannah Arendt:

> O Estado-Nação, incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia. Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas; nessa esfera da vida pública, já não era um instrumento para executar e fazer cumprir a lei, mas se havia tornado autoridade governante independente de governos e de ministérios. A sua força e a sua independência da lei e do governo cresceram na proporção direta do influxo de refugiados. Quanto maior era o número de apátridas e de apátridas em potencial – e na França antes da Segunda Guerra Mundial esse grupo atingiu 10% da população total –, maior era o perigo da gradual transformação do Estado da lei em Estado policial. (2007, p. 321).

Mesmo tal estrutura que aparentemente deixava à mostra sua perversidade, fundava a exceção implantada na busca pelo inimigo, levando ao extremo os mitos cientificistas, agora sob o fundamento de resguardar os Estados Nacionais (período marcado pelos regimes totalitários de cunho nacionalistas). Nesse momento, o ser humano descartável[2] é abertamente trazido à ordem jurídica como forma de exceção às leis formais, as quais se aplicavam a esta categoria de pessoas desaplicando-se.

Na América, e principalmente na América Latina, o fenômeno implantou-se de maneira pouco diferente. Em um primeiro momento, no estágio colonial, o poder punitivo atuou basicamente na criação de verdadeiros campos de concentração de nativos, considerados naquele momento seres inferiores[3]. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Mesmo após a independência dos países colonizados na América, tal qual o Brasil, o sistema repressivo de total exceção perdurou por décadas, visto que era controlado por oligarquias desprovidas de regimes legais. Como resposta a este período de desordem legal é que surgem as constituições e códigos penais liberais.

Superada esta fase, no entanto, os países americanos logo trataram de se espelhar nos avançados europeus e norte-americanos, culminando na adoção da então imperante política da

---

[2] "Efetivamente: os perigosos foram parasitas para os soviéticos, sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, a tribunais inquisitoriais/ policiais. Por suposto que na realidade foram bem mais cruéis os nazistas, mas isso não exclui outras atrocidades nem obsta a que no fundo houvesse uma base ideológica comum ou tribunal penal, que era o perigo médico/ policial (racismo) proveniente do século XIX". (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16). Grifos no original.

[3] "O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando lambrosianamente as crianças e os selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Deste modo racionalizava-se sua exclusão e convertia-se os mais rebeldes em inimigos (selvagens, inimigos da civilização, do progresso etc.)." (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 21). Grifos no original.

exceção permanente (política adotada principalmente pelos regimes autoritaristas europeus), por meio da qual se busca legitimar o uso do poder repressivo ilimitadamente.

Posteriormente, com a finalidade de superarem-se governos populistas, instauraram-se diversas ditaduras apoiadas pelos Estados Unidos da América, perseguindo o então inimigo: o comunismo. Zaffaroni descreve o momento histórico (2010, p. 23):

> Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição de inimigo não se deteve nos integrantes dos grupos armados minoritários, senão que em alguns casos extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais. (...) Para isso exerceram um formidável poder punitivo ilimitado. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constituições, impuseram penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. (...) Em que pese esta atrocidade real, o discurso jurídico-penal seguiu alimentado pelas teorias alemãs, e nem sequer se teorizou um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.

Aqui fica claro que um "direito penal do inimigo", de exceção, fora implantado sem qualquer previsão legal, como ocorrera em diversos outros períodos. O cunho político (e atualmente calcado na política da exceção permanente) da atuação do poder punitivo é de tamanha monta que a tentativa de teorizar uma nova teoria em decorrência de ataques terroristas, ou do surgimento de novos bens jurídicos está fadada ao insucesso se pretende figurar como um paradigma político novo, visto que se trata de um paradigma predominante ao longo da história do poder repressivo.

Neste momento resta indagar: quem seria o inimigo na modernidade recente? De plano, temos que a palavra "inimigo" se contrapõe ao conceito de "cidadão" (REYES ALVARADO, 2006, p. 783). Ao cidadão seria aplicado as regras normais de pacificação social, quanto ao inimigo haveria um tratamento mais rigoroso, especial em relação àquele. "Inimigo", segundo Jakobs é:

> Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 42).

Com essa dicotomia não quer se afirmar que o cidadão não comete crimes, mas que "nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico" (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 43). Dessa forma, deve-se buscar um critério diferenciador entre o crime praticado por uma pessoa e ela ainda conservar o "status" de "cidadão"; ao passo que

cometido por outra, esta ganharia a condição de “inimigo”. Luis Gracia Martín expõe a diferença entre “cidadão” e “inimigo”:

> Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. (2007, p. 82)

Jesús-María Silva Sánchez afirma que o indivíduo não nasce “inimigo”, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa “transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (2002, p. 149).

Luis Gracia Martín indaga se nas sociedades modernas existe, objetivamente, a figura do inimigo diante de determinadas situações ou condutas que seriam capazes de identificá-lo. Mas se possível identificá-lo e tratá-lo penalmente de forma diferenciada, qual seria a justificação e quem seria competente para apontar quais seriam os inimigos? (2007, p. 80).

Ainda, é bastante questionável a legitimidade de uma construção teórica que retira daquele considerado inimigo a sua condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

> A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma conseqüência da individualização do ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2007, p. 21).

Ao que parece, a busca incessante pela classificação do sujeito na categoria de cidadão ou de inimigo provém de uma falta de rigor racional impulsionada por teorias hobbesianas que trataram de levar a racionalidade contratualista às últimas conseqüências. É o que nos indica Otfried Höffe:

> Na guerra civil se vivencia diretamente com uma implacabilidade palpável, porque são necessárias as instituições políticas fundamentais. Direito e Estado são necessários para garantir a paz e possibilitar a sobrevivência, a liberdade e a felicidade dos homens. Uma filosofia que olha paralisada para o perigo da guerra civil (em tempos recentes com menos dramaticidade para o risco da

> ingovernabilidade) pensa em categorias de amigo-inimigo, de decisão e sua efetivação, de comando e obediência e tende a uma absolutização do direito positivo e do Estado. (2005, p. 11).

Uma atenciosa análise nos leva a perceber que a perseguição de inimigos encontra-se no âmago do poder punitivo desde seu aparecimento na história. Entretanto, tomando por base a modernidade, observa-se que a margem cinzenta entre o direito de guerra e o direito de garantias encontrava-se margeada e controlada pelo direito penal liberal, o qual fora dominado por uma completa indeterminação totalitária.

No contexto da legitimação, a teoria do direito penal do inimigo, diferentemente de outrora, não intenta tão-somente viabilizar a criminalização de condutas de minorias e estranhos ao sistema dominante. Pelo contrário, representa, sob a perspectiva que se aborta, a legitimação da política de exceção permanente, ou seja, da indeterminação. Do ponto de vista teórico porque se nutre de um contratualismo extremista e, do ponto de vista prático, porque incapaz de diferenciar precisamente cidadãos de inimigos.

Do ponto de vista prático, poderíamos tratar o imigrante como inimigo? Poderíamos entender que as atitudes criminalizadoras já praticadas seriam predicados de Direito Penal do Inimigo?

Vale lembrar que Jakobs apresentara o conceito de inimigo em 1985 numa palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt. Em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, retoma o conceito, com contornos definitivos, de Direito Penal do Inimigo (MORAES, 2011. p. 181). Interessante notar que, antes mesmo do contorno definitivo dessa teoria, enquanto Jakobs apenas apontava que as legislações estavam sendo conduzidas por um pensamento de enfrentamento em certos casos/pessoas.

Dessa forma, alguns países tem se valido da criminalização do imigrante irregular como forma de coibir sua entrada ou expulsar aqueles que já ingressaram as suas fronteiras. Exclui-se do corpo social aqueles que são indesejados, não aceitos pela sociedade.

A seguir será feita uma apresentação do neófito tipo penal de *Promoção de migração ilegal* (Art. 232-A) pela Lei de Imigração nº. 13.445/2017 e a situação do migrante frente ao Direito Penal.

2 **A lei como fator de exclusão social**

Neste passo há de verificar se a norma, em especial a norma penal, é fator de exclusão social. Se os seus regramentos podem levar à conclusão da ideia de seletividade e de direcionamento a determinada classe social ou indivíduos.

A rigor, a norma penal é dirigida a todos os indivíduos, sem quaisquer distinções (aparentes) de classe social ou de pessoas. Possui, portanto, a característica de ser abstrata e impessoal, ou seja, regulamenta situações que podem vir a ocorrer e não se direcionam a ninguém de forma individualizada. Ainda, "o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra as ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos" (BARATTA, 2002, p. 162).

Com base nestas duas proposições criou-se o mito da igualdade baseado na ideologia da defesa social. No entanto, Alessandro Baratta aponta críticas à pretensa igualdade do sistema penal:

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (2002, p. 162).

Analisado com este enfoque, chega-se a conclusão que estamos diante de "direito desigual por excelência" como tantos outros ramos do direito burguês (BARATTA, 2002, p. 162).

Nilo Batista já afirmou que:

> o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função das suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para reafirmação do seu caráter igualitário.) [...] Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. (2004, p. 25-26)

Acreditava-se que a sistematização e a codificação das leis serviriam para impor limites ao poder monárquico, idéia surgida pela formação de monarquias constitucionais erigidas no final do século XVIII e século XIX. No entanto, as leis emanadas pelos monarcas e suas cortes tinham como norte a afirmação deste mesmo poder real e a legitimação das

ações dos governantes no atendimento de estratégias políticas (MADEIRA COSTA, 2005. p. 63).

Com isso as leis passaram a ser fonte de poder e também forma de legitimá-lo. Foucault aponta que é a pedido do poder real, e em seu proveito e com o escopo de servir-lhe de instrumento ou justificação, que o edifício jurídico das nossas sociedades atuais foi elaborado. (2000, p. 27). Neste sentido, "o mecanismo normativo constitui-se uma inegável forma de regulamentação da dominação ou a sua legitimação pelo direito" (SANTIN, 2004, p. 65).

Este arcabouço normativo muitas vezes faz com que as desigualdades sejam ampliadas ou, no mínimo, funcionam como mantenedoras do "status quo" social, não permitindo a ascensão ou qualquer forma de aproximação dos desiguais.

Com isso, o sistema penal, no momento da sua criminalização primária reflete, de forma mais acentuada, "o universo moral da cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados" (BARATTA, 2002, p. 176).

Para exemplificar todo o exposto, Amilton Bueno de Carvalho expõe situações onde fica evidente o caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal:

> [...] b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio – roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de um a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo penal com tamanha pena? (2003, p. 27-28)

Ainda podemos citar o artigo 59 da Lei de Contravenções Penais[4], onde o pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força. Mas e o rico que nada faz? A própria lei determina que não será punido aquele que venha conseguir meios de subsistência.

[4] Decreto-lei n. 3.688/1941. Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

> [...] aqui é interessante notar o modo como aparece o componente de "classe" no direito criminal: enquanto se punia criminalmente a mendicância, também se punia, na área cível, o pródigo; com isso, cria-se um elo entre o mendigo e o pródigo; o primeiro denuncia o injusto, a divisão de classes, etc.; já o segundo decepciona o sistema, d'onde se pode dizer que o pródigo é o "lumpen da burgesia" nacional [...] (STRECK, 2008, p. 71)

Diante destes exemplos, podemos constatar o caráter seletivo, discriminatório e estigmatizante do sistema penal, o qual é voltado a punir com mais rigor as classes sociais mais débeis protegendo os bens jurídicos mais importantes, mas os mais importantes da classe dominante e não os assim considerados por toda a coletividade.

Quanto ao imigrante, temos a legislação que disciplina o controle migratório no Brasil se funda na Lei n. 6.815/80, alterada pela Lei n. 6.964/81 e regulamentada pelo Decreto n. 86.715/81, que sofreu, ao longo do tempo, apenas pequenas modificações pontuais, realizadas em 1995 (Lei n. 9.076) e em 2009 (Lei n. 12.134). Efetivamente, a referida legislação será alterada pela Lei 13.345 de 24 de maio de 2017 (com prazo de vigência 180 dias após sua promulgação), cujo os apontamentos serão feitos na sequência.

2.1 Exclusão social ou inclusão marginal?

Quando se fala em exclusão social simultaneamente se fala em inclusão social. Assim, "a inclusão social e a exclusão são conceptualizadas como duas entidades diferentes, nas quais o objetivo é produzir inclusão social e eliminar a exclusão social" (STOER, MAGALHÃES e RODRIGUES, 2004, p. 27).

É comum atribuir-se todos os problemas sociais "a essa coisa vaga e indefinida a que chamam *exclusão*, como se a exclusão fosse um deus-demônio que explicasse tudo. Quando, na verdade, não explica nada". Na verdade, seu conceito é "'inconceitual', impróprio, e distorce o próprio problema que pretende explicar" (MARTINS, 1997, p. 16 e 27). Muitas vezes a palavra exclusão é diretamente ligada à idéia de pobreza, o que não é totalmente incorreto, mas não é a única acepção da palavra.

José de Souza Martins na obra "*Exclusão social e a nova desigualdade*" afirma que não existe exclusão e que, hoje, está havendo uma certa "fechitização" desta idéia, sendo certo que ocorre uma contradição, consubstanciada em "vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes"; existe, na verdade, "o conflito pelo qual a vítima dos processos excludentes proclama seu inconformismo, seu mal-estar, sua revolta, sua esperança, sua força reivindicativa e sua reivindicação corrosiva" (1997, p. 14).

> [...] quer dizer que a exclusão é apenas um *momento* da percepção que cada um e todos podem ter daquilo que concretamente se traduz em *privação*: privação de emprego, privação de meios para participar do mercado de consumo, privação de bem-estar, privação de direitos, privação de liberdade, privação de esperança. (MARTINS, 1997, p. 18)

De acordo com a passagem citada, onde a exclusão é traduzida em privações de várias formas, é possível afirmar que algum indivíduo é totalmente excluído na sociedade atual? Estamos inseridos em uma política econômica capitalista, onde a comercialização de bens é seu pilar onde se faz necessário a presença cada vez maior de consumidores. Com base neste panorama torna-se prejudicada a afirmação de que o modelo econômico-social é excludente, sendo certo que ocorre, na verdade, uma inclusão marginal.

Para José de Souza Martins, "rigorosamente falando, só os mortos são excluídos, e nas nossas sociedades a completa exclusão dos mortos não se dá nem mesmo com a morte física; ela só se completa depois de lenta e complicada morte simbólica" (1997, p. 27).

Dessa forma, não há indivíduos totalmente excluídos. Há níveis de inclusão ou uma inclusão marginal que ocorrem em vários momentos quando entramos em um ciclo de exclusão para uma posterior inclusão, onde saímos de uma determinada situação ou status e somos submetidos a uma outra forma.

> O capitalismo na verdade desenraiza e brutaliza a todos, exclui a todos. Na sociedade capitalista essa é uma regra estruturante: todos nós, em vários momentos de nossa vida, e de diferentes modos, dolorosos ou não, fomos desenraizados e excluídos. É próprio dessa lógica de exclusão a *inclusão*. A *sociedade capitalista desenraiza, exclui, para incluir*, incluir de outro modo, segundo suas próprias regras, segundo a sua própria lógica. (MARTINS, 1997, p. 32).

O problema se encontra nesta forma de posterior inclusão. Esta fase de transição entre a exclusão e a inclusão passou sem ser notada por muito tempo, mas, ultimamente, salta os olhos este período em que parcela da população encontra-se de alguma forma excluída. Esta notoriedade contemporânea se deve ao tempo desta fase, o que antes era um breve período de tempo, hoje não o é. Agora, o tempo em que um trabalhador, por exemplo, passa a procurar um novo trabalho se tornou excessivamente longo e quando encontra uma forma de inclusão, esta implica uma certa degradação, ou seja, encontra uma situação normalmente pior daquela que se encontrava.

> A sociedade moderna está criando uma grande massa de população sobrante, que tem pouca chance de ser reincluída nos padrões atuais do desenvolvimento econômico. Em outras palavras, *o período de passagem do momento da exclusão para o momento da inclusão está se transformando num* modo de vida, *está se*

> *tornando mais do que um período transitório.* (MARTINS, 1997, p. 33 – destaque no original).

Com isso, além do tempo para a reinclusão temos as condições que esta ocorre. Como citado, acaba ocorrendo de forma pior daquela situação da qual a pessoa se encontrava. Dessa forma, após esta fase de transição há a readequação e reinclusão no plano econômico, ou seja, a pessoa passa a ter renda suficiente para sobreviver, mas o que não ocorre, muitas vezes no plano social. "A pessoa não se reintegra numa sociabilidade 'normal'. A reintegração não se dá sem deformações no plano moral; a vítima não consegue se reincluir na moralidade clássica, baseada na família, num certo tipo de ordem" (MARTINS, 1997, p. 33).

Este processo forma uma "sociedade paralela que é includente do ponto de vista econômico e excludente do ponto de vista social, moral e até político" (MARTINS, 1997, p. 34). Diante do exposto, voltamos a ideia inicial de que não há pessoa totalmente excluída na sociedade, na verdade, encontramos níveis de inclusão.

A conjuntura social, econômica e política ditam as regras e os níveis em que determinada pessoa pode adentrar no seio de determinada sociedade, ou seja, até que ponto é interessante para aqueles que se encontram nas esferas centrais de poder, permitir a aproximação daqueles que não comungam do mesmo estrato social. Assim, a estratificação social é, de certa forma, estagnada na medida em que são preservados alguns fossos dentro da estrutura da sociedade que insistem em impedir a inclusão plena de todos, impossibilitando o acesso a iguais condições de vida digna.

Assim, a figura do imigrante pode ser aceita ou não a depender dos interesses econômicos que estão ocultos nessa postura. Por muito tempo os imigrantes eram vistos como necessários para a colonização do nosso país. Em outros momentos, não são aceitos pela ordem econômica e/ou social, como os haitianos recentemente, os quais tem sido vítimas de preconceitos e até agressões.

3 Comentários ao Artigo 232-A inserido pela Lei 13.445/2017 (Lei de Migração)

A questão envolvendo Direito Penal e a Lei 13.445/2017 possui acertos e desacertos, isto é, instala-se uma política migratória que preconiza pela não criminalização da migração (artigo 3º, inciso III), inclusão social (artigo 3º, inciso X), repúdio e prevenção à xenofobia (artigo 3º, inciso II), etc., o que leva a crer que o migrante possui sua proteção garantida e, mais ainda, não deve ser marginalizado socialmente e legalmente. A Lei também rechaça a repatriação, a deportação e a expulsão coletiva, sendo aquela que não individualiza a situação

migratória irregular de cada pessoa (artigo 61). Portanto, é possível crer que andou bem a legislação nesse sentido.

Ainda, pode-se elencar que a referida Lei de Migração que revoga o Estatuto do Estrangeiro chega em boa hora para assinalar a proteção dos Direitos Humanos do migrante em território nacional, lembrando que o Estatuto do Estrangeiro foi editado em plena Ditadura Militar e possuía em seu bojo justamente a famigerada doutrina da *Segurança Nacional.* Logo, é importante ressaltar que a pauta de direitos destinadas ao migrante na novel Lei é apenas uma harmonização legislativa com a Constituição Federal de 1988 que assegura o tratamento equânime e igualitário.

Ana Luisa Zago de Moraes recorda que durante a última ditadura militar vigeu o Decreto-lei 471-1969 que previa a expulsão do estrangeiro para casos de permanência irregular, fraude na obtenção de visto, violação a qualquer dispositivo de lei e mantendo a previsão para vadios e mendigos. Ainda, a autora acrescenta:

> O Decreto-lei 941/1969, considerado o *segundo Estatuto do Estrangeiro,* previu a possibilidade de expulsão do estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e à economia popular, ou cujo procedimento o tornasse nocivo ou perigoso à conveniência e aos interesses nacionais. O *terceiro Estatuto do Estrangeiro,* Lei 6.815/1980, apesar de tê-lo revogado expressamente, é muito semelhante, principalmente no que concerne aos princípios que regem a política migratória, à regulamentação das medidas de retirada compulsória e à manutenção da questão migratória centrada na polícia, com ênfase na Polícia Federal. (MORAES, 2016, p. 305)

Em relação ao tipo penal 232-A inserido pela Lei de Migração é possível constatar *ab initio* uma incongruência aparente que reside na alocação do delito, isto é, o tipo penal é situado no Código Penal dentro do Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Todavia, ao ler a conduta incriminadora não se detecta qualquer ação ou omissão apta a lesar a Dignidade Sexual – seria mais adequado nominar esse bem jurídico de Liberdade Sexual.

É importante recordar que a Lei 13.344/2016 inseriu o delito de Tráfico de Pessoas no artigo 149-A do Código Penal que possui topografia no Código Penal junto ao Título I – Dos crimes contra a pessoa, Capítulo VI – Dos crimes contra a liberdade individual, Seção I – Dos crimes contra a liberdade individual. Não mais subsiste um tipo autônomo de tráfico de

pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, pois, tal situação configura apenas uma das finalidades de tráfico de pessoas[5] que é um fenômeno demasiado amplo. A questão da internacionalidade será mera causa de aumento de pena consoante artigo 149-A, §1º, inciso IV do Código Penal. Outrossim, a consumação se dará com a prática de qualquer verbo contido no *caput* do artigo 149-A e caso ocorra efetivamente uma das finalidades (*v.g. exploração sexual, remoção de órgãos, etc),* estar-se-á diante do mero exaurimento delito, não se podendo olvidar que poderá haver concurso de delitos, a saber, uma possível lesão corporal, crimes de falsidade documental, etc.

Outro aspecto relevante é a questão do consentimento do ofendido em relação ao crime contido no artigo 149-A do Código Penal. É importante esclarecer que o Brasil ratificou o *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças* através do Decreto nº. 5.017, de 12 de março de 2004. O artigo 3º do referido Protocolo possibilita que o consentimento opere como causa de atipicidade da ação[6] desde que seja válido e não haja o emprego de ameaça, força, fraude, abuso de autoridade, situação de vulnerabilidade, etc. Vide as alíneas *'a'* e *'b'* do referido Protocolo:

> Para efeitos do presente Protocolo:
> a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
> b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

Assim, é importante destacar que o delito contido no artigo 232-A em nada viola a liberdade individual, tampouco o bem jurídico dignidade sexual/liberdade sexual. Outra

---

[5] O tráfico de pessoas deve possuir a finalidade de: I – remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submissão a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; V – exploração sexual.

[6] "...o consentimento do portador do bem jurídico exclui em alguns casos a tipicidade da ação ou da omissão. O consentimento afasta a tipicidade da ação ou da omissão na hipótese de tipos delitivos nos quais se protege, ao lado do bem jurídico, a liberdade de disposição do mesmo. O consentimento como causa de atipicidade da conduta se dá, portanto, nos tipos de injusto em que aparece como condicionante (expressa ou tácita) que a ação ou a omissão se realizem contra ou sem o consentimento do ofendido – o dissenso do titular do bem é elemento do tipo. Aqui é requisito típico (desvalor da ação) que a ação ou omissão se realizem contra ou sem a vontade do sujeito passivo (dissentimento). Nesse caso, sua concordância exclui a tipicidade". PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1.* São Paulo: RT, 2011, p. 456.

diferença substancial é a questão do consentimento válido do ofendido conforme foi apresentado acima. No artigo 232-A, o sujeito consente, quer e deseja (i)migrar. Vejamos a redação típica do artigo 232-A:

> Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
> § 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.
> § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:
> I - o crime é cometido com violência; ou
> II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.
> § 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

De modo ilustrativo, no Código Penal Espanhol se encontra o delito de *Favorecimento de imigração clandestina* no artigo 318bis. Cancio Meliá realiza duras críticas ao afirmar que o delito em questão visa "proteger" o imigrante daquilo que ele próprio deseja, sendo o tipo em questão apenas uma regulamentação de fachada. Vide:

> "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». (CANCIO MELIÁ, 2015, p. 108-109)

Ainda, analisando o artigo 318bis do código Penal Espanhol é possível constatar que há a excludente quando o autor visa prestar ajuda humanitária a pessoa. No entanto, o artigo

232-A do Código Penal pátrio não apresenta qualquer excludente neste sentido, vez que a conduta a ser criminalizada deve possuir como fim a obtenção de vantagem econômica. Caso a ação do autor seja praticada com o fim da ajuda humanitária cremos que não há a configuração delitiva pela a ausência de dolo.

De todo modo, o tipo penal em questão é uma verdadeira administrativização do Direito Penal, pois, não é possível constatar qualquer violação a bem jurídico no tipo em questão. Se presente a violência ou a submissão do sujeito passivo a condição desumana ou degradante (artigo 232-A, §1º, incisos I e II), é possível a punição por delitos já consolidados (*v.g.* lesão corporal).

Logo, a "entrada ilegal de estrangeiro" em território nacional será àquela que está em desacordo com as formas permitidas para ingresso no país a exemplo do visto (artigo 6º da Lei 13.445/2017) e suas hipóteses contidas no artigo 12 da referida Lei. Em realidade, trata-se de irregularidade administrativa sem qualquer relevância penal já que o bojo da novel legislação de imigração é justamente pela não criminalização da migração e a promoção de entrada regular e de regularização documental em conformidade com o artigo 3º, incisos III e V da neófita Lei.

Conclusão

Diante do exposto é possível concluir que:

a) Há uma política criminal de criminalização do imigrante irregular como forma de coibir seu ingresso ou expulsar àqueles que já ingressaram em suas fronteiras;

b) A aceitação do imigrante pode se dar ao talante dos interesses econômicos do país;

c) A Lei 13.445/2017 adotou uma política criminal de não criminalização da migração (artigo 3º);

d) O artigo 232-A não protege qualquer bem jurídico;

e) O artigo 232-A não viola a liberdade individual, tampouco o bem jurídico dignidade sexual/liberdade sexual;

f) É possível concluir que o artigo 232-A é mais uma faceta da administrativização do Direito Penal.

Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Migração e Direito Penal na Espanha. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, vol. 3, nº 1/2, 2015.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.* trad.: Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política:* fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAKOBS. Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal no inimigo: noções e críticas.* org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade*. São Paulo: Paulus, 1997.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.* Curitiba: Juruá, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1.* São Paulo: RT, 2011.

REYES ALVARADO, Yesid. *Normativismo y derecho penal del enemigo.* in CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). Derecho penal del enemigo. Madrid: Edisofer, 2006.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e a política criminal no Brasil.*São Paulo: IBCCRIM, 2016, p. 305.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOER, Stephen R., MAGALHÃES, Antonio M. e RODRIGUES, David. *Os lugares da exclusão social: um dispositivo de diferenciação pedagógica*. São Paulo: Cortez, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da probreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos".* in Revista de Estudos Criminais. n.º 31, out-dez 2008. Porto Alegre: Notadez, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal.* Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.