

A CRIMINALIZAÇÃO DA IMIGRAÇÃO IRREGULAR E OS DIREITOS HUMANOS

Os casos específicos de Brasil e Itália



Christian Gomes Bezerra dos Santos¹

A história do mundo não é senão o progresso da consciência da liberdade (Georg Hegel. A Filosofia da História, apud LAW, 2008, p. 303).

RESUMO

Trata-se de um artigo científico original em que são descritos os crimes de imigração no Brasil, assim considerados aqueles cujas condutas se relacionam com o tema migração, dando-se especial atenção à imigração irregular, enquanto infração administrativa. Também são descritos e comentados os crimes de imigração na Itália, onde a imigração irregular é tipificada como sendo crime. Apesar de ter a constitucionalidade reconhecida pela mais alta corte italiana, o crime de imigração irregular encontra-se em colisão com os postulados de Direitos Humanos expressos na Declaração Universal. Constata-se, ainda, que a Itália utilizou o Direito Penal para executar a sua política migratória de controle de fronteiras, revelando a sua indisfarçável opção por um maior rigorismo.

Palavras-chave: Imigração ilegal – criminalização. Infração administrativa – direito penal mínimo. Política criminal – direitos humanos.

THE CRIMINALIZATION OF ILLEGAL IMMIGRATION AND HUMAN RIGHTS:
specific cases in Brazil and Italy

ABSTRACT

This article describes the crimes of immigration in Brazil, and considers those whose behaviors are related to the theme of migration, with particular attention to illegal immigration, while an administrative violation. The crimes of immigration in Italy are also described, where illegal immigration is typified as a crime.

¹ Delegado de Polícia Federal, ex-chefe da Delegacia de Polícia de Imigração no RN, no período 2007/2009. Pós-Graduando no Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: christian.cgbs@dpf.gov.br.

Although the constitutionality is recognized by Italy's highest court, the crime of illegal immigration is at odds with the postulates of human rights expressed in the Universal Declaration. It is also perceived that Italy used the criminal law to implement its immigration policy on the control of its borders, revealing its undisguised option for greater rigor.

Keywords: Illegal Immigration – Criminalization. Administrative violation – Minimum law. Criminal policy – Human rights.

LA CRIMINALIZZAZIONE DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E DIRITTI UMANI: dei casi specifici Brasile – Italia

SINTESI

Hanno descritto i reati di immigrazione in Brasile, e considerati i comportamenti di cui sono legate al tema delle migrazioni, con particolare attenzione all'immigrazione clandestina, mentre la violazione amministrativa. Sono inoltre descritte e dei crimini di immigrazione in Italia, dove l'immigrazione clandestina è caratterizzato come un crimine. Anche se la costituzionalità riconosciuto dal giudice più alto in Italia, il reato di immigrazione clandestina è in contrasto con i postulati dei diritti umani espressi nella Dichiarazione Universale. Vi è, inoltre, che l'Italia ha utilizzato il diritto penale per attuare la sua politica di immigrazione per i controlli di frontiera, rivelando la sua opzione per una maggiore palese rigore.

Parole-chiavi: Immigrazione clandestina – Criminalizzazione. Violazione amministrativa – Diritto minimo. Di politica criminale – i diritti umani.

1 ESCLARECIMENTOS PREAMBULARES

O presente artigo é apresentado como requisito parcial à conclusão dos estudos de pós-graduação, à Coordenação do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN), cujo tema me foi proposto pelo meu professor e orientador LUCIANO NASCIMENTO SILVA que, baseado em suas experiências como pesquisador e docente no curso de doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nouve Diritti da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Salento, Lecce, Italia*, soube me instigar a descortinar o tema em apreço – ciente das dificuldades de seu ineditismo – trazendo-me as fontes normativas Italianas e as críticas que se faziam neste país acerca da política migratória ali em andamento.

Valho-me, ainda, da experiência profissional colhida durante o período em que estive à frente da Delegacia de Polícia de Imigração da Polícia Federal no RN (julho de 2007 a outubro de 2009), época muito intensa e muito profícua em que tive a oportunidade e a honra de conviver com outros Policiais que muito me ensinaram, dentre os quais aqui destaco o AGENTE ESPECIAL TARSIS, que foi meu mentor e substituto e que, infelizmente, não se encontra mais entre nós em razão de um câncer que lhe abreviou a vida.

A importância de se examinar a legislação imigratória Italiana em cotejo com a Brasileira – com ênfase nos aspectos criminais – se deve por várias razões, lembrando-se que a nossa legislação criminal codificada teve inspiração no código penal italiano (Código Rocco), e que há intensa ligação histórica e cultural entre o Brasil e a Itália, havendo muitos descendentes italianos em território brasileiro, fruto de uma imigração que, num passado recente, contribuiu para a complexidade da formação de nosso povo.

Neste trabalho, pretendo examinar os tipos penais imigratórios brasileiros e italianos, com destaque para eventual violação aos direitos humanos, frente aos instrumentos normativos internacionais, analisando, ainda, a política criminal adotada, lançando um olhar crítico para fins de se saber se esta foi adequada quanto aos meios e fins a que se propunha.

2 OS TIPOS CRIMINAIS IMIGRATÓRIOS BRASILEIROS

A legislação que disciplina o controle migratório no Brasil se funda na Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81 e regulamentada pelo Decreto nº 86.715/81, que sofreu, ao longo do tempo, apenas pequenas modificações pontuais, realizadas em 1995 (Lei nº 9.076) e em 2009 (Lei nº 12.134).

A normatização do controle migratório passa, antes, pela discussão acerca dos limites desta regulamentação. Segundo Freitas (2006, p. 2):

Com efeito, estabelece o item 2, do artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que *'toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio'*. Reconhece, assim, o *jus communicationis*. Entretanto, não se pode afirmar estar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos encampando o direito irrestrito de ir e vir, na medida em que ela própria traz em seu texto regra limitativa, ao determinar, no item 3, do mesmo artigo 22, que: *'o exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e as liberdades das demais pessoas'*.

Vê-se que o controle migratório, exercitado através da fiscalização nas fronteiras, deve respeitar um suposto direito à emigração (*ato de sair*) e à imigração (*ato de entrar*), limitado a questões de ordem pública que somente a lei poderia restringir.

Desta forma, diz-se que os direitos de emigrar e de imigrar são, pois, dependentes de regulamentação legal que possua, em seu bojo, uma fundamentação capaz de lhe conferir legitimidade, suportada em postulados internacionais de direitos humanos e nos princípios constitucionais que regem a ordem jurídica interna.

Há, ainda, uma possível diferenciação entre o *direito de imigrar* e o *direito de visita*, aquele de caráter permanente (*para fins de trabalho ou de reunião familiar, p.ex.*) e este de viés temporário (*para fazer turismo, p.ex.*). É o escólio de Cristiane Lopes, para quem:

Assim, a história atual percebe uma clara cisão entre a liberdade de circulação e o direito ao livre assentamento (direito à imigração); amplificando-se a primeira e restringindo-se a segunda, ainda que ao custo de praticar atos de discriminação, como o ato de barrar a entrada de turistas em um determinado país sob a alegação de que existem ‘suspeitas’ de que o turista em questão pretende imigrar. Essa (sic) suspeitas baseiam-se notavelmente em fatores como nível de renda, cor da pele e origem nacional (LOPES, 2009, p. 222).

Parece não remanescer dúvida quanto à necessidade de se realizar o controle migratório, quer seja na saída ou na entrada das pessoas, através de fronteiras terrestres, áreas, marítimas ou fluviais, sendo esta, aliás, atribuição constitucional do Departamento de Polícia Federal (*ex vi* do art. 144, § 1º, III da Constituição Federal do Brasil – CFB) e expressão da soberania do Estado Democrático Brasileiro.

A questão é que determinados mecanismos de controle migratório são hoje bastante questionados, frente ao exame de proporcionalidade meio-fim e dos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte.

A forma mais simples e direta de se realizar o controle migratório é através da fiscalização das fronteiras, por meio do qual se identifica o passageiro e se analisam as condições de entrada ou de saída. Isto é o cotidiano em portos e aeroportos nacionais.

Nada obstante, no caso de um país – como o Brasil – cuja fronteira terrestre ultrapassa os quinze mil quilômetros, fica muito difícil realizar o controle migratório através de uma permanente vigilância em toda a sua extensão.

Talvez, e também por isto, o legislador pátrio tenha estabelecido certas condutas como criminalmente relevantes, com o intuito de prevenir ou reprimir situações que pudessem violar o dever estatal de cuidar

de suas fronteiras, com grande descuido técnico ao misturar, no mesmo artigo 125 da Lei nº 6.815/80, infrações de natureza administrativa e tipos penais.

Assim demonstramos, logo a seguir, as ações que possuem relevância jurídico-penal, que passamos a chamar de *crimes de imigração*, no âmbito da Lei nº 6.815/80 e do Código Penal Brasileiro (CPB), as quais poderão ser objeto de análise comparativa com a legislação penal imigratória adotada na Itália, abordada mais adiante:

Quadro 1: Crimes de imigração

Conduta	Pena	Base Legal
infringir o disposto no artigo 106 ou 107 (<i>proibições ao estrangeiro de exercer determinadas atividades</i>).	detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e expulsão.	Art. 125, XI da Lei nº 6.815/80
introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular.	detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.	Art. 125, XII da Lei nº 6.815/80
fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, laissez-passer, ou, quando exigido, visto de saída.	reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.	Art. 125, XIII da Lei nº 6.815/80
Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso.	Reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.	Art. 338 do CPB

Fontes: Brasil, 1980; Brasil, 1940.

Devemos, ainda, trazer à discussão a disciplina normativa prevista no art. 231 do CPB – com a modificação dada pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009) – pertinente ao tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, na modalidade internacional, por envolver a imigração ilegal de pessoas, perpetrada por outrem, com ou sem o consentimento do(a) transportado(a). Não se deve olvidar, contudo, que o combate ao tráfico de seres humanos (TSH) – também envolve outras modalidades criminosas, como o tráfico para fins de exploração laboral e

trabalho forçado, inclusive de crianças; para fins de remoção de órgãos e tecidos humanos e para a adoção fraudulenta, conforme o art. 239 da Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), como previsto em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Fica evidente, pois, que o ato de *imigrar*, aqui no Brasil, *não é* tipificado como crime. Trata-se de infração administrativa cuja pena é a deportação pelo art. 125, I da Lei nº 6.815/80 (BRASIL, 1980).

Todavia, esclarece Lopes (2009, p. 64):

Os discursos (política e mídia) e as práticas atuais (legislação, policialização) induzem a relacionar o imigrante como criminoso. Induzem a pensar que imigrar é crime, pois a imigração é controlada pela polícia, e os imigrantes estão sujeitos a serem presos (ou confinados em 'centros de detenção', que é quase a mesma coisa) e deportados para seus países de origem, mesmo quando mais que imigrantes, são *refugiados por motivos de subsistência*. A mídia já consagrou ao termo 'imigrante' uma conotação de *ilegalidade intrínseca*. [...].

No caso de imigração irregular em solo brasileiro, o estrangeiro será submetido ao devido processo administrativo que é inaugurado com o auto de infração e notificação onde restará consignado de que deverá deixar o país voluntariamente. No curso do processo, o estrangeiro será ouvido e terá assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, com o auxílio de intérprete normalmente oriundo de embaixada ou consulado de seu país de origem.

Caso não observe o comando de deixar o país, então a Polícia Federal poderá compeli-lo a fazê-lo, ficando as despesas por conta dos cofres da União, mas, neste caso, o estrangeiro só poderá reingressar no país se reembolsar as quantias dispendidas (art. 64 da Lei nº 6.815/80, acima citada).

Há, ainda, o instituto da prisão administrativa para fins de deportação, previsto no art. 61 da mesma Lei, que, devendo ser interpretado à luz do disposto no art. 5º, LXI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), será submetido pela autoridade imigratória brasileira ao Juiz Federal da

circunscrição, o qual examinará e decretará, ou não, a medida que ficará adstrita ao prazo de sessenta dias, prorrogáveis somente uma vez em casos de dificuldade na identificação do ádvna.

Cabe aqui destacar que a prisão para fins de deportação somente deverá ser decretada nos casos em que: i) o comportamento do estrangeiro assim recomendar, quando houver notícias de condutas socialmente reprováveis ou até criminosas; ii) o estrangeiro não possuir residência onde possa ser encontrado, não possuir meios de subsistência nem alguém que possa ser responsabilizado por ele, dentre outros critérios.

Além de medida excepcional, adotada somente para se garantir a efetivação da medida do ato compulsório de retirada do país, o alienígena preso para deportação fica, em regra, segregado junto com os demais presos provisórios, pois no Brasil não há centros de custódia especialmente criados para este fim.

Resta consignar, por último, que as medidas de retirada compulsória do país são as seguintes, conforme a CFB, já citada :

- a) *Deportação* – aplicável ao ádvna que ingressar ou permanecer irregular em território nacional;
- b) *Expulsão* – aplicável ao ádvna que cometer crime, impedindo que o mesmo possa retornar ao Brasil, sob pena de cometer o crime de reingresso (v. tabela retro);
- c) *Repatriação* – semelhante à deportação, com o detalhe de que normalmente é realizada nos pontos de controle de fronteira, sendo o estrangeiro imediatamente devolvido ao local de origem;
- d) *Extradicação* – aplicável ao ádvna que cometeu crime no exterior e efetivada somente após ordem emanada do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, g da CFB).

3 OS TIPOS CRIMINAIS IMIGRATÓRIOS ITALIANOS

A Lei nº 189, de 30/07/2002 (ITÁLIA, 2002) – denominada *Lei Bossi-Fini*, em homenagem aos dois primeiros parlamentares que a subscreveram – alterou a Lei nº 40, de 06/03/1998 – chamada de *Lei Turco-Napolitana* – que consolidou as normas que regem a imigração

e a situação dos estrangeiros na Itália. A *Lei Bossi-Fini*² também foi a responsável pela criação da Direção Central de Imigração e da Polícia de Fronteiras, tendo previsto uma série de medidas contra o crime de tráfico de seres humanos. Recentemente, a Lei nº 125, de 25/07/2008 considerou a presença ilegal no território nacional como “ofensa agravada” (ITÁLIA, 2008).

O debate que ocorreu nas cortes judiciais italianas foi desaguar no Tribunal Constitucional que, pela Decisão nº 22/2007, entendeu ser constitucional o dispositivo que impunha a pena de prisão de 1 a 4 anos aos estrangeiros que não respeitassem as ordens de expulsão, permanecendo ilegalmente em solo italiano (ITÁLIA, 2007).

A nova política imigratória italiana não passou despercebida por Cristiane Lopes, tendo esta observado que:

[...] A partir da Lei 189/02 (conhecida como ‘Lei Bossi-Fini’), a política do então presidente Silvio Berlusconi passou a ser de combater a todo custo a imigração ilegal.

A Itália não é um país aberto à imigração. Existem cotas anuais com vistas a atender as necessidades do mercado de trabalho, mas geralmente se trata de trabalho temporário na agricultura, e os contingentes fixados são cada vez menores. Ocorre que, em parte por conta do desmoronamento de algumas economias socialistas, guerras e conflitos étnicos empurraram muitos romenos, albanos, ucranianos, e búlgaros e ex-iugoslavos para a Itália, país próximo com uma economia respeitável. Sua posição geográfica, relativamente próxima da África, também a incluiu numa rota de imigração por mar, a partir da Líbia (ou Tunísia), que canaliza a entrada dos imigrantes da Ásia e da África (LOPES, 2009, p. 352).

2 UMBERTO BOSSI, membro fundador do movimento político “*Lega Nord* – per l’indipendenza della Padania”. Líder político que expressa as ideias da direita católica, o pensamento separatista e a retórica moral. GIANFRANCO FINI, por longos anos, foi presidente do partido direitista *Alleanza Nazionale*, no ano de 2008 foi eleito Presidente da Câmara dos Deputados.

A legislação italiana que iremos abordar se encontra consolidada no Decreto Legislativo nº 286, de 25/07/1998 (ITÁLIA. Decreto Legislativo, 1998), que reúne as disposições que regulam a imigração e o estatuto do estrangeiro.

3.1 Crime de imigração irregular

Artigo 10-A

Entrada e permanência ilegal no Estado.

A menos que o ato constitua um crime mais grave, o estrangeiro que ingressar no território do Estado em violação às disposições do presente texto único, bem como aos referidos no artigo 1º da Lei nº 68, de 28/05/2007³, será punido com multa de 5.000 a 10.000 euros. Ao presente parágrafo não se aplica o artigo 162 do Código Penal⁴ (ITÁLIA. Decreto Legislativo, 1998, tradução nossa)⁵.

Vê-se, portanto, que o *ingresso irregular de estrangeiro em solo italiano constitui crime punível com pena de multa* que varia de € 5 mil a € 10 mil (*cerca de R\$ 12,4 mil a R\$ 24,8 mil*). O alienígena será processado, julgado e, após cumprir a sentença, será expulso do país, exceto se interpuser um pedido de refúgio ou de permanência, os quais serão analisados enquanto ocorre a suspensão do processo judicial.

Cabe aqui transcrever as argutas considerações de Alice Quintela Lopes Oliveira que poderiam muito bem explicar a política criminal adotada pelo governo Italiano de Berlusconi:

3 Regulamenta as curtas estadias concedidas aos estrangeiros em casos de visita, negócios, turismo ou estudo, dispensando a autorização de residência se o prazo de estada não for superior a três meses.

4 Possibilidade de conversão de penas privativas de liberdade em multa.

5 Texto original: *Art. 10-A - Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonchè di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale* (ITÁLIA. Decreto Legislativo, 1998).

Hodiernamente, a tendência internacional concentra-se na utilização de uma reação penal considerada simbólica, marcada por instrumentos inaptos a combater efetiva e eficazmente as novas formas de infrações. O que importa é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, estribado apenas na impressão de que o legislador se acha preocupado com o delito. Produz-se a ilusão de que os problemas foram solucionados.

Adverte Hassemer que o aproveitamento do direito penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade ofende, manifestamente, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente vinculado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como *prima ratio*, sempre que rentável politicamente (OLIVEIRA, 2010).

O crime de imigração irregular poderia ser classificado como sendo de *perigo abstrato* – com todas as críticas que lhe poderiam ser feitas pela moderna doutrina penal (*violação dos fundamentos penais da lex certa, da subsidiariedade e da fragmentariedade, e ausência de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico-penal tutelado*) – e sua criação atribuída ao xenofobismo que assola vários países do chamado primeiro mundo, como vem sendo amplamente difundido na mídia mundial, de que é exemplo o artigo a seguir, publicado na revista Exame, de 23/09/2009:

Os sinais de recuperação econômica que começam a aparecer ao redor do mundo ainda não tiveram efeito sobre a curva de desemprego dos 16 países que compõem a zona do euro. A última taxa divulgada, referente ao mês de agosto (de 2009) ficou próxima da casa dos 10 %, o pior desempenho na última década. [...] O quadro de desalento e desespero inspirou o medo. O medo levou à reação. Sobrou para os imigrantes. Manifestações xenofóbicas proliferam na Europa no mesmo ritmo do crescimento do número de desempregados. [...]

As reações de repúdio aos estrangeiros não ficaram restritas a facções políticas de extrema-direita

e alguns sindicatos. Elas contaminaram uma parcela expressiva da opinião pública europeia. Uma pesquisa recente do jornal inglês Financial Times revelou que três quartos dos italianos e britânicos e a maioria dos franceses, alemães e espanhóis apoiariam que seus governos pedissem para que os imigrantes deixassem o país.[...] (MARANHÃO, 2009).

Tal xenofobismo, contudo, parece desconhecer a importância da participação dos imigrantes na economia do país. No caso da Itália, p. ex., o mesmo artigo antes referido cita que:

[...] Na Itália, os estrangeiros são hoje mais do que uma fonte barata de mão de obra. Eles são empregadores, responsáveis pela criação e administração de cerca de 165.000 pequenos negócios. Os setores de atuação das companhias dos chamados “novos italianos” são variados – vão desde restaurantes até exportadoras de aparelhos eletrônicos e empresas que prestam serviços como limpeza e enfermagem. Segundo um cálculo da organização Caritas, os imigrantes já são responsáveis por 9% do PIB italiano. ‘A Itália é um exemplo perfeito da natureza demagoga das novas leis anti-imigração’, afirma Michelle Mittelstadt, coautora do relatório Migração e a Recessão Global, do Instituto de Políticas de Imigração Europeu, divulgado no início de setembro. ‘Nossa conclusão é que, na realidade, a presença do trabalhador estrangeiro gera novos empregos e mais riqueza’ (MARANHÃO, 2009).

De fato, sobejam críticas à tipificação do crime de imigração irregular adotado na Itália. Por um lado, por que a entrada ilegal num país não indica de modo algum perigo para a sociedade, depois, por que pretende punir irracional e inexequivemente uma mera situação pessoal do estrangeiro. Por outro, o crime de imigração clandestina não tem significado em si mesmo, porque não tem efeito dissuasor nem punitivo.

Seguem a transcrição, tradução e análise de outros dispositivos jurídico-penais encartados na legislação italiana sobre o controle migratório⁶:

3.2 Crime de favorecimento à imigração ilegal

Artigo 12

Disposições contra a imigração ilegal.
(Artigo 10 da Lei nº 40, de 06/03/1998).

1. A menos que o ato constitua um delito mais grave, aquele que, em violação das disposições do presente texto único, promove, dirige, organiza, obtém fundos ou realiza o transporte de estrangeiros para o interior do estado ou executa outros atos destinados a fazer ingressar ilegalmente um estrangeiro, será punido com pena de prisão de um a cinco anos e uma multa de 15.000 euros por pessoa (ITÁLIA, 1998, tradução nossa)⁷.

Tal dispositivo é idêntico ao tipo penal do art. 125, XII da Lei nº 6.815/80, só que com uma pena privativa de liberdade maior e com a previsão da imposição da pena de multa, por cada pessoa transportada.

O mesmo dispositivo contém, ainda, como causas especiais de aumento de pena as hipóteses seguintes – ocorrendo pelo menos duas delas simultaneamente – embora sem previsão expressa do *quantum*:

- a) o fato se refere à entrada ou permanência ilegal no estado de cinco ou mais pessoas;
- b) a pessoa transportada foi exposta ao perigo de vida ou de segurança para adquirir a entrada ilegal ou permanência;

6 Optamos por não transcrever todos os dispositivos normativos para não sobrecarregar o texto, optando por trazer os tipos penais básicos e tecer breves comentários sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes, os efeitos da condenação e as regras processuais que consideramos mais relevantes.

7 Texto original: *Articolo 12. Disposizioni contro le immigrazioni clandestine. (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 10). 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona* (ITÁLIA, 1998).

- c) a pessoa transportada foi submetida a tratamentos desumanos ou degradantes para conseguir a entrada ilegal ou permanência;
- d) o fato é cometido por três ou mais pessoas, em concorrência uns com os outros, ou usar os serviços de transporte internacional ou documentos falsos ou alterados ou ilegalmente obtidos;
- e) os autores fizeram uso de armas ou de materiais explosivos.

Segue-se novo dispositivo que prevê o aumento da pena privativa de liberdade de um terço à metade, e multa de € 25.000 por pessoa, se os fatos antes referidos:

- a) forem cometidos com o objetivo de recrutar pessoas para a prostituição ou para exploração laboral, ou promover a entrada de menores a serem utilizados em atividades ilegais, a fim de incentivar a exploração;
- b) forem realizados com o intuito de obtenção de lucro, ainda que indiretamente.

Pode ocorrer, todavia, redução da pena pela metade para os acusados que procurarem evitar as consequências da atividade criminosa e realmente ajudarem a polícia ou a autoridade judiciária na obtenção de provas decisivas para a reconstrução dos fatos, a identificação ou a captura de um ou mais autores e para o confisco de significativos recursos oriundos com a consumação do crime.

Interessante notar, outrossim, que a legislação menciona a obrigatoriedade *da prisão em flagrante delito*; ou da *aplicação da prisão preventiva*, sempre que existam indícios graves de culpa, a menos que tenham sido obtidas provas de que não há necessidade de medidas cautelares. É efeito necessário decorrente da condenação pelo crime em apreço a perda do meio de transporte utilizado para se cometer o crime.

Eis outros tipos penais:

- 5. Ressalvado o disposto nos números anteriores e salvo se o fato não constituir crime mais grave, qualquer um que promova atos com a finalidade de

colher lucros ilegais sobre a condição de imigrante ilegal, ou como parte das atividades puníveis nos termos deste artigo, promovendo a sua permanência em violação ao presente texto único, será punido com pena de prisão de até quatro anos e multa de até trinta milhões de liras (*quase € 15.000*). Quando há concurso de duas ou mais pessoas envolvendo a permanência de cinco ou mais imigrantes, a pena é aumentada de um terço à metade.

5-A. A menos que o ato constitua um delito mais grave, alguém que, a título oneroso e com a finalidade de colher lucros ilegais, dá habitação ou realiza venda de um imóvel para um estrangeiro que não tem autorização de residência, no início ou na renovação do contrato de arrendamento, será punido com pena de prisão de seis meses a três anos. A condenação por decisão irrevogável, ou a aplicação da pena, a pedido das partes nos termos do artigo 444 do Código de Processo Penal⁸, mesmo se concedida liberdade condicional, implica a perda da propriedade, salvo se pertencer a pessoa estranha ao crime. Observado, conforme aplicável, as disposições que regem atualmente a gestão e a distribuição de bens confiscados. As somas de dinheiro provenientes da venda, quando disponíveis, e os bens confiscados devem ser destinados ao reforço da atividade de prevenção e combate à criminalidade na área da imigração ilegal (ITÁLIA, 1998, tradução nossa)⁹.

8 Refere-se ao Título II: Aplicação da pena a pedido das partes.

9 Texto original: 5. *Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà.*

5-bis. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina (ITÁLIA, 1998).*

Há a previsão de que no decorrer das operações policiais que visam o combate à imigração ilegal, os agentes de segurança pública que operam nas províncias de fronteira e águas territoriais poderão inspecionar os veículos e mercadorias transportadas, embora sujeitos a regime aduaneiro especial, quando, em função das circunstâncias específicas de lugar e tempo, existam motivos razoáveis de que possam ser usados para o cometimento do crime previsto neste artigo. Os resultados das diligências e das inspeções devem ser consignadas em formulários e encaminhados, no prazo de quarenta e oito horas, ao Ministério Público que, verificando que as condições necessárias foram preenchidas, promove a sua homologação nas quarenta e oito horas seguintes. Sob as mesmas circunstâncias, os policiais também poderão proceder a buscas, observando-se o disposto no art. 352, §§ 3º e 4º do Código de Processo Penal, que trata da realização de buscas domiciliares.

Citamos, por derradeiro, as últimas condutas classificadas como crimes de imigração na Itália.

3.3 Crime de desobediência à notificação de deixar o país

5-A. Se não for possível a detenção de um estrangeiro em um centro de deportação e identificação, ou se ainda não houver condições deste ser escoltado até a fronteira, para fins de expulsão ou repulsão, o Comissário notificará o estrangeiro a deixar o território do Estado no prazo de cinco dias. A ordem é dada por escrito, mencionando expressamente as consequências sancionatórias de sua permanência ilegal, inclusive a sua reincidência, no território do Estado. A notificação do Comissário pode ser acompanhada da entrega da documentação necessária para envio à sede da missão diplomática de seu país na Itália, além dos honorários devidos, bem como para se obter os seus dados de qualificação, quando isto não for possível a partir do seu Estado de origem.

5-B. Um estrangeiro que sem justa causa permaneça ilegalmente no Estado, em descumprimento à ordem dada pelo Comissário, nos termos do disposto no nº 5-A, será punido com pena de prisão de um a quatro

anos, se a expulsão ou repulsão tiver sido efetivada após a entrada ilegal no país, com fundamento no art. 13, § 2º, "a" e "c", ou por não ter solicitado autorização de permanência ou não ter declarado a sua presença no Estado, no prazo fixado, não havendo motivo de força maior, ou se a permissão foi revogada ou cancelada. Aplica-se a pena de prisão de seis meses a um ano se a expulsão foi ordenada porque a autorização expirou há mais de sessenta dias e não houve solicitação de sua renovação, ou se o pedido de autorização de residência foi recusado, ou se o estrangeiro está detido no Estado em razão de violação ao artigo 1º, § 3º da Lei nº 68, 28/05/2007. Em qualquer caso, a menos que o estrangeiro esteja detido na prisão, haverá uma nova ordem de expulsão, com escolta policial até a fronteira, em razão de violação à ordem de expulsão emitida pelo Comissário referida no nº 5-A. Se não for possível a escolta até a fronteira, aplicar-se-á o disposto nos nºs 1 e 5-A do presente artigo, bem como as condições referidas no artigo 13, § 3º.

5-C. O estrangeiro destinatário da ordem de expulsão prevista no n.º 5-B e de uma nova ordem de remoção estatuída conforme o n.º 5-A, que continue a permanecer ilegalmente no Estado, será punido com pena de prisão de um a cinco anos. Aplica-se, em qualquer caso, o disposto no n.º 5-B, terceiro e último período.

5-D. Os delitos previstos nos nºs 5-B, primeiro período, e 5-C, serão processados e julgados em rito de urgência, sendo obrigatória a detenção do autor do fato (ITÁLIA, 1998, tradução nossa)¹⁰.

10 *Texto original: 5-bis. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonchè per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza.*

5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza ma-

Pode-se facilmente verificar que os tipos penais acima se referem à desobediência perpetrada pelo estrangeiro que deixou de observar a notificação de deixar o território italiano. Seria uma espécie de “*crime de desobediência qualificada*”.

Possui, todavia, uma construção complexa, com várias condutas alternativas, iniciadas pela conjunção “ou”. Podemos resumi-las da seguinte forma:

O estrangeiro foi notificado a deixar o país e, não havendo justa causa para sua permanência (*item 5-B – primeiro período*):

- a) havia sido expulso ou deportado (repulsão) por decisão de um prefeito; OU
- b) não solicitou autorização de permanência ou não declarou sua presença, no prazo fixado, inexistindo razões de força maior; OU
- c) teve a sua solicitação de permanência cancelada ou revogada.

Há, ainda, um tipo “privilegiado”, de “menor potencial ofensivo”, previsto no item 5-B, segundo período, com previsão de pena de prisão de seis meses a um ano, ao estrangeiro que foi notificado a deixar o país por que:

- a) não requereu a prorrogação de sua permanência dentro de sessenta dias após o exaurimento do seu prazo de sua estada; OU
- b) teve a sua solicitação de permanência indeferida; OU
- c) se encontra detido em razão de não ter declarado a sua presença no prazo de oito dias de sua entrada ou por ter excedido o prazo de permanência de três meses, concedido ao estrangeiro por motivo de visita, negócios, turismo e estudo, independentemente de visto¹¹.

ggioire, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perchè il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonchè, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.

5-quater. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.

5-quinquies. Per i reati previsti ai commi 5-ter, primo periodo, e 5-quater si procede con rito direttissimo ed è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto (ITALIA, 1998).

11 É a interpretação que se dá ao disposto no artigo 1º, § 3º da Lei nº 68, de 28/05/2007 (ITALIA, 2007).

Por fim, o estrangeiro que receber a notificação de deixar o país e não a cumprir voluntariamente (item 5-C) está passível de responder por crime cuja pena é de prisão de um a seis anos – *conduta típica mais genérica que as precedentes*, devendo ser necessariamente detido e submetido a julgamento em rito de urgência (item 5-D). Estrangeiro, aqui, é considerado toda e qualquer pessoa oriunda de países extracomunitários, situados além dos limites das fronteiras que delimitam o espaço *schengen*¹².

Como já dissemos alhures, a suprema Corte Italiana já entendeu por serem constitucionais os dispositivos criminais em comento.

Mas, resta indagar se há alguma violação a tratados internacionais de direitos humanos dos quais a Itália seja parte. Ou se, por outras palavras, tornar a imigração um crime poderia ser considerado uma violação aos direitos humanos.

4 TÓPICOS DE DIREITOS HUMANOS E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que, em seu artigo 13 estabelece que:

- I) Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
- II) Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar (PIOVESAN, 2008, p. 375).

Poder-se-ia cogitar da natureza jurídica da DUDH, se cogente – por vinculação à carta das nações unidas, se possuidora de um caráter de recomendação, se constituem verdadeiros princípios gerais de direito internacional ou se integram o direito consuetudinário. Na superação desta questão, fico com a síntese de Flávia Piovesan (2008, p. 147):

12 A política de circulação de pessoas em todo o território da União Européia é uniforme, devido à incorporação de tratados internacionais que criaram o hoje denominado "Espaço Schengen". Trata-se de um espaço que privilegia internamente a livre circulação de pessoas, restringindo os controles de imigração às fronteiras externas. Esse espaço é regulado pelo "acervo Schengen", que constitui o somatório de documentos que normatizaram e conformaram a atual regra uniforme de controle de fronteiras (LOPES, 2009, p. 347).

Com efeito, a declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrante da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais. Internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos e tem sido referência para a adoção de resoluções no âmbito das nações unidas. Acrescente-se, por fim, a reflexão de Antonio Cassese: 'Qual é o real valor da Declaração? Eu pretendi até agora demonstrar que a Declaração tem, quase que imperceptivelmente, produzido muitos efeitos práticos – a maior parte deles visível apenas a longo prazo. O mais importante é o efeito que eu devo definir em termos essencialmente negativos: a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional 'deslegitima' os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade mundial'.

Pode-se perceber, outrossim, que há claramente estabelecido um conflito entre o direito assegurado à emigração (sair do país) e as restrições impostas aos imigrantes pelos Estados soberanos. Tal questão foi muito bem suscitada por Lopes que, ao comentar o artigo 13 da DUDH, assim se manifestou:

Está formado o paradoxo: apesar de haver um direito humano à emigração não existe um direito humano à imigração. Como pode existir o direito de sair de um país, sem o correspondente direito de entrar em outro país? Se podem sair de seu país, mas não podem entrar em outro país, para que espaço dirigir-se-ão as pessoas? Por que a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

debatida por todo o mundo, foi promulgada com essa contradição? Por que a contradição persistiu no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos? Muitos dos estudiosos que se dedicam ao tema das migrações questionam sobre o porquê de não estar reconhecida a liberdade individual de 'buscar em outra parte do planeta o bem-estar que não se encontra em casa' (LOPES, 2009, p. 239).

É dentro deste espaço de conflito "imigração" *versus* "soberania" que se estabelecem os controles das fronteiras e a regulamentação interna de cada país.

Devemos, neste ponto, indagar se um país poderia, a título de regulamentar questões migratórias, criar tipos criminais que suscitasse violações aos direitos humanos internacionalmente consagrados.

Não há dúvida de que pode haver tipos criminais que violam postulados de Direitos Humanos. Encontramos uma excelente resposta com o Juiz paulista Marcelo Semer:

A pregação social-democrata tem uma interessante perspectiva ao direito penal.

Com este Estado, justifica-se um Direito penal pequeno, uma vez que se centra na dignidade da pessoa humana. Como a liberdade do homem só pode ser subtraída legitimamente se este tiver lesionado ou exposto a perigo relevante bem jurídico de outro ser humano, as hipóteses de privação devem ser limitadas – o que limita tanto as penas, quanto os crimes. Em caso contrário, o direito estaria desprestigiando a liberdade e por consequência apequenando a dignidade humana (SEMER, 2007, p. 109).

A Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11 e acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7 e 13, dispõe que:

Protocolo nº 04, de 16/09/1963:

Artigo 2º. Liberdade de circulação¹³

1. Qualquer pessoa que se encontra em *situação regular* em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência.
2. Toda a pessoa é livre de deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio.
3. O exercício destes direitos não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas pela lei, constituem *providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros*.
4. Os direitos reconhecidos no parágrafo 1 podem igualmente, em *certas zonas determinadas, ser objecto de restrições que, previstas pela lei, se justifiquem pelo interesse público numa sociedade democrática* (CONVENÇÃO para a protecção dos direitos..., 2010, grifos nossos).

O suposto direito à imigração ou direito à livre circulação num país da comunidade europeia está adstrito *apenas às pessoas em situação regular*, para as quais a lei ainda poderá criar outras restrições para determinadas zonas, sob o fundamento do interesse público.

Somem-se a isto outras restrições que poderiam ser criadas por lei, consideradas necessárias para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.

Cabe praticamente qualquer coisa aqui, de tão abrangente que ficaram as restrições ao direito de imigração que poderiam estar previstas numa lei de um dos países da comunidade europeia.

13 Os itens 2 e 3 são muito semelhantes aos itens de mesma numeração previstos no art. 22 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conforme Freitas (2006, p. 02).

Facilmente se percebe que a CEDH não se preocupou em assegurar o direito à imigração como expressão da dignidade humana, conferindo-lhe um estreitamento normativo diante de sua previsão estampada na DUDH, e isto se deve principalmente ao xenofobismo europeu que pretende erguer muralhas em seus feudos pós-contemporâneos a fim de conter e repelir qualquer “invasão” estrangeira.

Aliás, parece ser neste sentido a jurisprudência da CEDH – *atualmente, Corte ou Tribunal Europeu* – conforme citado por Trindade ao examinar casos em que os estrangeiros desejavam permanecer em países europeus, obstando assim a deportação iminente, ao argumento de que simplesmente não concordavam com o sistema político de seu país (*liberdade de ir e vir, de escolher*) ou se recusavam a prestar o serviço militar obrigatório (*liberdade de consciência*):

135. [...] Assim, já em 1976, no caso *X versus Dinamarca*, no qual o demandante se queixava de que sua expulsão daquele país ou repatriação à Polônia era um ato das autoridades dinamarquesas contrário à Convenção Européia, sustentou a Comissão o seguinte: apesar de o direito a asilo e o de estar livre de expulsão não se encontrarem *per se* incluídos entre os direitos previstos na Convenção, segundo sua própria *jurisprudence constante (established case-law)*, a expulsão de uma pessoa podia, em determinadas circunstâncias excepcionais, levar a considerar – sob a convenção e em particular sob seu artigo 3 – que havia fortes razões para temer que tal pessoa viesse a ser submetida a tratamento violatório do artigo 3 no país ao qual fosse enviada. Depois de reiterar sua posição de princípio, a Comissão considerou que no caso concreto, no entanto, o demandante não desejava retornar à Polônia “simplesmente” porque em geral não estava de acordo com o sistema político naquele país, e que seu exame *ex officio* do caso não revelava violação alguma da Convenção (e em particular de seu artigo 3).

136. Novamente no caso *C. versus República Federal da Alemanha* (1986), o demandante reclamou que as autoridades alemãs haviam-se negado a conceder-lhe

asilo e haviam ordenado sua deportação à Iúgoslávia, onde lhe seria imposta uma rigorosa condenação à prisão por se haver recusado a realizar o serviço militar. A Comissão opinou que o demandante não havia comprovado suas alegações, o que a levou a descartar aquela parte da petição como manifestamente infundada. Não obstante, a Comissão reiterou que, ainda que a Convenção Européia não assegurasse aos estrangeiros o direito de obter asilo ou de não ser expulsos do território de um Estado Parte, os riscos aos quais estaria sujeito um deportado no país de destino podiam ser tais que comprometiam a responsabilidade do Estado que tomasse a decisão de deportar (CEDH *apud* TRINDADE, 2003, p. 422-423, grifos do original).

Assim, se a Itália legislou conforme a orientação da CEDH, ao criminalizar a imigração irregular, o mesmo não se pode dizer quanto à DUDH.

Que fique claro: considerar o imigrante irregular como criminoso é muito mais do que simplesmente criar restrições ao seu ingresso. Falar em restrições é ficar no campo das medidas administrativas de controle de fronteiras ou das normas que estabelecem procedimentos e requisitos.

A criminalização do imigrante irregular fere frontalmente os postulados de direitos humanos por desconsiderar a dignidade da pessoa humana ao criar uma norma penal que, a um só tempo, viola o princípio da ofensividade ou lesividade, pela incriminação de atitudes internas que não ultrapassam o âmbito do autor e que não afetam bens jurídicos (crime sem vítima); e fere o princípio da presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato, presumindo a culpabilidade do agente¹⁴.

De mais a mais, as normas jurídicas não são um fim em si mesmas, se não um mal necessário que só deve ser utilizado quando não há outro remédio, quando a restrição da liberdade é necessária, idônea e proporcional para manter os interesses fundamentais dos indivíduos. As normas jurídicas não são um bem em si mesmas, que sirva para justificar a intervenção penal, mas sim, pelo contrário, um mal necessitado de justificação (PUIG, 2007)¹⁵.

14 Trata-se de parte dos mesmos argumentos utilizados por Reghelin (2007, p. 67) para defender a inconstitucionalidade de alguns pontos da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006).

15 Tradução livre do original em espanhol.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Temos a consciência de que qualquer tema relacionado à imigração não deve descurar da abordagem sob diversos ângulos, dada a sua complexidade e as condicionantes atuais de um mundo formado por países distantes geograficamente, mas cujos cidadãos se tornam cada vez mais próximos, em razão de questões tecnológicas e de maior mobilidade humana.

Preferimos, contudo, abordar o assunto sob o prisma do Direito Penal – o guardião dos valores mais caros de uma sociedade – destacando os crimes que se encontram tipificados como tais nas legislações brasileira e italiana, constatando-se, com relação a esta última, que é crime a imigração irregular, tratada, aqui no Brasil, como infração administrativa.

A crítica que se faz à criminalização da imigração irregular repousa em argumentos oriundos da dogmática penal e da normatização internacional de Direitos Humanos. O crime deve ser algo que afeta um bem jurídico relevante de uma sociedade, a qual deve ser modernamente compreendida como sendo formada não só pelos nacionais de um país, mas também pelos que ali chegaram na condição inicial de imigrantes.

Ao instituir várias condutas penais referentes à matéria de imigração, a Itália deu claros sinais de que pretende endurecer o seu controle migratório através do manejo de uma normatização de maior relevo, a da constituição de tipos penais. Ao fazê-lo, descurou dos paradigmas internacionais de Direitos Humanos ao conferir uma qualificação jurídico-penal a uma conduta humana que expressa o direito de ir, vir e permanecer.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **DOU**, Brasília, 21 ago 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

_____. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

BRASIL. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **DOU**, Brasília, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>.

CONVENÇÃO para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 19 jan. 2010.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo n. 286, de 25 de julho de 1998**. Consolida as disposições que regulam a imigração e o estatuto do estrangeiro.

Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. Lei n. 40 de 6 de março de 1998. Legislação de imigração e normas sobre a condição do estrangeiro. **Gazzetta Ufficiale**, n. 59, 12 mar. 1998, Suppl. ord. n. 40. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98040l.htm>>.

_____. Lei n. 189 de 30 de julho de 2002. Altera à legislação sobre imigração e asilo. **Gazzetta Ufficiale**, n. 199, 26 ago. 2002, Suppl. ord. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/02189l.htm>>.

_____. Lei n. 68 de 28 de maio de 2007. Disciplina das permanências de breve duração dos estrangeiros para visitas, negócios, turismo e estudo. **Gazzetta Ufficiale**, n. 126, 1º jun. 2007. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/07068l.htm>>.

_____. Lei n. 125 de 24 de julho de 2008. Conversão em lei, com alterações, do Decreto-Lei n. 92 de 23 de maio de 2008 que estabelece medidas urgentes relativas à segurança pública. **Gazzetta Ufficiale**, n. 173, 25 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/08125l.htm>>.

ITALIA. Tribunal Constitucional. A inconsistência das sanções penais para permanência ilegal de estrangeiros: a admoestação do Tribunal. Penalidades legítimos para violações dos regulamentos de imigração. "Por estas razões, o Tribunal Constitucional, juntos os acórdãos dos Estados, tem por inaceitáveis as questões de constitucionalidade suscitadas quanto ao art. 14, nº 5-C, primeiro período [...], na medida em que prevê a pena de prisão de um a quatro anos¹⁶ para o estrangeiro que, sem razão justificável,

16 O dispositivo foi posteriormente modificado pela Lei nº 94, de 15/07/2009, aumentando-se a pena prevista para um a cinco anos.

permanecer no Estado em violação à notificação de deixá-lo, comunicada a ele pelo Comissário, com fundamento no nº 5-A [...]". **Acórdão nº 22/2007**. Juiz relator Gaetano Silvestri. 22 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0022s-07.html>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord). **Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade**. Campinas/SP: Millenium, 2006.

LAW, Stephen. **Guia ilustrado Zahar**: Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

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

MARANHÃO, Tiago. A nova onda de xenofobia. **Revista Exame**, São Paulo, n. 959, p. 88-90, set. 2009.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o direito de intervenção**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PUIG, Santiago Mir. Límites del normativismo em derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 15, v. 64, p. 197-221, jan./fev. 2007.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 15, v. 64, p. 57-77, jan./fev. 2007.

SEMER, Marcelo. Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 15, v. 69, p. 95-128, nov./dez. 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.

