



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Directiva Retorno e o inimigo

O tratamento do nacional de país
terceiro em situação irregular na
“Europa Fortaleza”

Vinicius Rodrigues Pazemeckas

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do

Porto 2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Directiva Retorno e o inimigo

O tratamento do nacional de país
terceiro em situação irregular na
“Europa Fortaleza”

Vinicius Rodrigues Pazemeckas

Orientador: Maria Benedita Menezes de
Gusmão Peixoto de Queiroz

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do

Porto2023

*“Não viajou o Profeta
para a distante Medina
onde encontrou novo reino
e centenas de povos para governar?
Faltam-te pés para viajar?
Viaja dentro de ti mesmo,
e reflete, como a mina de rubis,
os raios de sol para fora de ti
A viagem te conduzirá a teu ser,
transmutará teu pó em ouro puro”*

Jalal ud-Din Rumi

Agradecimentos

Agradeço muito àqueles que proporcionaram a oportunidade de realizar esse mestrado. À minha orientadora Professora Doutora Benedita Menezes Queiroz, que com muita paciência e determinação, me orientou a fim de eu atingir o meu máximo potencial, aos meus amigos, ao meu pai Décio Pazemeckas e à minha mãe Cláudia Regina Rodrigues, ao meu irmão Gustavo que me deram força para sempre ir mais além. Agradeço também à minha namorada Letícia, meu porto seguro e que me fez companhia, mesmo longe, a minha estadia em Portugal.

Resumo

O presente trabalho tem como escopo responder a seguinte indagação: Até que ponto a Directiva Retorno torna o nacional de país terceiro em situação irregular, ou seja, o imigrante irregular, um inimigo?

Essa indagação permite uma análise aprofundada do contexto histórico da Directiva (2008/115/CE) e do Direito Penal do Inimigo, além de um recorte sobre disposições do regramento, tais como a previsão de detenção e o regresso coercitivo do imigrante irregular para o seu Estado de origem que não é membro da União Europeia.

Entender as questões e motivações da aprovação desse regramento jurídico, bem como, análise da figura do inimigo é essencial, tendo em vista que a Directiva busca equalizar a questão do retorno do imigrante irregular que são recebidos em diferentes dos Estados-Membros da União Europeia.

Por fim, serão analisadas as novas propostas para alterações do regramento acerca da imigração irregular, como o Novo Pacto para as Migrações e Asilo.

Palavras-chaves: Directiva Retorno, Imigrante irregular, Europa, inimigo, Novo Pacto para as Migrações e Asilo, Direito Penal do Inimigo, Crimigração

Abstract

The present dissertation intends to answer the following question: To what extent does the Return Directive becomes the irregular immigrant an enemy?

This inquiry allows an in-depth analysis of the historical context of this Directive (2008/115/EC) and Criminal Law of the Enemy, as well as a clipping of provisions of this regulation, such as the provision for detention and expulsion of irregular immigrants back to their States outside the European Union.

Understanding the issues and motivations of the approval of this legal rule, as well as, analysis of the figure of the enemy is essential, whereas the Directive seeks to equalise the issue of the return of irregular immigrants who are received in different Member States of the European Union.

Finally, will be analysed the new proposals for changes tot he regulation on irregular immigration, such as the New Pact for Migration and Asylum.

Keywords: Return Directive, irregular immigrant, Europe, Enemy, New Pact for Migration and Asylum, Criminal Law of the Enemy, Crimmigration

ÍNDICE

1-Introdução.....	2
2- A Directiva Retorno	3
2.1 A Ilegalidade ou Irregularidade do Imigrante Nacional de País	3
2.2- Contexto Histórico da Directiva Retorno.....	4
2.3- Aprovação da Directiva.....	5
2.4- A Necessidade de Uniformizar as Normas para as Fronteiras Externas da União Europeia	6
2.4.1- A Detenção na Directiva Retorno	8
2.4.2- O Afastamento na Directiva Retorno	12
3. Novas Perspectivas para a Imigração Irregular na União Europeia	15
3.1 O Princípio da Solidariedade	15
3.2 A Influência do “Novo Pacto para as Migrações e Asilo” para o Imigrante Irregular	16
4- O Direito Penal do Inimigo e a Crimigração.....	17
4.1 Quem é o inimigo?	18
4.2 A Essência da Teoria do Direito Penal do Inimigo	19
4.2.2 A Essência do Direito Processual do Inimigo	22
4.3 Crimigração	22
5. A Relação entre o Direito Penal do Inimigo e a Imigração Irregular nos Estados-Membros da União Europeia	24
5.1 Legislações Punitivas dos Estados-Membros a Respeito dos Imigrantes Irregulares	25
5.2 A Forma Inadequada de Lidar com a Imigração Irregular	26
6. O Direito Penal do Inimigo e Directiva Retorno.....	29
7. Considerações Finais	31

1-Introdução

A Directiva 2008/115/CE aprovada pelo Parlamento Europeu e Conselho em 16 de dezembro de 2008¹, também conhecida como Directiva Retorno ou Directiva Regresso é o resultado de anos de intensas discussões entre os Estados-Membros que buscam uma regra comum acerca do nacional de país terceiro em situação irregular.

O tratado de Amesterdão em 1999 permitiu que a União Europeia obtivesse competência para tratar de questões relativas à imigração. Após o ano 2000 a UE já havia adotado diversas normas jurídicas no campo da imigração irregular como a criação de um sistema para gestão de fronteiras externas, gerido pela Agência Frontex, criada pelo Regulamento (CE) n° 2007/2004, até a elaboração da Directiva Retorno em 2008².

As negociações para conceção da Directiva decorreram durante 3 (três) anos³, devido as diferenças entre os Estados-Membros acerca do tratamento dos imigrantes irregulares, principalmente quanto aos assuntos relativos ao regresso coercitivo, à detenção e a proibição do imigrante irregular voltar à Europa.

A aprovação da Directiva ocasionou elogios e críticas ao redor do mundo. As críticas, como veremos no decorrer da tese, se voltam para o afastamento, detenção e proibição de entrada, os quais foram entendidos pela crítica como um limitante à livre circulação de pessoas, diferentemente do princípio basilar da União Europeia que é a circulação de pessoas, bens e serviços⁴.

Nessa linha, dentre as críticas recebidas pela Directiva, está a aproximação com a Crimigração, fenômeno ligado ao Direito Penal Simbólico e punitivismo, características da teoria do Direito Penal do Inimigo o qual apresenta um mecanismo rigoroso e preventivo contra indivíduos considerados “inimigos” pelo Estado, a fim de garantir a segurança dos cidadãos.

A teoria do Direito Penal do Inimigo estabelece a separação entre “cidadãos” e “inimigos”, discussão essencial para identificar se a Directiva se aproxima do Direito Penal do Inimigo e trata da mesma forma, o imigrante irregular como um cidadão ou o trata como um inimigo.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>

² ACOSTA, D. (2009) “Reacções latino-americanas à adopção da Directiva de Retorno”, in PADILLA, Beatriz e XAVIER, Maria (org.), Revista Migrações - Número Temático Migrações entre Portugal e América Latina. (n.º 5), Lisboa: ACIDI, p. 55.

³ MATOS, F.L (2010), A Directiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE): Custos e benefícios para uma política comum de imigração. Porto, p.66.

⁴ Idem, pp73

A importância de estudar o assunto é dar luz a indagação sobre se as normas estabelecidas pelos Estados-Membros e a própria Directiva se aproxima da teoria do Direito Penal do Inimigo quanto a detenção e afastamento do imigrante irregular.

Tem-se como objetivo responder a seguinte indagação: Até que ponto a Directiva Retorno considera o nacional de país terceiro em situação irregular como um inimigo da União Europeia?

2- A Directiva Retorno

2.1 A Ilegalidade ou Irregularidade do Imigrante Nacional de País Terceiro

A diferença entre ilegalidade e irregularidade do imigrante nacional de país terceiro é por vezes esquecida ou ignorada, ao pensar que são sinónimos, porém cada uma tem uma conotação diferente para o imigrante e quando é tratado um assunto de grande importância para os Direitos Humanos, todo o cuidado com as palavras é bem-vindo.

Em primeiro lugar, não seria terminologicamente correto dizer que a imigração é ilegal, tendo em vista que rotularia determinado ser humano como ilegal, sendo que a ilegalidade surge quando se infringe uma lei do Estado, ou seja, os atos do imigrante que transgredem as leis dos Estados podem ser ilegais, mas não o próprio indivíduo⁵.

Além disso, a expressão “imigrante ilegal” traz uma conotação de criminalidade, demasiado negativo para o indivíduo⁶, pois, além de ser discriminatório, confunde com aquele que comete crimes relacionados com a imigração, como é o caso do tráfico de pessoas⁷.

⁵ KOSTAS, S. (2017) Irregular vs. Illegal Immigration: Setting the Definitions. An Overview of European Practice. *Slovenský Národopis*, [s. l.], v. 65, n. 4. 420–426

⁶ O Parlamento Europeu, por meio da Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de Janeiro de 2009, acerca dos Direitos Fundamentais da União Europeia no período de 2004-2008, solicitou que tanto os órgãos da União Europeia, como os Estados-Membros, adotassem a expressão “trabalhador/migrante em situação irregular” ou “indocumentado”: Solicita às instituições da União e aos Estados-Membros que deixem de utilizar o termo "imigrantes clandestinos", que tem conotações muito negativas, e utilizem antes os termos de "trabalhador/migrante em situação irregular" ou "indocumentado "; (Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0019_PT.html)

⁷ A definição de imigração irregular dada pela Organização Internacional para as Migrações explica que não há consenso acerca das diferenças entre a imigração ilegal e irregular: “Irregular migration – Movement of persons that takes place outside the laws, regulations, or international agreements governing the entry into or exit from the State of origin, transit or destination. Note: Although a universally accepted definition of irregular migration does not exist, the term is generally used to identify persons moving outside regular migration channels. The fact that they migrate irregularly does not relieve States from the obligation to

Portanto, diante do exposto nos últimos parágrafos, entende-se indevido a utilização do termo "imigrante ilegal" e durante toda a dissertação será empregado o termo "imigrante irregular" para definir o nacional de país terceiro em situação irregular que está fixado no território do Estado de forma a ir contra o ordenamento jurídico local acerca da imigração.

2.2- Contexto Histórico da Directiva Retorno

A Directiva 2008/115/CE começou a ser discutida em 2005, no entanto, desde que a União Europeia tornou-se competente para legislar acerca da imigração, foram aprovados diversos diplomas que abarcavam as políticas de imigração da União Europeia, como por exemplo, a Directiva 2001/40 de iniciativa da França, que trazia aspectos relativos ao regresso coercitivo de imigrantes irregulares; a Directiva 2003/110 que mencionava o apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea; a Decisão do Conselho 2004/573 relacionada a organização de voos coletivos para deportação de cidadãos de países terceiros sujeitos a ordens de expulsão de dois ou mais Estados-Membros⁸

Os atentados de 2004 em Madrid; 2005 no Reino Unido; além de distúrbios violentos na França em 2005, aumentaram a insegurança em toda a União Europeia, mesmo que os citados atentados foram em sua maioria cometidos pelos próprios cidadãos europeus, a narrativa da imigração como uma ameaça à segurança da União Europeia⁹ fomentou os argumentos a favor da segurança pública e contra os padrões migratórios, os quais os Estados-Membros já não conseguiam responder de maneira tão eficaz¹⁰.

protect their rights. Moreover, categories of migrants who may not have any other choice but to use irregular migration channels can also include refugees, victims of trafficking, or unaccompanied migrant children. The fact that they use irregular migration pathways does not imply that States are not, in some circumstances, obliged to provide them with some forms of protection under international law, including access to international protection for asylum seekers fleeing persecution, conflicts or generalized violence. In addition, refugees are protected under international law against being penalized for unauthorized entry or stay if they have travelled from a place where they were at risk (Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137, Art. 31(1))” A definição foi retirada do próprio sitio eletrônico da Organização Internacional para as migrações <<https://www.iom.int/key-migration-terms> > Observamos que a literatura e a própria União Europeia preferem se distanciar da terminologia imigração ilegal para aqueles imigrantes que apenas estão indocumentados em seu território e aproximar este termo com o tráfico de pessoas.

⁸ JIMÉNEZ, G. P.; ARESTIZÁBAL, P. U (2009). Cuando el retorno no es voluntario: la Directiva sobre Retorno de la Unión Europea. *Tiempo de Paz*, [s. l.], n. 93, 8–13,

⁹ MATOS, F.L (2010), A Directiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE): Custos e benefícios para uma política comum de imigração. Porto, p.68.

¹⁰ Idem, p.70.

Destaca-se ainda que nesse mesmo período, o primeiro ministro da Itália, Silvio Berlusconi se opôs a ideia da multietnicidade, o governante da Dinamarca, Fogh Rasmussen chegou ao poder com a promessa de conter a imigração e o governo dos Países Baixos mostraram tendência anti-imigração, ademais, as eleições de 2009 para o Parlamento Europeu demonstraram uma força ainda maior em fechar as fronteiras para os nacionais de países terceiros em situação irregular¹¹.

No ano da aprovação da Directiva Retorno, estimava que havia no mundo, em torno de 20 a 30 milhões de imigrantes irregulares, representando a proporção de 10 a 15% de todos os imigrantes do mundo¹², outrossim, cada vez mais os fluxos migratórios tinham como principais alvos¹³ a Europa ou os Estados Unidos, aumentando o interesse dessas potências em garantir a segurança¹⁴.

No ano de 2020, a Organização Internacional para Migrações (OIM) estimou que havia mais de 281 milhões de migrantes internacionais¹⁵. Contudo, boa parte desses imigrantes se deslocam por necessidade, não por escolha, tornando o controle desses fluxos migratórios de difícil controle, sendo que a imigração irregular zerada na Europa não é um objetivo atingível¹⁶.

2.3- Aprovação da Directiva

A proposta para a Directiva foi apresentada pela Comissão em setembro de 2005 e visava harmonizar os diferentes ordenamentos jurídicos acerca da imigração irregular. A

¹¹ ILIES, M. (2009) Irregular Immigration Policy in the European Community: Action at all Stages of the Irregular Migration Flow (WP)l. *Europe Working Paper*, 2.

¹² MATOS, F.L, (2010) op. cit., p.70

¹³ *Fernando Miró Llinares* (2008) entende que motiva a concentração dos polos imigratórios nos países desenvolvidos é justamente a distância cada vez maior entre a economia desses Estados e os Estados mais pobres e em desenvolvimento “*Estamos, pues, ante una aldea global en la que, sin embargo, los beneficios económicos se concentran únicamente en los polos de EEUU, UE y Japón*” sendo decisivo para o que ele chama de “*globalización de la inmigración*” e “*contrapeso de la globalización formal*”, tendo em vista que potencializa a relação de pobreza e falta de satisfação em um país e a demanda de trabalhadores em outro.

¹⁴ Em nome da segurança, luta contra delinquência e da prioridade nacional, há a justificação a exclusão dos Direitos Fundamentais das pessoas, tornando a política dos imigrantes irregulares uma política desumana e imoral (LARA, R. (2008) ¿Regulación de flujos? 20 años de muerte en las fronteras. In. *Asociacion Pro Derechos Humanos De Andalucia*. Derechos humanos en la frontera sur, 1020) texto esse produzido em 2008 e que denuncia com dados estatísticos a política migratória espanhola e europeia e exigia mudanças imediatas a fim de respeitar a dignidade da pessoa humana.

¹⁵ <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>

¹⁶ ILIES, M, 2009, op. cit, p.24. A jurista salienta ainda que a migração irregular pode ser diminuída com combinação de controles fronteiriços e criação de canais de migração legal, em contrassenso ao que é hoje instituído, o qual os fluxos migratórios irregulares são combatidos na prevenção, controle e dissuasão, prezando o lado da segurança e ignorando o lado econômico que o imigrante traz.

proposta foi modificada ao longo dos anos, por exemplo, durante a Presidência Finlandesa de 2005/2006, restringiu-se mais os direitos dos nacionais de Estados terceiros em situação irregular e concedeu uma liberdade maior aos Estados-Membros¹⁷.

A proposta da Presidência Alemã reduziu as garantias legais dos imigrantes irregulares de Estados terceiros, além de permitir maior liberdade aos Estados-Membros, em relação a definição de regras sobre a proibição de entrada. No entanto, afastou-se da harmonização dos ordenamentos jurídicos, o que ficou a encargo da Presidência Portuguesa no ano seguinte.

Sem embargos, a Presidência Portuguesa e o Parlamento Europeu definiram como prioridade avançar a proposta da Directiva. No início de 2008 ainda haviam muitas discordâncias ao texto, principalmente a respeito do tempo mínimo para retorno voluntário, proibição de reentrada e a assistência judiciária gratuita, visto que, apenas 4 Estados-Membros concordaram integralmente com o texto apresentado¹⁸.

Contudo, após negociações o Parlamento Europeu e o Conselho entraram em acordo em junho do mesmo ano e conseguiram aprovar a Directiva com 369 votos a favor, 197 contra e 106 abstenções¹⁹.

2.4- A Necessidade de Uniformizar as Normas para as Fronteiras Externas da União Europeia

Como pode observar-se pela leitura dos pontos anteriores, a uniformização das normas dos Estados-Membros é uma necessidade, por tratar de um bloco de 27 Estados e sofrer um grande fluxo de nacionais de países terceiros procurando novas oportunidades.

A entrada em um dos Estados-Membros, afeta todos os demais, pois um dos pilares da União Europeia é justamente a livre circulação de pessoas dentro do bloco²⁰.

Além disso, a União Europeia compreende Estados com preocupações diversas

¹⁷ ACOSTA, D. (2009). The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive). *European Journal of Migration and Law*, [s. l.], v. 11, n. .1, 28.

¹⁸ São eles: Luxemburgo, Países Baixos, Espanha e Suécia

¹⁹ A Directiva é aplicada a todos os Estados-Membros, exceto Irlanda e Dinamarca

²⁰ Base jurídica: Artigo 3.º, nº 2, do Tratado da União Europeia; Artigo 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); Títulos IV e V do TFUE; Artigo 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/livre-circulacao-de-pessoas>

acerca da migração: Itália²¹ e França, por exemplo, recebem um fluxo de imigrantes irregulares maior que a Finlândia, tornando a uniformização uma necessidade e também um desafio²².

Os atentados sofridos em Madrid e Reino Unido influenciaram a um maior empenhamento no aspecto da segurança da União Europeia²³. Desse modo, foi redigido o Mandato de Detenção Europeu e a criação da própria Estratégia Europeia de Segurança com o objetivo de tornar o continente mais seguro e preparado face as ameaças globais.

Um dos pontos do Tratado de Lisboa aprovado, veio nessa linha, exigindo à União Europeia um papel mais efetivo na prevenção da criminalidade, a fim de trazer aos seus “cidadãos” um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas. Destarte, a uniformização se tornou uma exigência por conta dessa preocupação²⁴.

Não se pode olvidar que, a uniformização da legislação para todos os Estados-Membros não permite normas mais restritivas que a própria Diretiva, por outro lado, evita legislações de Estados-Membros mais abertas e permissivas da imigração irregular²⁵.

A uniformização se mostra essencial em temas como a Detenção, pois discute a restrição de direitos de liberdade do indivíduo, como uma medida que visa a segurança pública.

²¹ A Itália é um caso que mesmo com o advento da Directiva, a situação dos imigrantes só veio a piorar, já que, como bem conceitua DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Â.D. (2017) Expansão do Direito Penal e controle de fluxos migratórios na contemporaneidade. *Revista jurídica Portucalense*, 22: 77: pag 105, com a Lei nº94/2009, o imigrante que violar a ordem de expulsão, poderá ser criminalizado com 1 a 4 anos de prisão, além disso, a Lei nº125/2008 introduziu no Código Penal qualificou a presença irregular do imigrante como pena de delito.

²² Esse desafio é compartilhado por José Luis Díez Ripollés “No se puede negar que ese impulso uniformizador supraestatal es apreciable, pero no conviene exagerar sus efectos. Incluso en regiones en las que confluyen influencias de organismos internacionales y de un proceso de unificación política, como es el caso de la Unión europea, los sistemas nacionales de intervención penal siguen registrando notables diferencias, que comienzan ya en el mismo momento de implementación de los compromisos supraestatales . Por lo demás, resulta difícil atribuir a esas presiones internacionales un mismo sesgo político-criminal en todos los casos, por lo que su capacidad para reconfigurar los modelos nacionales es limitada” (Ripollés, J. L. D. (2011). La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 24).

²³ NOIVO, D & SEABRA, P. (2010) Combate ao Terrorismo na União Europeia: construção de uma abordagem comum. *Revista Segurança e Defesa, Loures*, v. 1. p. 38-40

²⁴ Idem, p.38

²⁵ Adicionando ainda que há maneiras no próprio ordenamento jurídico do Estado-Membro que expulsa o imigrante irregular sem a necessidade de aplicar as leis transpostas pela Directiva, como é o caso da Lei Orgânica nº1 de 2015 que alterou o artigo 270 do Código Penal que inviabiliza a atividade de “mantero”, atividade essa realizada para sustento pelos imigrantes irregulares, já que estes não podem ser contratados, como aduz DE AGUIAR, J. T; WERMUTH, M, Â. D (2017) op.cit pag 106.

2.4.1- A Detenção na Directiva Retorno

A detenção do imigrante é um dos pontos mais controversos presentes na Directiva, prevista nos artigos 15º e seguintes e, também, citada nos considerandos²⁶, a qual evidencia a sua importância e como essas disposições da Directiva Retorno serão interpretadas e aplicadas pelos diferentes dos Estados-Membros.

O artigo 15º enumera duas situações em que pode deter cidadãos de países terceiros: Na hipótese de haver risco de fuga; ou atrapalhar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. Mesmo que, à primeira vista, sejam limitadas as hipóteses de detenção, os Estados-Membros têm gastos elevados²⁷. Em 2013, estima-se que a detenção de nacionais de Estados terceiros tenha atingido a marca de 92.575 pessoas em 23 Estados considerados, porém a identificação e demonstração dessas detenções não é homogênea, na França, por exemplo, calcula-se 38.266 detidos²⁸.

A Comissão Europeia analisou 31 legislações de Estados europeus e constatou haver 87 casos de base legal nacional que preveem alternativa à detenção, mas somente 32% são realmente aplicadas, além disso, a legislação interna dos Estados-Membros parece considerar a detenção como regra e as alternativas a sua aplicação como exceção²⁹, o que vai em direção contrária ao proposto pelo próprio artigo 15º em seu *caput*.

A inclusão da detenção, como uma das medidas impostas contra os cidadãos de Estados terceiros, é vista como muito dura pelos críticos³⁰, tendo em consideração que o imigrante não cometeu propriamente um crime e terá a sua liberdade privada.

Além disso, o artigo 15º número 2 da Directiva aponta que a detenção pode ser ordenada tanto por autoridades administrativas³¹, como pelas judiciais. Contudo quando

²⁶ No Considerando 16, por exemplo, explica a importância da detenção estar ligada com o princípio da proporcionalidade e que deve ser somente aplicada nos casos taxativamente previstos no artigo 15; No Considerando 17 explica que a detenção deverá ser executada em centro de detenção especializados.

²⁷ MATOS, F.L, (2010) op. cit., p.82. A autora é crítica à detenção por ser um instrumento de ameaça e controle de estrangeiros, como a expulsão, criando novos “muros” a fim de “garantir” sua segurança e bem-estar.

²⁸ BASILIEN-GAINCHE, M.-L. (2015). “Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights”, *European Journal for Migration Law and Law*, nº17, pp. 105.

²⁹ Ibid,110. O jurista adiciona que mesmo com a Directiva Retorno, muitos Estados-Membros não asseguram que os imigrantes irregulares que estão sujeitos ao afastamento serão detidos em centros de detenção especializados, nove Estados-Membros não separam em sua legislação nacional os imigrantes irregulares dos presos comuns.

³⁰ MATOS, F.L, (2010) op. cit., p.78

³¹ REIG, I. F. (2015). La Directiva de Retorno y la tutela judicial efectiva. *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Nº. 19. Pag. 122. Critica essa possibilidade de autoridades administrativas determinarem a detenção de estrangeiros e explica como essa questão foi transposta no ordenamento jurídico espanhol, inclusive sendo objeto de ação no Tribunal Constitucional, o qual limitou a 72h o tempo de detenção máximo que a autoridade administrativa pode exigir na Espanha,

há o ordenamento pelas autoridades administrativas, torna necessário a aprovação pela autoridade judicial. As autoridades judiciais não tem prazo definido para aprovar a detenção efetuada pelas autoridades administrativas, o que pode ocasionar maior tempo de detenção do imigrante irregular.

Dessa forma, críticos apontam a fragilidade desse artigo Directiva, tendo em vista, se tratar da diminuição do direito da liberdade do indivíduo por parte do Estado, cuja função deveria recair, exclusivamente, ao Poder Judiciário³².

A Directiva exige, no artigo 15º, nº2, a) e b), o controle jurisdicional acerca da legalidade da detenção ordenada pelas autoridades administrativas e também permite o ajuizamento de ação judicial por parte do indivíduo a fim de exigir um controle jurisdicional de sua detenção, porém não é citado prazo pela Directiva para o controle jurisdicional.

Ainda nesse artigo, determina-se que o tempo de detenção depende de cada Estado-Membro, mas fixa limite de seis meses, prorrogáveis uma vez por no máximo mais 12 meses, após o termo do prazo, o nacional de estado terceiro será solto, mesmo sem ter sido concluído o processo de afastamento, colocando em risco o próprio imigrante, pois, possivelmente, estará sem alojamento após um ano e meio detido³³.

O artigo 16º tem como objetivo clarificar quais devem ser as condições de detenção para os imigrantes, informando inclusive os seus direitos e deveres; regulamentar as visitas ao imigrante; a atenção especial às pessoas vulneráveis; permitir o contato com os representantes legais, familiares e autoridades consulares. Geralmente a detenção deve ocorrer em centros de detenção especializados, no caso do Estado-Membro não possuir esses centros, são postos em estabelecimento prisional, mas separados dos presos comum³⁴. Contudo, o artigo autoriza em casos excepcionais descumprir as exigências contidas nº 1 do artigo 16 acerca da separação do imigrante e do preso comum no estabelecimento prisional.

após esse período, o Poder Judiciário decidiria se estenderia ou não a detenção.

³² Outra crítica que se deve levar em conta é que a duração da detenção pode ser maior, não por culpa do estrangeiro, mas sim por demora de países terceiros, é o que prevê o número 6 do artigo 15: (...) “se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de: a) Falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa; ou b) Atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros.”

³³ BASILIEN-GAINCHE, M.-L.(2015) op. cit, p.115, o jurista critica a decisão da Corte em exigir que os Estados-Membros libertem o nacional de Estado terceiro sem ter concluído com o procedimento de expulsão, pois provavelmente estará sem alojamento e sem condições financeiras, além disso, ele pode ser agressivo.

³⁴ REIG, I. F.(2015) op. cit, p.122, adiciona que esse artigo da Directiva foi em sentido contrário à jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, tendo em vista que o Tribunal havia definido que a detenção deve ocorrer em locais que não tenham carácter penitenciário.

O artigo 17º, por sua vez, define regras acerca da detenção de menores e famílias. Todavia, recebeu críticas por prever detenção de menores não acompanhados e de famílias com menores, mesmo que em situações restritas. Nos demais pontos do artigo, a Directiva destaca a necessidade do menor ter acesso ao ensino e lazer, além de exigir que estejam em alojamentos próprios para pessoas de sua idade.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao julgar algumas decisões acerca da detenção com base na Directiva 2008/115/CE foi vago e pouco claro, permitindo uma maior flexibilidade para interpretações dos Estados-Membros³⁵. Por outro lado, também demonstrou mais rigor aos princípios propostos pela Directiva, pois, a detenção deve ser vista como exceção.

Um exemplo de flexibilidade para interpretações dos Estados-Membros, trata do caso *Mahdi* C-146/14 de 2014³⁶ que permitiu que o Tribunal pudesse se manifestar sobre o significado de “risco de fuga”, contudo, ao invés de limitar o termo, permitiu ao juiz nacional a liberdade de decidir se elementos, como por exemplo, não possuir documento de identidade válido, constituía por si só um risco de fuga e permitia a detenção³⁷.³⁸

Outro exemplo é caso *Sagor Md*, C-430/11³⁹ de dezembro de 2012, o qual demonstrou no parágrafo 41⁴⁰ de seu acórdão que a apreciação sobre o risco de fuga do indivíduo e a abstenção da concessão de prazo de partida voluntária dependia de um exame individual do caso, fortalecendo assim, os poderes dos Estados-Membros, pois concedeu a discricionariedade por parte do tribunal competente do Estado-Membro decidir sobre o risco de fuga com os meios necessários caso a caso.

³⁵ BASILIEN-GAINCHE, M.-L. (2015) op. cit, p.108.

³⁶ TJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14, 5 de junho de 2014

³⁷ Idem, p.112

³⁸ Nas conclusões do referido julgamento o Tribunal declarou: “3) O artigo 15.º, n.ºs 1 e 6, da Directiva 2008/115 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, segundo a qual um período inicial de detenção de seis meses só pode ser prorrogado se o nacional em causa de um país terceiro não dispuser de documentos de identidade. Só o órgão jurisdicional de reenvio pode proceder a uma apreciação caso a caso das circunstâncias factuais do processo em causa para determinar se pode efetivamente ser aplicada uma medida menos coerciva a este nacional de um país terceiro ou se existe risco de fuga deste último.” (*Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14)

³⁹ O parágrafo 27 resume de forma explicativa o objeto do julgamento: “Com a primeira e segunda questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Directiva 2008/115 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que reprime a situação irregular de nacionais de países terceiros com uma pena de multa suscetível de ser substituída por uma pena de expulsão ou por uma obrigação de permanência na habitação.” (TJUE, *Sagor Md* C-430/11, 6 de dezembro de 2013)

⁴⁰ “Contudo, importa realçar, a este respeito, que o n.º 4 deste artigo 7.º permite que os Estados-Membros se abstenham de conceder um prazo de partida voluntária, nomeadamente, quando houver risco de fuga do interessado, para se subtrair ao procedimento de regresso. Qualquer apreciação a este respeito deve basear-se num exame individual do caso do interessado”. (*Sagor Md* C-430/11, parágrafo 41)

Contudo, no caso *Kadzoev C-357/09*⁴¹, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a detenção deveria ser em casos mais excepcionais do que o posto em voga, uma vez que a detenção ocorreu pois o indivíduo não possuía documentos válidos, tinha comportamento agressivo e não possuía meios de subsistência própria nem tão pouco alojamento, ou seja, o Tribunal determinou que não deveria haver detenção por razões de ordem pública e de segurança pública, somente os fundamentos elencados no artigo 15º da Directiva deveriam ser considerados, o que não se configurava no caso em questão⁴².

Da mesma forma, nos casos *Adala Bero C-473/13* e *Ettayebi Bouzalmate C-514/13* questionava-se sobre a obrigação de um Estado-Membro de deter o indivíduo em um centro de detenção especializado, mesmo se este centro se encontrasse em outra parte da estrutura federal (no caso alemão, outro estado federal) e não naquela onde se encontrava o imigrante irregular, ou seja, o reenvio prejudicial se referia à interpretação da primeira parte do número 1 do artigo 16º da Directiva. O Tribunal entendeu que deve ser interpretado que o Estado-Membro é obrigado a providenciar um centro de detenção especializado, mesmo que o Estado esteja estruturado de forma federal e não exista o referido centro no estado federal em questão⁴³.

Outro julgamento importante nesse sentido foi o do caso *Thi Ly Pham C-474/13* de

⁴¹ O referido acórdão apresenta a situação de Said Shamilovich Kadzoev, imigrante irregular de origem russa, porém apresentou identificação falsa perante as autoridades policiais búlgaras, ao ponto de não saberem se advém da Chechênia, conforme alguns documentos, perante esse fato foi posto em detenção sem prazo final (posto que a sua detenção aconteceu antes da Directiva Retorno, a lei búlgara permitia esse tipo de tratamento), porém com a Directiva Retorno, há prazo máximo de detenção, dentre outras regras que deve beneficiar Kadzoev. (TJUE, *Kadzoev*, C-357/09, 30 de Novembro de 2009)

⁴² Parágrafo 70 “A possibilidade de colocar uma pessoa em detenção por razões de ordem pública e de segurança pública não pode encontrar fundamento na Directiva 2008/115. Consequentemente, nenhuma das circunstâncias evocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio pode, por si só, constituir um motivo de detenção ao abrigo das disposições desta directiva.” Parágrafo 71 “Assim, há que responder à quarta questão que o artigo 15.º, n.ºs 4 e 6, da Directiva 2008/115 deve ser interpretado no sentido de que não permite, quando o período máximo de detenção previsto nesta directiva se tenha esgotado, não libertar imediatamente o interessado com o fundamento de que não possui documentos válidos, tem um comportamento agressivo e não dispõe de meios de subsistência próprios nem de alojamento ou de meios fornecidos pelo Estado-Membro para esse fim.” (*Kadzoev C-357/09*)

⁴³ Parágrafo 31 “No entanto, esta interpretação do artigo 16.º, n.º 1, da Directiva 2008/115 não implica que um Estado-Membro que, como a República Federal da Alemanha, tem uma estrutura federal seja obrigado a criar centros de detenção especializados em cada Estado federado. Todavia, deve ser garantido, nomeadamente no termo de acordos de cooperação administrativa, que as autoridades competentes de um Estado federado que não disponha de tais centros possam colocar em centros de detenção especializados situados noutros Estados federados os nacionais de países terceiros que aguardam afastamento.” Parágrafo 32 “Nestas condições, há que responder às questões prejudiciais submetidas que o artigo 16.º, n.º 1, da Directiva 2008/115 deve ser interpretado no sentido de que, regra geral, um Estado-Membro está obrigado a colocar os nacionais de países terceiros em situação irregular em detenção para efeitos de afastamento num centro de detenção especializado desse Estado, mesmo que o referido Estado-Membro tenha uma estrutura federal e no Estado federado competente para decidir e executar essa colocação nos termos do direito nacional não exista um centro de detenção dessa natureza.” (*Adala Bero C-473/13* e *Ettayebi Bouzalmate C-514/13*)

julho de 2014⁴⁴, o qual apresentava o questionamento acerca da hipótese do imigrante irregular se poderia ser detido em estabelecimento prisional com presos comuns, quando este consentisse. Nesse caso em específico, a detida preferia ficar com os presos comuns por serem compatriotas e com a mesma idade. A questão embarca o artigo 16º número 1 da Directiva. Em suas conclusões o Tribunal de Justiça entendeu que a separação entre presos comuns e nacionais de países terceiros em situação irregular é obrigatório e se configura um requisito material⁴⁵. Como bem aponta Marie-Laure Basilien-Gainche⁴⁶, a decisão alinha as normas da União Europeia com os padrões de Direitos Humanos⁴⁷, no sentido de garantir o tratamento e as condições diferentes entre o preso comum e os detidos por afastamento.

Portanto, a detenção é uma medida dura e prejudicial para o imigrante irregular, tendo em vista se tratar de um cerceamento de sua liberdade. Além do mais, a detenção deveria ser tratada mais restritivamente pelos Estados-Membros, porém mesmo com os esforços da Comissão e do Tribunal, a mesma é tratada como regra pelos Estados-Membros.

2.4.2- O Afastamento na Directiva Retorno

A expulsão ou simplesmente “regresso voluntário ou afastamento” (termos utilizados na Directiva) tem a sua definição prevista no artigo 3º da Directiva⁴⁸. O

⁴⁴ TJUE, *Thi Ly Pham*, C474/13, 17 de julho de 2014

⁴⁵ Parágrafo 21 “A este respeito, a obrigação de separar os nacionais de países terceiros em situação irregular dos presos comuns, prevista no artigo 16.º, n.º 1, segunda frase, desta diretiva, é mais do que uma simples modalidade de execução específica da colocação dos nacionais de países terceiros em situação de detenção em estabelecimentos prisionais e constitui um requisito material dessa colocação, sem o qual, em princípio, esta não é conforme com a referida diretiva.” Parágrafo 23, “Por conseguinte, resulta das considerações precedentes que há que responder à questão prejudicial submetida que o artigo 16.º, n.º 1, segunda frase, da Diretiva 2008/115 deve ser interpretado no sentido de que não permite que um Estado-Membro coloque um nacional de país terceiro em detenção para efeitos de afastamento num estabelecimento prisional juntamente com presos comuns, mesmo que esse nacional dê o seu consentimento a essa colocação.” (Caso *Thi Ly Pham* C-474/13)

⁴⁶ BASILIEN-GAINCHE, M.-L. (2015) op. cit, p.117

⁴⁷ Como bem aponta a autora, o Advogado Geral foi feliz em definir como deveria ser a separação no parágrafo 100 de suas conclusões: “Em nosso entender, isso implica uma separação estrita entre os migrantes e os presos comuns através da criação de uma unidade distinta, totalmente isolada do resto do estabelecimento penitenciário, que não ofereça possibilidade alguma de comunicação com as pessoas condenadas ou detidas antes de serem julgadas. No artigo 15.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da sua proposta de diretiva de 1 de setembro de 2005, a Comissão exigia, por outro lado, que os Estados-Membros garantissem «a separação física permanente entre os nacionais de países terceiros [...] e os presos comuns»” Contudo, esse entendimento não foi reintroduzido nas disposições do acórdão do Tribunal de Justiça.

⁴⁸ “«Regresso», o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo: — ao país de origem, ou — a um país de trânsito,

regresso é o ponto central da Directiva e sua forma coercitiva representa a medida mais dura para o cidadão de Estado terceiro, podendo ocasionar a detenção, a fim de garantir o efetivo regresso do imigrante, mas também pode influir em uma consequência para o futuro, que é o caso da proibição de entrada⁴⁹.

A regularização desse regresso dos cidadãos de Estados terceiros é o aspecto que materializa de forma mais forte o exercício da soberania na área migratória. Essa soberania é quem estabelece se o imigrante é irregular e deportável⁵⁰.

A decisão sobre o regresso foi definida no artigo 6º e obriga os Estados-Membros a emitir uma decisão de regresso a qualquer estrangeiro que estiver em situação irregular em seu território.

Após a decisão de regresso, de maneira geral, há a opção do regresso voluntário⁵¹ ao imigrante irregular, o qual está previsto no artigo 7º que obriga o Estado-membro permitir ao nacional de Estado terceiro, por conta própria, regresse ao seu país. O prazo para esse regresso deve ser entre sete e trinta dias, porém podem partir antes caso desejem. Ainda de acordo com esse artigo o Estado-Membro pode estender o prazo de partida voluntária, de acordo com as especificidades do caso, por conta de laços sociais, filhos em escolas, entre outros.

O mesmo artigo em seu nº4 permite aos Estados-Membros conceder prazo menor ou não conceder qualquer prazo para a partida voluntária, na hipótese de se haver risco de fuga; ou se a pessoa constituir um risco para a ordem, segurança pública ou segurança nacional; ou ainda se o pedido de permanência regular ter sido indeferido por fraude ou infundado.

O afastamento é previsto após o fim do prazo para o regresso voluntário. A Directiva tomou cuidado, em seu artigo 8º nº4 e prevê que a medida coercitiva é o último recurso a se fazer para o regresso de um imigrante irregular, devendo ser utilizado o uso razoável da força e devendo ser respeitada a legislação local, além de estar de acordo com

ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais ou de outras convenções, ou — a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite;” (artigo 3º nº3 da Directiva 2008/115/CE)

⁴⁹ “«Proibição de entrada», uma decisão ou acto administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos Estados-Membros durante um período determinado e que acompanha uma decisão de regresso;” (artigo 3º nº6 da Directiva).

⁵⁰ QUEIROZ, B. M. (2018). *Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in EU Migration Law* / *Benedita Menezes Queiroz*. Hart. Pag 15.

⁵¹ Na visão de MATOS, F.L. (2010) op. cit., p.79, o regresso voluntário não é realista, tendo em vista que: “os imigrantes deverão ponderar entre os custos de permanecer numa situação irregular (mesmo correndo o risco de serem detidos) e as possíveis incertezas de não terem como sobreviver nos seus países de origem.”.

os Direitos Fundamentais.

O artigo 9º trata de exceções que podem ensejar adiamento do afastamento, por exemplo, quando representa uma violação do princípio da não-repulsão. No entanto, a decisão caberá ao Estado-Membro, levando em conta as circunstâncias específicas do caso concreto.

Já o artigo 10º apresenta a possibilidade de regresso de menores não acompanhados, apesar de garantir assistência a esses menores e o interesse de resguardar todos os cuidados que deve haver por ser um menor de idade, não é fácil para o menor uma expulsão sem o acompanhamento de um adulto durante o afastamento.

Além disso, cabe salientar que o nº 2 desse artigo prevê a entrega do menor não acompanhado ao Estado de regresso, permitindo que um Estado-Membro expulse o menor não acompanhado à países que não é seu país de origem, mas sim ao seu país de regresso que pode, inclusive não estar respeitando os Direitos Humanos⁵².

A proibição de entrada⁵³, já citada anteriormente, é a consequência direta da expulsão e está prevista no artigo 11º, o qual estabelece critérios e limites para que os Estados proibam a entrada. O limite imposto máximo para não entrada é de cinco anos. No nº1 desse artigo exige que nas situações listadas, exista sempre a proibição de entrada. Contudo nos parágrafos seguintes, há uma liberdade maior, permitindo, que não haja restrição para os casos de razões humanitárias, vítimas do tráfico de seres humanos, entre outros.

O regresso coercitivo é uma medida dura a ser aplicada ao imigrante irregular, pois pode trazer consequências psicológicas, por ter sido expulso, causar humilhação, sem citar que o país de destino pode não querer receber bem o seu cidadão, como observado no caso *Kadzoev* C-357/09, já citado, em que o indivíduo apresentava medo em voltar. Ainda assim, o afastamento terá seguimento para os imigrantes irregulares que não fazem parte dos grupos assegurados pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Importante destacar que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi definido em 1951 e em seu art. 33 proíbe a expulsão ou rechaço dos refugiados em que a vida ou a liberdade estejam ameaçados em virtude de raça, religião, nacionalidade e opiniões políticas.

Conclui-se que os Estados-Membros podem buscar meios, no entanto, o regresso

⁵² ESCAMILLA, M. M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *InDret*, 3, pag 37.

⁵³ JIMÉNEZ, G. P.; ARESTIZÁBAL, P. U (2009). op.cit. p.11, a proibição de entrada consistiria em uma dupla punição, assim como a detenção, ao imigrante irregular, visto que este já está sendo expulso.

coercitivo é o último recurso e uma exceção, não devendo ser automático após a ordem de retorno voluntário, cabendo a discricionariedade do Estado-Membro

3. Novas Perspectivas para a Imigração Irregular na União Europeia

As novas perspectivas envolvendo a imigração irregular é regulamentada pelo Novo Pacto das Migrações e Asilo, o qual se baseia no princípio da solidariedade conforme será exposto a seguir.

3.1 O Princípio da Solidariedade

A Solidariedade é a base da política de imigração da União Europeia, conforme exposto no artigo 79º e 80º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

O termo solidariedade tem origem latina, muito próximo da solidariedade obrigacional no Direito, que consiste em que cada devedor está ligado ao cumprimento da obrigação por inteiro, tendo em vista que na origem latina *solidarium*, vem de *solidum*, *soldum* que significa, a inteiro⁵⁴.

Nessa mesma linha, solidariedade é geralmente atribuída a um sentimento de pertencimento a um grupo ou formação social, partilhando uma corresponsabilidade que conecta cada um dos indivíduos com os demais membros de uma comunidade, o termo solidariedade é comparado com fraternidade.

A palavra fraternidade permite a aproximação com os termos da Revolução Francesa e explica o porquê a efectivação prática dos direitos sociais e a consagração constitucional são designados também como direitos de solidariedade⁵⁵.

O artigo 80º⁵⁶ do Tratado de Funcionamento da União Europeia se refere, particularmente, ao princípio da solidariedade como base da política de imigração e que deve ser obedecida durante a aplicação dos artigos 77º, 78º e 79º do referido diploma.

Ademais, no quesito Solidariedade como base da política de imigração da União Europeia, podemos notar a evolução institucional e política pelo parlamento europeu,

⁵⁴ NABAIS, J. C. (1999). "Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 75, pp. 147

⁵⁵ Idem, p.147-148

⁵⁶ "As políticas da União referidas no presente capítulo e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro. Sempre que necessário, os atos da União adotados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio." (Artigo 80 do Tratado de Funcionamento da União Europeia),

trazidos pelo Tratado de Lisboa que possibilitou a criação, por exemplo, da “Abordagem Global para a Migração e a Mobilidade”⁵⁷, as “Orientações estratégicas de junho de 2014”, a “Agenda Europeia da Migração” de 2015 e por fim em 2020 foi idealização do o “Novo Pacto para as Migrações e Asilo”.

3.2 A Influência do “Novo Pacto para as Migrações e Asilo” para o Imigrante Irregular

O “Novo Pacto para as migrações e asilo” foi apresentado em setembro de 2020 pela Comissão Europeia e visa a integração do asilo com as migrações, fortalece o mecanismo de solidariedade ao prever a distribuição de imigrantes irregulares que adentram aos Estados da fronteira externa transferindo-os para os Estados internos que recebem menos imigrantes, permitindo uma organização mais adequada entre os Estados-Membros. Além disso, propõe um engajamento maior nas questões relativas à gestão das fronteiras externas e estabelece asilo⁵⁸, bem como, programas de patrocínio comunitário e conclusão das negociações sobre a Directiva Cartão Azul⁵⁹.

A distribuição dos imigrantes irregulares advindo, pelo Novo Pacto, pode trazer benefícios para esses imigrantes irregulares, uma vez que o mesmo pode ser integrado em um Estado-Membro com mais infraestrutura para o acolher.

Contudo, o Novo Pacto não consegue oferecer as garantias suficientes de uma distribuição mais igualitária de imigrantes irregulares entre Estados-Membros por onde adentram a maioria dos imigrantes irregulares, como por exemplo, Grécia, Itália, Malta, Espanha e Chipre.

Há de se notar a divergência presente no tema do asilo e migrações, tendo em vista, que os Estados-Membros têm legislações diferentes sobre o tema. A União Europeia tem

⁵⁷ “A «Abordagem Global para a Migração e a Mobilidade» (AGMM), adotada pela Comissão em 2011, estabelece um quadro geral para as relações da UE com países terceiros em matéria de migração. Esta abordagem baseia-se em quatro pilares: a imigração regular e a mobilidade, a imigração irregular e o tráfico de seres humanos, a proteção internacional e a política de asilo, bem como a maximização do impacto da migração e da mobilidade sobre o desenvolvimento. Os direitos humanos dos migrantes constituem uma questão transversal nesta abordagem.” Conforme declarado pelo Parlamento Europeu, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao>

⁵⁸ O Novo Pacto permitiu também a adoção do regulamento que cria a Agência da União Europeia para o Asilo, permitindo maior independência e agilidade para situações que envolvem o Asilo. Disponível em < <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2021/12/09/migration-and-asylum-pact-council-adopts-eu-asylum-agency-regulation/>>

⁵⁹ Conforme Ficha temática sobre a União Europeia, disponibilizada pelo Parlamento Europeu em < <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/152/politica-de-imigracao>>

a competência para gerir a matéria de imigração e asilo, porém, os Estados-Membros têm soberania e não aceitam grandes limitações sem sua aprovação, causando assim uma desigualdade entre os Estados-Membros⁶⁰.

Os Estados que recebem o maior fluxo de imigrantes irregulares têm maior interesse nos mecanismos de solidariedade ou outros mecanismos de ajuda interna, a fim de transferir o imigrante, porém, os demais Estados não reconhecem como um dever, colaborar. Por causa da dificuldade dos Estados-Membros chegarem a um consenso, os mesmo estão dispostos a aceitar soluções incertas para o problema, a fim de conseguir unanimidade para essas matérias mais sensíveis.

Em linhas gerais, Argelis⁶¹ aponta para o fato dos mecanismos de solidariedade do Novo Pacto apresentarem uma certa flexibilidade ao permitir que os Estados-Membros “escolham” participar da recolocação ou colaborar com o retorno do imigrante, aplicando as mesmas normas para os “barcos humanitários”.

É possível perceber que as políticas de imigração da União Europeia, como o Novo Pacto para as migrações e asilo que busca aplicar o mecanismo da solidariedade e a Directiva Retorno que dispõe acerca do afastamento, apresentam diretrizes para que os Estados-Membros lidem de forma unificada em relação a situação dos imigrantes irregulares, a fim de garantir segurança pública.

4 - O Direito Penal do Inimigo e a Crimigração

Para apreciação da conduta que os Estados-Membros dispensam ao nacional de país terceiro em situação irregular se faz necessário aprofundamento das linhas que norteiam essa conduta, além do Novo Pacto para Migração e Asilo e a Directiva Retorno discutidos anteriormente, bem como o quesito sobre punição, uma vez, que incide, sobre o imigrante irregular, penalidades de diversos mecanismos e pode causar maior desigualdade em relação aos direitos e garantias que o imigrante irregular e cidadão europeu possuem.

Assim, nesse capítulo será abordado o Direito Penal do Inimigo devido a possibilidade do nacional de país terceiro em situação irregular ser tratado como o inimigo pela União Europeia.

⁶⁰ ANGELIS, G. (2020) O Novo Pacto para as Migrações e Asilo – uma avaliação crítica (II) 15/dez/2020. <https://fes-portugal.org/o-novo-pacto-para-as-migracoes-e-asilo-uma-avaliacao-critica-ii/>. Consultado em 24 de fevereiro de 2023

⁶¹ Idem

Ademais, necessário explorar sobre a Crimigração, uma vez que a presente Directiva pode estar interligada a esse ao fenômeno por meio do aspecto punitivismo do Direito Penal Simbólico.

4.1 Quem é o inimigo?

O conceito de inimigo na teoria política tem como origem, os tempos romanos e posteriormente recuperada por Carl Schmitt, tornando-se essencial a separação entre “*Inimicus*” e “*hostis*”. Enquanto o primeiro é o inimigo privado, pessoal, o segundo é o inimigo político, aquele que sempre podemos entrar em guerra⁶², ou seja, que deve ser combatido. Schmitt entende que o inimigo é o *hostis*⁶³ ou o inimigo absoluto.

Para os romanos, o estrangeiro era o *hostis alienigena*, uma pessoa que incomodava o poder, não tinha muitos direitos e era considerado um estranho, alguém fora da comunidade⁶⁴. O estrangeiro era visto como incompreensível, aquele que falava uma língua que era ininteligível, devendo ser sempre vigiado, pois pensava-se que quando tivesse oportunidade de subtrair, o faria⁶⁵.

Na teoria de Jakobs, o inimigo estaria mais próximo do conceito de *inimicus* e não do inimigo absoluto proposto por Schmitt⁶⁶. Segundo ele, o Estado não promove a hostilidade absoluta, pois há um limite para as leis de combate contra o inimigo, não havendo relação com a desumanização do outro, apenas a perda parcial dos direitos, permanecendo uma pessoa em potência⁶⁷.

Além disso, o catedrático de Bonn entende que o inimigo são pessoas, as quais não há expectativa de um comportamento adequado conforme o ordenamento jurídico, mediante a sua conduta, danifica a vigência da norma, coloca em risco o ordenamento jurídico como um todo⁶⁸.

⁶² SCHMITT, C. (1991). *El concepto de lo político, versión de Rafael Agapito*. Madrid: Alianza. Pag 59

⁶³ Para o autor, o inimigo são pessoas que se contrapõe em conjunto, não sendo possível se falar na teoria política em inimigo pessoal (DOS ANJOS, M. T & MACHADO, É. B. L. do A. (2017) Da teoria dos sistemas ao direito penal do inimigo: uma análise crítica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 1. Pag 12 e 13)

⁶⁴ ZAFFARONI, E. R. (2007) *O inimigo no direito penal*. Revan. Pag 22. O Autor cita que o *hostis* estrangeiro era explorado desde a Antiguidade até o imigrante dos dias de hoje.

⁶⁵ Idem, p.23

⁶⁶ MORAIS, P. J. (2020). Op. cit., p. 234

⁶⁷ Idem, p 235-239

⁶⁸ JAKOBS, G & MELIÁ, M.C. (2020) *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5º ed. Pag 31

Conclui-se não há uma única definição de Inimigo, mas o Direito Penal do Inimigo se beneficia dessa falta de unificação para sua expansão, como apresentaremos a seguir.

4.2 A Essência da Teoria do Direito Penal do Inimigo

Proposto inicialmente por Günther Jakobs nas Jornadas dos Penalistas Alemães de 1985⁶⁹ e alvo de críticas por dividir o Direito Penal em dois: Direito Penal do Cidadão (Bürgerstrafrecht) e Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht), a teoria do Direito Penal do Inimigo ganhou força após os atentados terroristas de 11 de setembro e foi demasiada debatida, principalmente na Espanha, América Latina e Alemanha, tendo em vista o aumento do medo e da insegurança proporcionado pelos atentados realizados por terroristas estrangeiros ou domésticos.

Jakobs estabeleceu uma divisão do Direito Penal: Direito Penal do Cidadão, o qual é o Direito de todos; e o Direito Penal do Inimigo, que visava a eliminação de um perigo. Além disso, apareceram de forma misturada e não de forma pura nos ordenamentos jurídicos⁷⁰. Nesse momento, ele não havia vislumbrado o imigrante irregular como um possível inimigo.

O Direito Penal do Inimigo excluiu o inimigo do Ordenamento jurídico dos cidadãos e há legitimidade para essa exclusão, pois o cidadão tem direito à segurança.

Assim como existe um Direito Penal do Inimigo, há também um Direito Processual do Inimigo que retira de forma parcial certas garantias processuais⁷¹.

Ainda segundo o penalista alemão, o Estado pode tratar de duas formas quem delinque: a primeira, considera que a pessoa tenha cometido um erro⁷², ou seja, um crime cometido por um cidadão não necessariamente o torna um inimigo a ser combatido, pois o ordenamento jurídico abarca também o criminoso, permitindo que o mesmo se ajuste novamente com a sociedade. A segunda forma, conceitua que indivíduos devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico⁷³, nesse caso, podemos aferir que o mesmo tratamento da primeira forma pode não ser dispensando ao imigrante irregular, pois em alguns países da união europeia, o mesmo é criminalizado apenas por estar no território

⁶⁹ MORAIS, P. J. (2020). *Em torno do direito penal do inimigo: uma análise crítica a partir de Günther Jakobs / Pedro Jacob Morais*. Gestlegal. Pag 15

⁷⁰ JAKOBS, G & MELIÁ, M.C. (2020) Op.cit , p.47

⁷¹ JAKOBS, G & MELIÁ, M.C. (2020), op.cit., p.47

⁷² Idem, p.40

⁷³ Idem, p.40

do Estado-Membro e, por isso, pode ser tratado como um inimigo⁷⁴.

Dessa forma, o cidadão delinquente possui mais direitos que o inimigo (imigrante irregular), porém, se o cidadão continuar a delinquência, pode colocar em perigo o próprio ordenamento jurídico, permitindo que o Estado o considere um inimigo e recaia sobre ele a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Essa linha de raciocínio foi distinta de Rosseau e Fichte⁷⁵, visto que estes autores clássicos entendiam que ao quebrar o contrato social, o cidadão perderia todos os seus direitos, causando uma morte civil, não importando a frequência dos crimes. Assim, o cidadão delinquente estaria abarcado pela inimizade e estaria fora do contrato social.

Jakobs entende que o próprio inimigo decide abandonar as pautas fixas das expectativas normativas, optando por uma atitude de desrespeito em relação à norma jurídica, tratando-se de uma autoexclusão do sistema⁷⁶.

O Direito Penal do Inimigo, é um fenômeno que, advém, principalmente de dois fenômenos expansivos da evolução político-criminal atual, conforme observado por Cancio Meliá⁷⁷, são eles: o Direito Penal Simbólico e o ressurgir do punitivismo.

Na visão de Cancio Meliá, o Direito Penal Simbólico diz respeito aos fenômenos da neocriminalização que cumprem efeitos simbólicos, ou seja, inflige um dano concreto através da determinação de uma pena para obter efeitos com um foco mais simbólico⁷⁸. O Direito Penal já tem, em uma de suas atribuições, efeito simbólico, a fim da pessoa não cometer novos crimes.

Assim, Direito Penal Simbólico e o punitivismo são dois fenômenos que se completam, enquanto o primeiro persegue um tipo específico de autor, definido como o “outro”, o segundo aumenta a escala das penas que devem ser postas a esse já identificado. É nessa união de Direito Penal Simbólico e punitivismo⁷⁹ que nasce o Direito Penal do Inimigo⁸⁰.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza em: antecipação da tutela punitiva; ausência de redução proporcional da pena; transformação das leis penais em

⁷⁴ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). A Insustentável Resposta Da Crimigração Face À Irregularidade Dos Migrantes: Uma Perspectiva Da União Europeia. *REMHU: Revista Interdisciplinar Da Mobilidade Humana*, 23(45), Pag 132

⁷⁵ Idem, p.25

⁷⁶ MORAIS, P. J. (2020). Op. cit, p. 315

⁷⁷ JAKOBS, G; MELIÁ, M. C (2020), op.cit., p.77

⁷⁸ Idem, p.78

⁷⁹ Esse punitivismo, representa, juntamente com o Direito Penal do Inimigo a antítese do Direito Penal garantista, idealizado pela Revolução Francesa (Guerrero, R. A (2013) Op.cit, p.193)

⁸⁰ Idem, p.88

uma legislação de combate; e redução das garantias processuais⁸¹.

A prevenção no Direito Penal do Inimigo é um instrumento de perseguição contra a criminalidade, se distanciando de seu significado terapêutico e social⁸².

A existência de dois direitos penais foi alvo de críticas e reflexões por parte de grande parte dos juristas, como por exemplo, os ensinamentos de Manuel Cancio Meliá, o qual é contra a existência no ordenamento jurídico do Direito Penal do Inimigo, devendo o conceito servir como instrumento para identificar o não Direito Penal nas legislações⁸³.

Meliá sustenta ainda que o Direito Penal do Inimigo é politicamente errôneo e não contribui efetivamente com a prevenção policial-fática de delitos, ainda não há prevenção geral positiva, apenas demoniza determinados grupos infratores, se tornando por consequência um Direito Penal do Autor⁸⁴.

O Direito Penal do Autor é visto inclusive como característica do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que o indivíduo seria punido, não por conta de sua conduta, mas sim pelo que ele é, diferentemente do Direito Penal do Fato, o qual a conduta praticada que define a proporcionalidade da pena⁸⁵. Cabe lembrar que o Direito Penal do Autor, ou “*Täterstrafrecht*”, foi usada fortemente no nazifascismo alemão⁸⁶.

Por isso, inferimos que o Direito Penal do Inimigo é um elemento segregador e incompatível com o Estado Democrático de Direito, incompatível, também, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial o seu artigo 6^o⁸⁷ que garante o reconhecimento jurídica dos indivíduos, ou seja, que a pessoa esteja dentro do Direito. A inclusão dessa teoria no ordenamento jurídico representaria o abandono do Estado de Direito⁸⁸.

⁸¹ MORAIS, P.J (2020) Op. cit, p. 342

⁸² Guerrero, Ramiro Anzit. "A Base Ideológica Do Direito Penal Do Inimigo (Günter Jakobs): Sociedade De Risco E Seus Efeitos No Estado Democrático De Direito." *REVISTA ESMAT* 5.5 (2013): p.204

⁸³ JAKOBS, G & MELIÁ, M.C. (2020), op.cit., p.89

⁸⁴ Idem, p.101

⁸⁵ DA SILVA, J. C & DA SILVA, F. H. H. (2017) O direito penal do inimigo no estado de direito. Ano 3, nº 4, 857

⁸⁶ CAETANO, M. A. (2010) "O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista." *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 14.19: p. 220.

⁸⁷ Esse artigo dispõe: “Artigo 6º Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.” Pode ser encontrado no sitio eletrônico: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

⁸⁸ ZAFFARONI, E. R (2007). Op. cit, p. 159. Além disso, o autor explica na página 172 da mesma obra: “Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função - isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como *inimigos* -, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, consequentemente, para o Estado de polícia.”

4.2.2 A Essência do Direito Processual do Inimigo

Particular relevância diz respeito ao Direito Processual do Inimigo, que nada mais é que a fase processual do direito penal do inimigo, ou seja, no âmbito processual o inimigo tem suas garantias processuais diminuídas, como por exemplo: a prisão preventiva com fundamentos na periculosidade do agente; incomunicabilidade do preso, admissão de provas ilícitas, restrições ao direito de defesa, entre outros⁸⁹.

Outrossim, não se deve confundir qualquer mudança procedimental com o Direito Processual do Inimigo, as relativizações das garantias precisariam ter como objetivo a neutralização do inimigo, colocando-o em situação de desvantagem perante o Estado⁹⁰.

Portanto, no Direito Processual do Inimigo, o inimigo é perseguido da mesma forma que no Direito material, com a finalidade de eliminar o perigo ao ordenamento jurídico, mas com o preço de diminuição de garantias processuais a esses indivíduos.

4.3 Crimigração

Os juristas Maria João Guia e João Pedroso⁹¹ apontam que a origem da Crimigração vem da década de 80 nos Estados Unidos (mas o termo só foi cunhado em 2006 por Juliet Stumpf⁹² ao descrever o processo de criminalização nos Estados Unidos) mas com implementação recente na Europa. Os autores indicam também⁹³ que o fenômeno da Crimigração foi amplamente utilizado pelas legislações da maioria dos Estados-Membros, além dos limites impostos pela Directiva Retorno.

A Crimigração está relacionada com leis penais mais duras aos imigrantes, bem como, unificação da lei de imigração e lei penal, permitindo a aplicação da lei penal para os imigrantes irregulares que não cometeram delitos, pois apenas por estar no território de forma irregular já se caracterizaria como um delito, e também, a aplicação da lei da imigração para os imigrantes regulares e irregulares condenados por crimes, ocasionando o afastamento permanente dos territórios onde estes condenados cometam os crimes.

O fenômeno da Crimigração pode ser percebido de forma intensa em 17 Estados-

⁸⁹ VASCONCELOS, M. T. (2019). Op. cit, p.107

⁹⁰ Idem, p.107

⁹¹ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). Op. cit, Pag 132

⁹² STUMPF, J. (2006). The the crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review.*, 56, 367-419.

⁹³ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). Op.cit, p.139

Membros (Portugal não está incluso), por criminalizarem o comportamento de atravessar irregularmente a fronteira com penas de prisão⁹⁴. O entendimento da Directiva não proíbe integralmente a Crimigração.

Nessa circunstância, o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *El Dridi* C-61/11⁹⁵ entendeu que a Directiva 2008/115 se opõe à legislação do Estado-Membro, no caso em questão da Itália, que determina a aplicação de uma pena de prisão a um imigrante irregular, pelo simples motivo de permanecer no território desse Estado-Membro, violando a ordem de retorno⁹⁶. O caso *Achughbabian* C-329 /11⁹⁷ seguiu a mesma linha do caso *El Dridi* C-61/11, mas se referia à legislação francesa. Porém, no caso *Celaj* C-290/14⁹⁸ o Tribunal definiu que a Directiva Retorno não impediria a criminalização da reentrada do imigrante irregular após ser afastado anteriormente, possibilitando assim a compatibilidade da criminalização da migração irregular e Directiva Retorno⁹⁹.

A Crimigração e o Direito Penal do Inimigo se conectam, na medida que, os Estados reforçam medidas mais restritivas, dificultando a integração dos nacionais de países terceiros em situação irregular, pois, determinados comportamentos foram criminalizados. Consequentemente, ocorre que certos indivíduos têm dificultados a sua mobilidade, potencializando desigualdades e uma separação entre cidadãos e os “sem direitos”¹⁰⁰. A relação entre as duas teorias se torna evidentes quando juristas consideram que pode haver “Direito Penal do Crimigrante”.¹⁰¹, o qual intensifica a punição de comportamento relacionado a imigração irregular como uma medida de prevenção, conforme conceitos do Direito do Inimigo¹⁰².

No passado, a Crimigração¹⁰³, apresentava uma relação de Direito penal e

⁹⁴ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). Op.cit, p.140

⁹⁵ TJUE, *El Dridi* C-61/11 de 28 de Abril de 2011

⁹⁶ Conclusão do TJUE no parágrafo 62 do referido acórdão

⁹⁷ TJUE, *Achughbabian* C-329/11 de 6 de dezembro de 2011

⁹⁸ TJUE, *Celaj* C-290/14 de 01 de outubro de 2015

⁹⁹ CARVALHO, F. A. L. (2019). Criminalização de Imigrantes Ilegais na União Europeia: novos paradigmas a partir do caso *Celaj*. *Revista de Direito Internacional*, 16(1), 253-268.

¹⁰⁰ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). Op.cit, p.140

¹⁰¹ GUIA, M. J. (2012). Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. *Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista Liberdades*.p. 113

¹⁰² “A imagem que normalmente subsiste é a do imigrante enquanto ‘inimigo’. Os Estados, preocupados com a agitação do público, tendem a implementar ou a reforçar medidas progressivamente mais restritivas, dificultando a aceitação, a fixação e a integração dos imigrantes” (GUIA, M. J. (2012). Op.cit, p. 113)

¹⁰³ A Crimigração não surgiu com a Directiva, como podemos observar, foi um processo histórico, mas não podemos ignorar que a Directiva pode pertencer a esse fenômeno

imigração de “ignorância” e nos dias atuais essa relação é de “excesso”¹⁰⁴. Todavia, para alguns juristas, a Directiva tem essa relação de “excesso”, o qual está evidente no artigo 15º da Directiva que trata da detenção. Esse artigo é questionado, pois não existe crime de imigração irregular, ou ilícito penal. Embora, entende-se que a transposição irregular das fronteiras viola a segurança nacional¹⁰⁵.

O Direito Penal do Inimigo contempla a Crimigração e por ser mais abrangente ao contextualizar os cidadãos e não cidadãos e explicar

Ao analisar o Direito Penal do Inimigo é possível identificar elementos que influenciaram a Directiva, pois são apresentados fundamentos, identificação da figura do inimigo, as garantias e o instituto da prevenção, bem como a punição, enquanto que a Crimigração aborda as consequências desses itens. Assim sendo, podemos aferir que o Direito Penal do inimigo contempla o excesso do punitivismo apresentado pela Crimigração.

5. A Relação entre o Direito Penal do Inimigo e a Imigração Irregular nos Estados-Membros da União Europeia

O capítulo presente tem a função de elucidar a discussão acerca da existência de um Direito Penal e Processual do Inimigo com foco na imigração irregular nas legislações dos Estados-Membros.

O Direito Penal de Jakobs pouco cita o imigrante irregular como um inimigo que ensejaria a aplicação de sua teoria, pois o seu foco se deve a criminalidade econômica, ao terrorismo, da criminalidade organizada e os delitos sexuais¹⁰⁶.

Contudo a doutrina vislumbra a possibilidade de inclusão dos imigrantes irregulares no rol de inimigos do Direito Penal do Inimigo, já que esse rol não é taxativo, mas sim exemplificativo.

¹⁰⁴ FURQUIM, S. R. (2014), op.cit, p.13

¹⁰⁵ Idem, p.14

¹⁰⁶ JAKOBS, G; MELIÁ, M. C (2020), op.cit., p.34

5.1 Legislações Punitivas dos Estados-Membros a Respeito dos Imigrantes Irregulares

As legislações de Estados-Membros como Espanha, Itália¹⁰⁷ e França que tinham um viés anti-migratório antes da Diretiva Retorno ser aprovada.

Em Espanha¹⁰⁸, o Código Penal de 1995, na visão dos penalistas, tinha uma proposta anti-migratória, como por exemplo, a existência de expulsão de estrangeiro que cometesse delitos e sua pena fosse maior que 6 anos, mesmo que a imigração tivesse sido regular¹⁰⁹.

Adicionalmente, podia-se ater aos exemplos de artigos que citavam a imigração irregular: 312.2, 313.1 e 318 bis do Código Penal de 1995, onde destacavam por apresentar uma pena que, por vezes, eram desproporcionais se comparado a outros capítulos desse mesmo Código, uma vez, que podiam chegar, dependendo do delito cometido, a mesma punição que o homicídio, mesmo que não tenha sido colocado em risco o bem jurídico de outra pessoa.

Quanto à expulsão, antes era tratado como sanção administrativa, depois foi transformada em delito e incluída no Código Penal, permitindo a volta somente após o prazo que poderia variar entre 3 e 10 anos¹¹⁰.

Penalistas espanhóis criticam em demasiado esse tratamento tanto com os imigrantes irregulares, como para quem os ajuda, como por exemplo, o delito de solidariedade que pune o cidadão espanhol que ajuda um imigrante ou promove seu projeto migratório. Além disso, a legislação espanhola também expõe o imigrante

¹⁰⁷ Interessante notar que a Itália reformou a sua legislação para entrar na União Europeia como explícito por “GARCIA, F. di F. (2014). A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. In: REMHU. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília: CSEM – Centro Svalabrianiano de Estudos Migratórios. Ano XXII, n. 43, 235-250” “Importante observar que a postura liberal italiana no que diz respeito às suas fronteiras foi vista como um impedimento para a integração do país no acordo de Schengen. Apesar de ter assinado formalmente o acordo em 1990, sua integração total ao sistema se efetivou somente em 1998, quando a política migratória italiana passou a ser considerada como compatível com os pressupostos da União Européia, ou seja, quando foram estabelecidas restrições mais severas para regulamentar o ingresso e a permanência no país e quando foram estabelecidos os centros de detenção para os estrangeiros em situação irregular.” Ainda segundo a Autora, a Itália é considerada uma das “sentinelas” das fronteiras, pois é o caminho de boa parte dos imigrantes irregulares e tem a função de impedir que entrem.

¹⁰⁸ Cabe citar que até 1995 não existia qualquer delito no Código Penal relacionado ao fenômeno migratório, contudo com a vinda da imigração irregular de maneira mais intensa, foi alterando o ordenamento jurídico

¹⁰⁹ MIRÓ-LLINARES, F. (2008) Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* , p.10

¹¹⁰ Contudo a Lei Orgânica 11/2003 deixou o prazo de 10 anos para não retorno após a expulsão

irregular à exclusão social, a ele é proibido oferecer emprego. Primeiro tenta-se impedir sua a entrada, ao não obter sucesso, dificulta-se a sua vida cotidiana. Assim, o imigrante irregular é muito visado pelo Direito Penal Espanhol, posto que o mesmo é pobre e excluído socialmente¹¹¹.

Em França, após a década de 70, a questão de identidade ganhou mais notoriedade na população em geral e reverberou na classe política, consequência do fim do colonialismo francês e o aumento do fluxo migratório para os países mais ricos e estáveis. O estrangeirismo, mesmo que legal não era visto com bons olhos e isso influenciou a legislação francesa¹¹²: Em 1993 surgiram as “leis Pasqua” que restringia as hipóteses de adquirir a nacionalidade francesa e também instituiu controles de identidade preventivas nas ruas, ou seja, se a polícia desconfiasse que determinada pessoa não se “parecia com um francês” poderia abordar e solicitar a documentação. Além disso, no caso de uma imigração irregular, o estrangeiro não poderia se regularizar; os casos de expulsões eram mais comuns; os recursos judiciais só podiam ser impetrados fora do território. No entanto, o afastamento do território francês após a expulsão só era previsto caso o comportamento do imigrante fosse prejudicial ao Estado francês¹¹³.¹¹⁴

As legislações acima elencadas são exemplos das legislações dos Estados-Membros acerca dos imigrantes irregulares, cabe pontuar também, que muitas disposições que não diziam respeito ao retorno ou detenção do nacional de país terceiro em situação irregular foram mantidas após a Directiva (2008/115/CE).

5.2 A Forma Inadequada de Lidar com a Imigração Irregular

Questiona-se até que ponto o Direito Penal deve reger questões sobre imigração irregular, ou se deveria ser competência exclusiva do Direito Administrativo, tendo em vista, que este é mais eficiente que o Direito Penal para tratar de problemas de origem sistêmicos, ou seja, não basta somente a norma sancionadora (o qual o Direito Administrativo também detém), mas necessita de uma ampla gama de poderes que o

¹¹¹ ESCAMILLA, M. M. (2009). Op cit, p.9,10 e 14.

¹¹² Em 2011 a França proibiu o uso de véus em locais públicos que impedisse a visão parcial ou total do rosto, atingindo aqueles que praticam a religião islâmica: <https://expresso.pt/internacional/tribunal-dos-direitos-humanos-considera-legitimo-proibir-uso-do-veu-islamico=f878677>

¹¹³ REIS, R. R. (1999). Políticas de nacionalidade e políticas de imigração na França. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 14, n. 39, p. 127–128, 1999.

¹¹⁴ Posteriormente, a lei Debre de 1997 adicionou novas regras que limitavam ainda mais os direitos dos imigrantes irregulares, atingindo também aqueles que alugassem os imóveis para esses imigrantes ou que oferecessem empregos

Direito Penal não possui, como regular a entrada, a permanência e como efetivamente preparar o retorno do imigrante irregular. A expulsão deste é vista como semelhante a uma pena, pois consiste em uma privação de direitos a livre circulação e residência¹¹⁵.

Outros pontos considerados é que a legislação de imigração italiana (mas, também, podemos incluir a análise da espanhola e francesa, entre outros) perdem a finalidade de recuperação e ressocialização da pena, abusando da detenção administrativa, evitando muitas vezes a verificação jurisdicional¹¹⁶.

Observa-se ainda, que se tem a opinião comum que os imigrantes tem qualificação para o trabalho inferior. Assim, o aumento gradual da força de trabalho qualificada no mercado, a diminuição da força de trabalho não qualificada, por conta do abandono do modelo fordista de produção¹¹⁷ e o avanço de um Estado social, incumbido de dar assistência a todos, faz com que o imigrante seja visto como alguém que traz encargos para o Estado. O imigrante seria assim, um “parasita social”, causando cada vez mais uma imagem degradante perante a sociedade e elevando a exclusão social¹¹⁸.

O jurista Fernando Miró Llinares¹¹⁹ cita um estudo em que 60% dos cidadãos espanhóis relacionam a imigração com o tráfico de drogas, 75% aproximam a imigração com a prostituição e quase 60% liga a insegurança com a imigração, por isso normalmente a crescente delinquência na Espanha é relacionada com o aumento da imigração.

Os países centrais da União Europeia, cujo fluxo migratório é mais intenso, sofrem com uma “obsessão securitária”, buscam assim o controle dos indivíduos considerados inimigos¹²⁰.

Perde-se a oportunidade de perceber que os imigrantes contribuem para a economia, mesmo com os desafios postos na inserção no mercado de trabalho e integração, por exemplo, o número de refugiados que causam problemas econômicos nos Estados-Membros, são baixos. Ainda assim, a segurança pública é normalmente atingida quando

¹¹⁵ CARDOSO, F.N. (2006) Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo». *Revista de derecho penal y criminología*, n. 17, p. 156-157. (O Autor critica, também, o fato de no Código Penal Espanhol o imigrante vítima de tráfico de pessoas receber pena equivalente ao traficante de pessoas, que seria a expulsão).

¹¹⁶ DONINI, M. (2009). Op.cit, p.188

¹¹⁷ DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Â.D. (2017) Expansão do Direito Penal e controle de fluxos migratórios na contemporaneidade. *Revista jurídica Portuguesa*, 22: p.94.

¹¹⁸ Idem, p. 97

¹¹⁹ MIRÓ-LLINARES, F (2008). Op cit, p.17

¹²⁰ DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Â.D. (2017). Op cit, p.94

a integração do imigrante não é bem sucedida.¹²¹

Mesmo com os pontos acima elencados, é interessante para a ordem política a existência de inimigos de fácil controle, a fim de mudar o foco de outros problemas maiores¹²².

Nesse contexto, importante notar a existência de um Direito Penal Simbólico e um punitivismo acerbado nas legislações europeias, no qual o indivíduo (imigrante irregular) na condição de inimigo recebe um tratamento diferente em relação aos cidadãos da União Europeia, os quais, por vezes, dificulta-se o próprio sustento, como observamos na legislação espanhola, aborda indivíduos nas ruas, solicita documento por não ter feições de pessoa característica do país (como já explicitado nas leis Pasqua no ordenamento jurídico francês).

Note-se ainda que, a construção do imigrante irregular como “inimigo” é evidenciada pelo encarceramento em alguns dos Estados-Membros, como no caso da Itália, em que 35% por cento dos presos são estrangeiros¹²³.

Ainda nessa linha de raciocínio, pode-se falar de um Direito Penal de autor por discriminação de cidadania, o sujeito surge-se despersonalizado, pertencente a categoria de “extracomunitário”, ignorando completamente a sua personalidade¹²⁴ e conduta específica¹²⁵, cujas justificativas para tais medidas são os fluxos migratórios.

Portanto, as legislações da Europa central demonstraram uma inclinação para seguir

¹²¹ ANGELIS, G. (2020) Op.cit. Lembra o jurista também, que os três eventos documentados de terrorismo, envolvendo indivíduos que chegaram por meio dos canais de imigração irregular, nos três casos, trata-se de falha na polícia, tendo em vista que já havia conhecimento de suas atividades ilegais.

¹²² DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Á.D. (2017). Op.cit, p.100

¹²³ Idem, pag.95. Note-se ainda que para o autor: “Não por outra razão, os centros de detenção para imigrantes, segundo De Giorgi, se configuram “como dispositivos prepostos à contenção de uma população excedente e de um surplus de força de trabalho desqualificada; eles prescindem explicitamente da consumação de um delito, das características individuais de quem está detido neles e de qualquer finalidade reeducativa ou correccional, para orientar-se no sentido da “estocagem” de categorias inteiras de indivíduos consideradas de risco. O cárcere atuarial, da mesma maneira que o centro de detenção para migrantes, torna-se então, e cada vez mais, uma zona de espera em que se procede à alocação dos indivíduos singulares às diversas classes de risco das quais deverão continuar a fazer parte no futuro. [...] O atuarialismo penal declara, assim, a irrelevância do saber sobre os indivíduos e o substitui pela construção de categorias e formas de individualização completamente arbitrárias, baseadas no conceito de periculosidade e orientadas para a contenção dos riscos.”

¹²⁴ Para Massimo “Este aspecto revela la emergencia de un nuevo tipo de derecho penal de autor: no son los negros, los judíos, los comunistas, los terroristas, los delincuentes natos, los herejes y demas. Son, mucho mas sencillamente, los extracomunitarios, todos los seres humanos de proveniencia no comunitaria, cuya potencialidad lesiva para la seguridad y el orden público deriva sin embargo, no de un juicio sobre cada uno de ellos, sino de la hipotesis de "los grandes numeros", alli donde, si se tratase solamente de situaciones aisladas, un ilícito administrativo o una contravencion construida como una violación de policia administrativa sobre el control de los ingresos, serfan suficientes para regular las inobservâncias (DONINI, M. (2009). Op.cit., p. 197)

¹²⁵ Idem, p.192

os ditames do Direito Penal do Inimigo em suas leis penais e migratórias, não de maneira aberta, mas presente, visto que há um inimigo que deve ser combatido em nome da segurança pública, porém pode estar a ver inimigo, onde não o inimigo.

6. O Direito Penal do Inimigo e Directiva Retorno

Após análise das legislações dos Estados-Membros acerca dos cidadãos de Estados terceiros que estão irregulares, no capítulo presente analisaremos aspectos da Directiva retorno, em conjunto com o Direito Penal do Inimigo.

Em primeiro lugar, a importância que cada ordenamento jurídico dos Estados-Membros concedeu para a imigração foi diferente¹²⁶ sendo necessário equalizar, a fim de haver uma abordagem comum ao tema.

A Directiva 2008/115/CE foi um marco para a política de imigração comum a toda União Europeia ao buscar harmonizar os diferentes tratamentos em que eram submetidos os imigrantes irregulares, contemplando, assim, a visão particular que cada Estado tem do estrangeiro.

Outrossim, a Directiva é uma resposta aos fluxos migratórios irregulares, considerados de risco pelos Estados-Membros que compõe a União Europeia, o qual estabeleceu o imigrante irregular como um inimigo a segurança transnacional, utilizado como justificativa para medidas repressivas e sanções econômicas¹²⁷.

Medidas repressivas que incluem o cárcere imediato e falta da garantia de resposta em liberdade do procedimento¹²⁸.

Não podemos ignorar o fato do tratamento aos menores não acompanhados, previsto no artigo 10º e também a proibição de entrada de máximo 5 anos, prevista no artigo 11º da Directiva demonstrar certo excesso no tratamento com o imigrante irregular.

¹²⁶ Em Portugal, o aumento do número de imigrantes irregulares ao decorrer dos 80, por conta das independências de territórios ultramarinos portugueses fez a legislação portuguesa, em especial a lei da nacionalidade e as leis de imigração, serem alteradas substancialmente, tornando duras, porém não tão limitantes como as legislações da França, Países Baixos (VALENTE, I & GUIA, M. (2016). *As Políticas Europeias para a imigração e asilo: o caso português*. Anos 90, Porto Alegre, v.23, n.43. 48) e Itália. A Lei nº23/2007 que regulava a entrada e permanência de cidadãos nacionais de países terceiros em Portugal, acerca de assuntos como o reagrupamento familiar, também sobre vítimas de tráfico humano. Contudo, por conta da aprovação da Directiva, foi preciso a aprovação de uma nova lei para se adequar à Directiva: a Lei nº29/2012 (BORGES, N. (2012) *O mito da Europa fortaleza: análise desassomburada da Directiva do Retorno / Nuno Borges. [s. l.]*, p.537.), visto que precisava incluir novos limites para detenção e novas garantias processuais no ordenamento jurídico português.

¹²⁷ FURQUIM, S. R. (2014) *Op.cit*, p.14

¹²⁸ *Idem*, p.14

Por outro lado, deve-se ponderar que uma parte considerável dos juristas não vê a Directiva Retorno, como uma representação do Direito Penal do Inimigo, estes veem como uma medida necessária para o controle da imigração irregular na União Europeia, tendo em vista que o território da União é continental e abarca fronteiras com Estados em estágio de “em desenvolvimento”. Após a entrada nas fronteiras da União, há livre circulação de pessoas, bens e serviços. Portanto, para esses juristas, a Directiva é vista como uma norma europeia que trouxe direitos e garantias para os imigrantes irregulares.

Autores como Maria João Guia e João Pedroso¹²⁹ veem como positiva a Directiva Retorno a fim de barrar a Crimigração e o Direito Penal do Inimigo, pois apresenta critérios para os Estados-Membros seguirem no que diz respeito aos Direitos Humanos.

Outro ponto a se considerar é se o Direito Penal do Inimigo efetivamente abarca a imigração irregular. Na visão do jurista português Pedro Caeiro¹³⁰, o Direito Penal do Inimigo somente se aplicaria nos casos de terrorismo, pois, seriam os únicos que tentariam mudar a estrutura política à custa do terror e sem comunicação com a comunidade legal.

Na visão de Zaffaroni¹³¹, quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, menor é a diferença de tratamento entre os iguais e os estranhos, citando a União Europeia como um exemplo positivo de extensão do âmbito dos iguais, contudo pondera que as migrações colocam em risco ao retroceder esses aspectos igualitários.

Nas disposições da Directiva Regresso, há os considerandos, os quais servem para controle de legalidade e menções de conteúdos essenciais e tem o seguinte propósito: “os considerandos têm por objetivo motivar, de forma concisa, as disposições essenciais do articulado, sem dele reproduzir, ou parafrasear, a redação. Não devem comportar disposições de carácter normativo nem pretensões políticas.”¹³², ou seja, não tem força normativa, mas serve como fundamentação das disposições constantes na Directiva.

Importante citar os considerandos da Directiva (6)¹³³, (11), (12), (16), (17), (22),

¹²⁹ GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015) Op.cit, p. 139

¹³⁰ CAEIRO, P. (2015). Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado "direito penal do inimigo" e a sua incidência na investigação criminal. In: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal-Novas Perspetivas e Desafios*. p. 128.

¹³¹ ZAFFARONI, E. R. (2007). Op. cit, p. 81

¹³² Comissão Europeia, Conselho da União Europeia, Parlamento Europeu, Secretariado-Geral, (2016). *Guia prático comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia*, Serviço das Publicações.

¹³³ Considerando (6): “Os Estados-Membros deverão assegurar a cessação das situações irregulares de nacionais de países terceiros através de um procedimento justo e transparente. De acordo com os princípios gerais do direito comunitário, as decisões ao abrigo da presente directiva deverão ser tomadas caso a caso e ter em conta critérios objectivos, sendo que a análise não se deverá limitar ao mero facto da permanência irregular. Ao utilizar os formulários para as decisões relacionadas com o regresso, nomeadamente decisões de regresso e, se tiverem sido emitidas, decisões de proibição de entrada e decisões de afastamento, os

(24)¹³⁴, tendo em vista que estes elucidam as garantias e direitos dos imigrantes irregulares e estão fortemente declinados para garantir o mínimo existencial e o respeito à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Mesmo considerando a Directiva como sendo uma norma proposta e votada pelos representantes dos Estados-Membros e, portanto, refletindo uma posição mediana no combate ao imigrante irregular, é válido continuar a análise a fim de constatar se há proporcionalidade entre os atos cometidos pelo imigrante irregular e as punições impostas pela Directiva.

7- Considerações Finais

Conforme já exposto, o imigrante ou estrangeiro era visto na Roma antiga como o “outro”, o *hostis alienigena*. Ao passar dos séculos, ele continua a ser o inimigo em muitas sociedades, como pode-se observar nas legislações da Espanha, França e Itália, antes da aprovação da Directiva Retorno.

Os fluxos migratórios cujo destino majoritário são a Europa, EUA e Japão, estimularam um sentimento na sociedade que o imigrante irregular era um problema para a segurança do Estado. Nesse contexto, é coerente apreciar a teoria de Günther Jakobs “Direito Penal do Inimigo” no que se refere ao risco de nivelar o nacional de país terceiro em situação irregular como um inimigo.

Durante a tese foi possível observar inclinações ao Direito Penal do Inimigo de algumas legislações europeias, como a Espanha, Itália e França, seriamente criticadas pelos juristas, mas popularmente aceites em um período em que há uma crise dos refugiados e recentemente ataques terroristas.

A Directiva Retorno não deve ser vista apenas como uma norma jurídica europeia com 23 artigos e considerandos sobre o retorno de imigrantes em situação irregular, mas sim uma Directiva proposta pelo Conselho, fruto de muitas controvérsias e discussões entre os Estados-Membros que detém posições divergentes sobre a matéria e por esse motivo procurou-se não ser muito progressista ou ultrapassada, mas um meio termo das legislações existentes entre os Estados-Membros.

Estados-Membros deverão respeitar aquele princípio e cumprir integralmente todas as disposições aplicáveis da presente directiva.”

¹³⁴ Considerando (24) A presente Directiva respeita os direitos fundamentais e os princípios consagrados, em especial, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Esse diploma recebe e merece as devidas críticas, a possível denominação Crimigração para a Directiva na medida que essa legislação administrativa empregou de forma excessiva o direito penal. A detenção (incluindo a de menores), o afastamento e a proibição de entrada foram os pontos mais criticados da Directiva, pois transforma algo que poderia ser apenas uma sanção de direito administrativo em normas de carácter penal.

O Direito Penal do Inimigo apresenta muitas características que se assemelham com a Crimigração, não sendo absurdo afirmar que se apresenta por vezes como um Direito Penal Crimigratório, inclusive sendo identificado aspectos em algumas legislações de Estados-Membros, onde apresenta-se uma legislação duplamente punitiva ao imigrante, causando uma desigualdade latente entre o imigrante e o cidadão europeu.

Na Directiva Retorno pode-se perceber traços de Crimigração, como a proposta da detenção, porém, contrariamente às legislações dos Estados-Membros mais rigorosas, propõe direitos e garantias aos imigrantes irregulares o que a difere do Direito Penal do Inimigo.

Apesar dos pontos negativos da Directiva, é extremo pensar que ela corresponde a um verdadeiro Direito Penal do Inimigo, considerando a agressividade dessa teoria contra o “inimigo”, o que não foi observado de maneira tão radical na Directiva Retorno.

Além disso, o próprio Günther Jakobs limitou o Direito Penal do Inimigo apenas para quem integra grupos terroristas, delinquente sexual e quem comete crimes graves, e, portanto, não inclui a imigração irregular.

O aspecto que mais destoia entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e a Directiva Retorno é que esta teoria propõe que o inimigo perca direitos e garantias dos cidadãos, enquanto a Directiva permite que os Estados-Membros incrementem garantias aos imigrantes irregulares em suas legislações.

Ademais, deve-se incentivar menor desigualdade entre cidadãos e imigrantes irregulares às legislações da União Europeia para a migração, posto que a Directiva Retorno e o Novo Pacto para Migrações e Asilo se distanciam de um tratamento totalmente adequado ao nacional de país terceiro em situação irregular e não resolvem problemas estruturais.

Portanto, quanto a questão posta na introdução: “Até que ponto a Directiva Retorno torna o nacional de país terceiro em situação irregular, ou seja, o imigrante irregular, um inimigo?” podemos afirmar que a Directiva está mais próxima de qualificar o imigrante irregular como um indivíduo do que um *inimicus* ou *hostis*, contudo, ainda há um longo caminho até ser considerado um cidadão.

BIBIOGRAFIA

ACOSTA, D. (2009) “Reacções latino-americanas à adopção da Directiva de Retorno”, in PADILLA, Beatriz e XAVIER, Maria (org.), *Revista Migrações - Número Temático Migrações entre Portugal e América Latina*. (n.º 5), Lisboa: ACIDI, p. 55. Publicado no site

https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/183863/Migr5_Sec1_Art3.pdf/0dc9e2b9-72a9-418e-918d-c18006f8336c acesso em 28/10/2022.

ACOSTA, D. (2009). The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive). *European Journal of Migration and Law*, [s. l.], v. 11, n. .1. 19–40, Acesso em: 7 nov. 2022.

ANGELIS, G. (2020) O Novo Pacto para as Migrações e Asilo – uma avaliação crítica (II). <https://fes-portugal.org/o-novo-pacto-para-as-migracoes-e-asilo-uma-avaliacao-critica-ii/>. Consultado em 24 de fevereiro de 2023.

BARTOLINI, S. (King’s C. L., & Bombois, T. (European C. of J. (2016). Immigration detention before the CJEU: the interrelationship between the Return Directive and the recast Reception Conditions Directive and their impact on the rights of third country nationals. *European Human Rights Law Review*, 5, 518–529.

BASILIEN-GAINCHE, M.-L. (2015). “Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights”, *European Journal for Migration and Law*, nº17, 104-129.

BORGES, N. (2012) *O mito da Europa fortaleza : análise desassombrada da Directiva do Retorno / Nuno Borges*. [s. l.]. Acesso em: 9 nov. 2022.

CABETTE, E. L,S & LOBERTO, E de C. O direito penal do inimigo.: Günther Jakobs. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11142>Acesso em: 7 dez. 2022.

CACCIARI, M. (2001) La paradoja del extranjero, *Revista de Estudios Sociales*. URL: <http://journals.openedition.org/revestudsoc/28880>.

CAEIRO, P. (2015). Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado "direito penal do inimigo" e a sua incidência na investigação criminal. In: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal-Novas Perspetivas e Desafios*. 125-136.

CAETANO, M. A. (2010) "O Autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista." *Revista de Estudos Jurídicos UNESP* 14.19: 215-240.

CALLEGARI, A. L., & Linhares, R. M. (2016). O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção. *Revista Opinião Jurídica*, 14(18), 74–88. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i18.p74-88.2016>.

CARDOSO, F.N. (2006) Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo». *Revista de derecho penal y criminología*, n. 17, 153-182.

CARVALHO, F. A. L. (2019). Criminalização de Imigrantes Ilegais na União Europeia: novos paradigmas a partir do caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, 16(1), 253-268.

Comissão Europeia, Conselho da União Europeia, Parlamento Europeu, Secretariado-Geral, (2016). *Guia prático comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redação de textos legislativos da União Europeia*, Serviço das Publicações.

DA SILVA, J. C & DA SILVA, F. H. H. (2017) O direito penal do inimigo no estado de direito. Ano 3, nº 4, 845-864.

DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Â.D. (2016) a criminalização dos imigrantes em situação irregular nos países-membros da união europeia: institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor?. *Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*.

DE AGUIAR, J. T & WERMUTH, M. Â.D. (2017) Expansão do Direito Penal e controle de fluxos migratórios na contemporaneidade. *Revista jurídica Portucalense*, 22: 77-113.

DE MORAES, A. L. Z. (2017). Migrações forçadas e o princípio da não criminalização.

DONINI, M. (2009). El Ciudadano Extracomunitario: De 'Objeto Material' 'Tipo de Autor' en el Control Penal de la Inmigracion. *Nuevo Foro Penal*, 72, 170-212.

DOS ANJOS, M. T & MACHADO, É. B. L. do A. (2017) Da teoria dos sistemas ao direito penal do inimigo: uma análise crítica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 3, n. 1, 1-19.

ECKERT, J. (2008) "Laws for enemies." *The Social Life of Anti-Terrorism Laws*: 7.

ECKERT, J. (2008). Laws for Enemies. In J. Eckert (Ed.), *The Social Life of Anti-Terrorism Laws: The War on Terror and the Classifications of the »Dangerous Other«* (7-32). Bielefeld: transcript Verlag. <https://doi.org/10.1515/9783839409640-001>.

ESCAMILLA , M. M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *InDret*, 3.

FURQUIM, S. R. (2014) "As políticas de combate à imigração ilegal no âmbito da União Europeia." *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP* 18.27.

GARCIA, F. di F. (2014). A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. In: REMHU. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília: CSEM – Centro Svalabrianiano de Estudos Migratórios. Ano XXII, n. 43, 235-250.

GUERRERO, R. A. (2013) "a base ideológica do direito penal do inimigo (günter jakobs): sociedade de risco e seus efeitos no estado democrático de direito." *Revista Esmat* 5.5: 191-217.

GUIA, M. J. (2012). Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante.

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista Liberdades.

GUIA, M. J., & PEDROSO, J. (2015). A Insustentável Resposta Da Crimigração Face À Irregularidade Dos Migrantes: Uma Perspetiva Da União Europeia. *REMHU: Revista Interdisciplinar Da Mobilidade Humana*, 23(45). <https://doi.org/10.1590/1980-8585250319880004507>.

ILIES, M. (2009) Irregular Immigration Policy in the European Community: Action at all Stages of the Irregular Migration Flow (WP)l. *Europe Working Paper*, 38. Acesso em 22/11/2022.

International Organization for Migration (2019) *Key migration terms*. <https://www.iom.int/key-migration-terms>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

JAKOBS, G & MELIÁ, M.C. (2020) *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5º ed.

JIMÉNEZ, G. P.; ARESTIZÁBAL, P. U (2009). Cuando el retorno no es voluntario: la Directiva sobre Retorno de la Unión Europea. *Tiempo de Paz*, [s. l.], n. 93, 8–13. Acesso em: 1 nov. 2022.

KOSTAS, S. (2017) Irregular vs. Illegal Immigration: Setting the Definitions. An Overview of European Practice. *Slovenský Národopis*, [s. l.], v. 65, n. 4. 420–426. Acesso em: 14 nov. 2022.

LARA, R. (2008) ¿Regulación de flujos? 20 años de muerte en las fronteras. In. *Asociacion Pro Derechos Humanos De Andalucia*. Derechos humanos en la frontera sur. 91- 102.

MATOS, F.L (2010), A Diretiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE): Custos e benefícios para uma política comum de imigração. Porto. Publicado no site https://www.academia.edu/12179172/A_Diretiva_Europeia_Retorno_Directiva_2008_115_CE_Custos_e_benef%C3%ADcios_para_uma_pol%C3%ADtica_comum_de_imig

[ra%C3%A7%C3%A3o](#) acesso em 28/10/2022.

MIRÓ-LLINARES, F. (2008) Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Acesso em: 09/11/2022.

MORAIS, P. J. (2020). *Em torno do direito penal do inimigo: uma análise crítica a partir de Günther Jakobs / Pedro Jacob Morais*. Gestlegal.

MURAD, L. C. (2015). Homo sacer e os ciganos: o anticiganismo – reflexões sobre uma variante essencial e por isso esquecida do racismo moderno. *PEGADA - A Revista Da Geografia Do Trabalho*, 16(1). <https://doi.org/10.33026/peg.v16i1.3390>.

NABAIS, J. C. (1999). "Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 75, 145-174.

NOIVO, D & SEABRA, P. (2010) Combate ao Terrorismo na União Europeia: construção de uma abordagem comum. *Revista Segurança e Defesa, Loures*, v. 1. 36-47.

NOVOTNÝ, V. (2020). The New Pact on Migration: A Set of Innovative Proposals with an Uncertain Outcome. *The New Pact on Migration: A Set of Innovative Proposals with an Uncertain Outcome*.

Organização das Nações Unidas. (2021). *Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado*. <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>. Acesso em: 06 nov. 2022

QUEIROZ, B. M. (2018). *Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in EU Migration Law / Benedita Menezes Queiroz*. Hart.

REIG, I. F. (2015) . La Directiva de Retorno y la tutela judicial efectiva. *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, N.º. 19*. 115-126. Acesso em: 16 nov. 2022.

REIS, R. R. (1999). Políticas de nacionalidade e políticas de imigração na França. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 14, n. 39, 118–138. Acesso em: 9 nov. 2022.

RIPOLLÉS, J. L. D. (2011). La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 1-36.

ROGÉRIO, N. (2003). *O inimigo público: Carl Schmitt, Bin Laden e o terrorismo pós-moderno* / Nuno Rogério. Gradiva.

SCHICK, S. (2015) "Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012." *RphZ Rechtsphilosophie* 1.1: 111-116.

SCHMITT, C. (1991). *El concepto de lo político, versión de Rafael Agapito*. Madrid: Alianza, <https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/schmitt-carl-el-concepto-de-lo-politic81tico-completo.pdf>.

STUMPF, J. (2006). The the crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review.*, 56, 367-419.

TAVARES, S. M. (2014). Fronteiras à Liberdade: controle e restrições ao Espaço de Livre Circulação da União Europeia frente à Migração. De direitos fundamentais, cidadania e seletividade da Diretiva de Retorno. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, (3), 13-43.

VALENTE, I & GUIA, M. (2016). As Políticas Europeias para a imigração e asilo: o caso português. *Anos 90, Porto Alegre*, v.23, n.43. 39-65. Acesso em 17/11/2022.

VALLES, E. (2021) *Nacionalidade e estrangeiros* / Edgar Valles. - Coimbra : Almedina. 1-25.

VASCONCELOS, M. T. (2019). *Corrupção crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo: o corrupto é o inimigo da vez?* / Maria Teresa Vasconcelos. Juruá.

ZAFFARONI, E. R. (2007) *O inimigo no direito penal*. Revan.