



O CASO CEDRIC HERROU E A SOLIDARIEDADE: UM PRINCÍPIO ESQUECIDO EM NOME DO DIREITO PENAL DO INIMIGO?

THE CASE CEDRIC HERROU AND THE SOLIDARITY: A FORGOTTEN PRINCIPLE IN THE NAME OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW?

Sara Barros Pereira de Miranda
José Elias Gabriel Neto
Igor Barros Santos

Resumo: Tendo como base o julgamento de Cedric Herrou, realizado pelo *Conseil-Constitutionnel* da França em 2017, o presente artigo tem por objetivo estabelecer as interfaces do teor do julgado com as gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, notadamente a fraternidade, bem como questões ligadas ao crime de solidariedade e à expansão do direito penal de autor. Por meio desta pesquisa, buscou-se demonstrar como a doutrina de Günther Jakobs serve de base para lastrear julgamentos na órbita jurídico-constitucional de migrantes ou daqueles que são solidários às vítimas da crise migratória da atualidade. Quanto à metodologia, adotou-se a revisão bibliográfica, com referências nacionais e estrangeiras. Quanto ao método de abordagem, utilizou-se o indutivo e histórico. Em conclusão, é possível compreender que o fenômeno da imigração ilegal é complexo e não se esgota no tratamento retributivo que lhe empresta o Direito Penal tradicional e que, seja necessário revisitarmos os ideais da Revolução Francesa, sobretudo da fraternidade em meio à temática da crise migratória.

Palavras-chave: Cedric Herrou; fraternidade; crime de solidariedade; migrantes; direito penal de autor.

Abstract: Based on the trial of Cedric Herrou, carried out by the *Conseil-Constitutionnel* of France in 2017, this article aims to establish the interfaces between the content of the trial and the generations (or dimensions) of fundamental rights, notably fraternity, as well as issues linked to the crime of solidarity and the expansion of criminal copyright law. Through this research, we sought to demonstrate how Günther Jakobs' doctrine serves as a basis for supporting judgments in the legal-constitutional orbit of migrants or those who are in solidarity with the victims of today's migration crisis. As for the methodology, a bibliographic review was proposed, with national and foreign references. As for the approach method, inductive and historical were used. In conclusion, it is possible to understand that the specificity of illegal immigration is complex and is not limited to the retributive treatment given to it by traditional Criminal Law and that it is necessary to revisit the ideals of the French Revolution, especially fraternity in the midst of the issue of the migration crisis.

Keywords: Cedric Herrou; fraternity; solidarity crime; migrants; criminal law of the author.



INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o caso Cedric Herrou, no fatídico evento em que o produtor de azeitonas ajudou, de maneira despretensiosa, migrantes eritreus e sudaneses, que entraram ilegalmente na Europa no ano de 2017. Na ocasião, Cedric ao fornecer alimentação e abrigo, foi processado como incurso no “crime de solidariedade”.

Com efeito, para explicar o fenômeno da imigração na atualidade, o estudo analisou as gerações de direitos fundamentais extraídas do pensamento Karel Vasak, o qual pretendeu relacionar o surgimento e evolução dos direitos fundamentais com os lemas da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. Referida tese foi difundida por Norberto Bobbio (2000) e, no Brasil, por Paulo Bonavides (2011) e tem grande aceitação na doutrina e nas decisões dos tribunais.

Ademais, no presente texto utiliza-se basicamente a terminologia “migrante” por abranger mais adequadamente a problemática de pesquisa. A despeito da nomenclatura migração, imigração ou emigração, a problemática continua a mesma. Como bem pontuado por Raquel Sparemberger, a migração é o ato de se mover de uma região para outra. É a mudança periodicamente, ou passagem de uma região para outra, de um país para outro – falando-se de um povo ou de uma multidão de gente. Imigração, entrar (num país estrangeiro) para nele viver. Emigração, mudança voluntária de país (Sparemberger, 2015, p.728).

O artigo aborda ainda como a expansão do Direito Penal, via doutrina de Günther Jakobs (2007; 2012), serviu e (serve) para lastrear julgamentos (extra)judiciais na órbita jurídico-constitucional de migrantes ou daqueles que são solidários às vítimas da crise migratória da atualidade.

Em termos metodológicos, o presente artigo adotou a revisão bibliográfica, com a utilização de bibliografia nacional e estrangeira, de artigos, livros e decisão do Conselho Constitucional da França. Quanto ao método, utilizou-se o indutivo e histórico, considerando as afirmações e inferências que o caso Cedric Herrou possibilitou realizar.

O presente trabalho estrutura-se em dois tópicos principais, além da introdução e conclusão. No primeiro, descreveu-se acerca dos aspectos gerais da imigração e da fraternidade. No segundo, analisou-se o caso Cedric Herrou e intersecção deste com as ideias de não fraternidade e os crimes de solidariedade.

1 ASPECTOS GERAIS DA IMIGRAÇÃO E FRATERNIDADE

No ano de 1789, a Revolução Francesa deu início ao Estado Liberal marcada pelo lema da “liberdade, igualdade e fraternidade”. O movimento colocou termo ao absolutismo, que tinha como característica a centralidade do rei, que ao mesmo tempo administrava, legislava e julgava os cidadãos. Coube a Montesquieu (1996), em sua obra “O espírito das leis”, a idealização da limitação do poder estatal com a finalidade de evitar a sua concentração no agir do monarca, surgindo daí a primeira dimensão (ou geração) de direitos humanos.

Como característica dessa nova ordem, a lei para o Estado Liberal adquire status de centralidade, uma vez que passa ser vista como a expressão da ambição da emergente burguesia e como a vontade do povo. Nesse período, acreditava-se que a lei além de limitar o poder estatal serviria para regular as relações entre particulares sem que houvesse interferência do Estado na esfera dos direitos e interesses individuais.

A lei era o norte do Estado Liberal, pois é redigida de forma geral, impessoal e abstrata, bem como parte do pressuposto da igualdade formal. Nessa trilha, a lei e o direito eram formulados em uma linguagem ancorada no rigorismo e não suscetível de interpretação.



Assim, a lei era a expressão da supremacia do parlamento, tal como observou Montesquieu (1996). Posteriormente, foi reforçada com outra corrente de pensamento, que remonta a Rousseau, na qual vê a lei como expressão da vontade da nação.

Nesse panorama há um reconhecimento entre o Direito e o Estado. Vale dizer: a vontade do Estado é exprimida pelo Direito por meio da lei, haja vista que os poderes na teoria de Montesquieu (1996) estavam a ela submetidos, cabendo ao Poder Judiciário e ao Executivo aplicar a lei.

Como destaca Moraes (1996, p. 79), no Estado de Direito a lei é a ferramenta à disposição da legalidade e é aplicada de maneira indistinta a mulheres e homens, bem como serve de regulação dos comportamentos sociais. Para tanto, vale-se da coerção como instrumento para reprimir as condutas contrárias ao pacto social. O autor ressalta que a noção de Estado de Direito:

[...] mesmo em sua acepção liberal originária, não é conceito a ser utilizado descontextualizado de seus vínculos materiais, para não se cair na deformação do Estado Legal. Deve-se tratá-lo nos seus laços externos, e, aqui, vemos que, desde os primórdios, ele se confunde com o conteúdo global do liberalismo, como dito acima. O que se impõe é que ao conceito de Estado de Direito está adstrito um conteúdo específico, sob pena de perder-se a própria ideia do mesmo (Moraes, 1996, p. 71).

E finaliza lecionando que nesse modelo de Estado a lei limita a atividade estatal no plano jurídico-legal. Transformando-se, em verdade, em garantia dos indivíduos contra um possível excesso de poder por esse mesmo Estado “[...] Ou seja, a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva” (Moraes, 1996, p. 72).

Nesse sentido, a lei garantiria a igualdade formal, traduzida na expressão que todos seriam iguais perante a lei. Tal postulado permitira que o cidadão desenvolvesse suas capacidades individuais, políticas e econômicas. Nesse jaez, as Constituições editadas ao longo dos séculos XVIII e XIX, tiveram o cuidado de organizar o Estado a fim de garantir uma austera distinção entre este e a sociedade. Isso porque se pretendeu evitar o arbítrio do próprio Estado contra o cidadão, assegurando aos indivíduos os chamados direitos a prestações negativas.

De outro lado, com o advento da sociedade industrial, a intensificação da vida de relação e uma inusitada complexidade que a vida em sociedade tomou no último quartel do século XX, passou-se a exigir do Estado não apenas que não interferisse na esfera das relações interprivadas, mas que fosse, também, garantidor de determinados direitos positivados expressamente no corpo das Constituições contemporâneas, editadas ao tempo do Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*, com destaque para aqueles textos constitucionais do segundo pós-guerra.

Bobbio (2000) ressalta que passagem do Estado Liberal para o Bem-Estar Social coincide o surgimento da segunda dimensão (ou geração) de direitos humanos e há ampliação das democracias na sociedade moderna. Nesse cenário, as entidades coletivas ganharam espaço e tiraram o protagonismo dos indivíduos da vida política e da democracia. Para Bobbio (2000, p. 35), a autonomia individual é perdida ou mesmo forjada, haja vista que a história a contradiz.

Assim, de um lado há a Constituição no Estado Liberal que propôs a estrutural-funcional estabelecendo normas que organizavam o Estado, definiam as competências. Por outro, tempo Estado de Bem-Estar Social houve o realce das constituições dirigentes com



vistas a determinar o objetivo do Estado, princípios e instruções jurídico-constitucionais, postulados da organização social e previu imposições legiferantes, exsurgindo daí a segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais (Canotilho, 1994, p. 153-154).

Oportuna, nesse diapasão, a lição de Canotilho quando frisa que à Constituição atribuiu-se o mister de ser, concomitantemente, uma constituição “estadual” e uma “constituição social”. Ou seja: nas constituições inseriram-se normas e meios jurídicos permitindo a sua invocação como direito diretamente aplicável aos casos concretos, reconhecendo-se diferentes eficácias às normas constitucionais, introduzindo mecanismos para suprir as omissões legislativas, com normas de conteúdo aberto nas ordens social e econômica, diante de instrumentos jurídicos mais efetivos (Canotilho, 1994, p. 153-154).

Nessa órbita, exemplificativamente, não só o direito à saúde, à educação, mas, a exigência dos cidadãos por maiores e melhores níveis de igualdade e justiça social também passou a ser vista como um direito. O direito à justiça social passou a ser encarado como corolário lógico e indispensável à própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito e seria uma forma de “apoiar os indivíduos quando a sua autoconfiança e iniciativa não poderiam dar-lhe proteção ou quando o mercado não mostrava a sensibilidade ou flexibilidade que era suposto demonstrar nas suas necessidades básicas.” (Streck; Moraes, 2000, 56-57).

Embora a liberdade e a igualdade sejam devidamente reconhecidas enquanto movimentos políticos e postulados constitucionais, eis que a fraternidade (terceira dimensão) de certa forma foi esquecida, a despeito de ser um direito de terceira geração forjado na ideia que há direitos que ultrapassam as questões individuais, de maneira que sua tutela interessa à toda a sociedade.

Assinale-se que decorrente da consciência de uma comunidade nacional dividida entre países desenvolvidos e outros subdesenvolvidos, a fraternidade norteia-se na estrutura do Estado Democrático de Direito a fim de superar o individualismo, fortalecendo a igualdade e liberdade em um viés democrático e plural.

Nessa perspectiva, Pozzoli e Da Cruz (2011) afirmam que a fraternidade é o norte para o ordenamento jurídico, uma vez que lastreia o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso resulta a edificação de uma sociedade plural e irmanada, composta por cidadãos ciosos de seus direitos e deveres, sem qualquer tipo de exclusão social.

Baggio, ao refletir sobre a fraternidade, discorre que a função da fraternidade tem um papel relevante e de mérito, pois referido postulado de Direito “[...] precisa ser (re)conhecido como um princípio universal de caráter político, dada a sua necessidade de valorização e aplicação em todos os contextos” (Baggio, 2009, p. 15).

Prossegue o mesmo autor explicando que a fraternidade, assim como a liberdade e a igualdade, são tidos como princípios universais e aplicáveis a todas as mulheres e todos os homens. No mundo ocidental devido a esse embate de força do Federalismo contra o indivíduo, acaba-se por dificultar a aplicação do postulado da fraternidade, causando o aceso debate referente a temas complexos, como o multiculturalismo (Baggio, 2008, p. 21-22).

Formuladas essas considerações, a dimensão da fraternidade passa por contextos peculiares quando se analisa o fenômeno da imigração, sobretudo porque o mundo hoje vive a pior crise migratória pós Segunda Guerra Mundial. Quanto a essa temática, Sparemberger (2015, p. 728) leciona que:

A afirmação de que a migração, imigração ou emigração constitui, no século XXI, a principal fronteira dos direitos humanos convida à reflexão e sugere duas ideias: a primeira, de que a migração, está pondo à prova a capacidade do mundo de universalizar os direitos humanos; a segunda, de que estas estão desvelando a face dupla com que atuam os países centrais, generosos quando se trata de plasmar declarações internacionais de direitos humanos, mesquinhos na hora de fazer efetivos esses mesmos direitos dentro dos seus próprios territórios.



No momento pós Segunda Guerra, a explicação para o fluxo migratório pode ser analisada sob o ponto de vista que a Europa estava reconstruindo suas nações com o período conhecido como pós-guerra, enquanto os Estados Unidos passavam uma situação econômica de vultosa prosperidade. Contudo, os continentes asiático e africano passavam pelo processo de independência, sendo que os países da América Latina viviam períodos da ditadura civil – militar, fazendo com que o houvesse deslocamento populacional e o aumento do fluxo para a América do Norte e para Europa.

Atualmente, não muito diferente do passado, o perfil etnográfico são de seres humanos forçados a deixarem seus respectivos países por diversas causas, entre elas perseguição política, religiosas, étnicas ou mesmo no contexto de desastres ambientais ou pelo contexto de guerras. Ademais, as pessoas que procuram asilo em outros países também buscam – ou, ao menos, tentam – se livrar da pobreza e da violência que assombra a comunidade em que viviam. A diferença é que hoje os migrantes são na sua grande maioria advindos dos continentes Africano e Asiático.

De acordo com dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), o número de pessoas deslocadas por guerras, violência, perseguições e abusos de direitos humanos, está crescendo a cada ano:

Entre os 70,8 milhões de imigrantes, quase 25,9 milhões são refugiados. Mais da metade deles (67%) vêm de cinco países: Síria, Afeganistão, Sudão do Sul, Myanmar (Birmânia) e Somália. A maior parte vem da Síria, cerca de 6,7 milhões de pessoas, pois o país vive uma guerra civil desde 2011.

Síria: O conflito na Síria, que começou com a repressão das manifestações pró-democracia, deixou mais de 360.000 mortos desde março de 2011. Neste país de aproximadamente 23 milhões de habitantes antes da guerra, mais da metade da população se viu obrigada a fugir de seus lares por causa dos combates. No interior do país há cerca de 6,6 milhões de sírios deslocados.

Sudão do Sul: O Sudão do Sul, que conquistou sua independência em 2011, foi cenário de uma guerra civil durante quase cinco anos, é caracterizado pelas atrocidades de caráter étnico. O conflito entre dezembro de 2013 e setembro de 2018 deixou mais de 380.000 mortos e obrigou cerca de 4,2 milhões de pessoas, um terço da população, a fugir

Pelo menos 82,4 milhões de pessoas ao redor do mundo foram forçadas a deixar suas casas. Entre elas, estão cerca de 26,4 milhões de refugiados, e quase metade deles tem menos de 18 anos.

Há também milhões de pessoas apátridas, a quem a nacionalidade foi negada. Pessoas apátridas têm acesso a direitos básicos como educação, plano de saúde, emprego e liberdade de movimento.

Em um momento em que 1 em cada 95 pessoas na Terra fugiram de suas casas por causa de conflitos e perseguições (ACNUR, 2021).

Com o avanço dessa massa populacional, a comunidade europeia – gize-se metrópoles colonizadoras e causadoras dessa população viver em condições degradantes – passou a adotar práticas de criminalizar o auxílio das pessoas que ajudavam os migrantes, tipos penais denominando metaforicamente de “crime de solidariedade”.

O crime de solidariedade surge diante de um novo contexto do mundo globalizado, onde todas as barreiras foram supostamente elididas, irrompeu no horizonte da contemporaneidade um novo fenômeno: a imigração. Muito distante, contudo, das fábulas da integração de mercados e da construção do bem-estar coletivo, rasteja, no submundo da



marginalização, discursos punitivistas que esses mesmos ideais capitalistas mascararam e, sub-repticiamente, legitimaram.

Na compreensão de Teixeira (2020, p. 24):

[...] fenômenos como migração, imigração e emigração existem desde sempre. O que vem sofrendo mudanças, nos últimos tempos, é o destaque que o tema vem ocupando no mundo todo. O movimento das pessoas tanto dentro do território de um país como através de fronteiras internacionais é parte da história da humanidade, mas recentemente se converteu numa preocupação do mundo globalizado. Para este estudo, a globalização não significa apenas o “fluxo de divisas e mercadorias, de um mundo no qual as tecnologias infotelemáticas aliadas às determinações econômicas desterritorializam as relações e aproximam as ordens Estatais ‘fragilizadas’”.

De acordo com o autor, é concebida de uma forma mais ampla, abrangendo toda a complexidade que a envolve, na medida em que se caracteriza pela universalização de informações, valores, ideais de vida e meios de transporte. Nesse cenário, se em momentos anteriores à globalização os migrantes eram vistos como potencialmente danosos aos grandes centros econômicos e tinham como limites as distâncias e as fronteiras entre os Estados, atualmente “o mesmo processo de globalização permite que essas distâncias e fronteiras sejam mais próximas e mais porosas” (Teixeira, 2020, p. 24).

Hippert e Sparamberger (2016, p. 256) explicam que:

A sedução da onírica *terra prometida* e da perspectiva de prosperidade que ela engendra atrai continuamente indivíduos movidos pela esperança de obter uma singela parcela da felicidade estampada no imaginário das sociedades emergentes. A realidade americana, um dos objetos do estudo, expõe a seqüela de uma política migratória de *enforcement* (repressiva), cristalizada a partir da asserção de que a imigração é pressuposto da criminalidade.

Os autores continuam e afirmam que:

Fundou-se, para tal, numa causalidade espúria traçada segundo um quadro estatístico tendencioso, edificando um famigerado *direito penal do autor* que se calca, nesse caso, nos aspectos étnicos do pretense criminoso. Sob os preceitos da criminologia e da psicologia, busca-se, portanto, encontrar a origem do *processo criminógeno* que atua sobre os migrantes ilegais inseridos em territórios hostis, desvelando suas causas e formas de desencadeamento para que, a partir de sua percepção, possa-se defender a estruturação de uma política migratória apropriada (Hippert; Sparamberger, 2016, p. 256).

Sparemberger (2015, p. 728) ressalta que, com pouquíssimas exceções, as políticas de migração, dos países centrais estão sendo construídas de cima para baixo e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, com práticas que priorizam o controle de fronteiras sobre a integração dos migrantes. Assim, nesses países, conquanto desfrute de certa proteção social, o estrangeiro legalmente admitido costuma ser acolhido com os braços fechados, o que resulta em uma integração incompleta e de má qualidade.

2 A NÃO FRATERNIDADE: CRIMES DE SOLIDARIEDADE

Diante de tal contexto, convém assinalar que, na década de 1990 do século XX, Penchaszadeh e Sferco explicam que o filósofo Jacques Derrida discorria sobre os fenômenos intitulados “tórax fechado” (“suflê coupé”) e “golpe no coração” (“haut le coeur”), ambos advindos da expressão “crime de hospitalidade” (“Délit d’hospitalité”).

Segundo as autoras, citando Derrida em suas reflexões:



[...] Li sem voz em um texto oficial. Foi uma lei que permitiu perseguir, até mesmo prender, quem acolhe e ajuda estrangeiros em situação considerada “ilegal”. Este “crime de hospitalidade” (ainda me pergunto quem conseguiu associar estas palavras) pode ser condenado à prisão. O que se torna um país, perguntamo-nos, o que se torna uma cultura, o que se torna uma linguagem quando se pode falar de um “crime de hospitalidade”, quando a hospitalidade pode tornar-se, aos olhos da lei e dos seus representantes, um crime? (Derrida, 1997, p. 73-74 *Apud* Penschaszadeh; Sferco, 2019, p. 160).

Prosseguem Penschaszadeh e Sferco, afirmando que Derrida se utiliza do exemplo de Antígona para debater uma Justiça sempre por licença:

Leis não escritas transcendem as leis da *pólis*, e a hospitalidade incondicional só pode ocorrer como uma transgressão das leis particulares que procuram regular e regular a chegada de estrangeiros, não nacionais, “aqueles” que *a priori* parecem “indignos”. Não devemos nos surpreender, então, que a hospitalidade possa vir a se tornar um “crime” aos olhos do Estado, uma vez que envolve um ato de desobediência a leis positivas em nome de certas leis superiores e não escritas da humanidade com base no reconhecimento de a “Dignidade” do outro. Esse respeito à dignidade que fundamenta uma tradição milenar será recebido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, após a Segunda Guerra Mundial (Penschaszadeh; Sferco, 2019, p. 160).

No contexto, é interessante ressaltar o conceito de “crimigração”, em que Moraes (2016) descreve assumir dois sentidos, quais sejam: (a) o primeiro, a própria ampla relação entre política criminal e migratória: (i) o direito migratório a serviço do criminal, por exemplo, a transferência para o âmbito do direito administrativo de sanções antes restritas ao direito penal; a competência da polícia para admitir o ingresso, permanência e naturalização de indivíduos, bem como para receber solicitações de refúgio; a expulsão para indivíduos que cometeram crimes; (ii) o Direito Penal como reforço do controle de fronteiras, como por exemplo a criminalização dos fluxos migratórios; (b) o segundo, em um sentido negativo e mais específico, que justamente a criminalização das migrações, em destaque na Europa e nos Estados Unidos.

Assim, a partir da lição dos citados doutrinadores, pode-se entender que a fraternidade passa a ser um redirecionamento do pacto social, a partir da aprovação da existência de um panorama típico referente aos diferentes sujeito das relações políticas visando garantir “[...] a identidade específica de cada um (e a defesa de seus respectivos direitos) num quadro de referência unitária, que é a família humana” (Baggio, 2008, p. 103-104).

Para efeitos do estudo em análise, entende-se que o termo de hospitalidade não se adequa a pesquisa, haja vista que pressupõe uma relação vertical e há a figura daquele que convida e daquele que recebe o convite. Da mesma forma que os termos caridade e cuidado encontram-se nessa mesma condição (Penschaszadeh; Sferco, 2019). Lado outro, o termo solidariedade é o utilizado, porquanto pressupõe uma relação horizontal, ou seja, uma relação de iguais.

Nesse ponto, analisa-se o fatídico caso de Cedric Herrou, a despeito de existirem outros acontecimentos, tais como na Itália, com a capitã Carola Rackete que comandava um navio de salvamento humanitário (Verdú, 2019) e na Hungria, quando Parlamento húngaro aprovou pacote de medidas que criminalizam e castigam com pena restritiva de liberdade indivíduos e grupos que ajudam imigrantes irregulares (Sahuquillo, 2018).



Cedric Herrou é um francês que se dedicava ao cultivo de cerejeiras e oliveiras. Contudo, sua vida passou por mudanças no contexto do fluxo migratório ocorrido na França no ano de 2015.

Em 2016, Cedric Herrou transportou cerca de duzentos migrantes do continente africano, notadamente eritreus e sudaneses, que entraram ilegalmente na Europa. Ao transportá-los para a cidade de Breil-sur-Roya (fronteira com a Itália), local onde vivia, forneceu alimentação e estadia a homens e mulheres, bem como os instalou em um prédio da Sociedade Nacional dos Caminhos de Ferro Franceses.

Nesse mesmo ano, Cedric foi preso por transportar alguns migrantes que estavam sem documentos. Porém, continuou a transportá-los e a fornecer abrigo aos migrantes. Em razão disso, foi processado e os tribunais da França recusaram a dar andamento ao processo, sob a justificativa que suas condutas teriam propósito humanitário.

Na oportunidade, o procurador-geral recorreu do veredicto, alegando que Cédric Herrou era militante ativista contra a lei. O recurso foi provido e Cedric foi condenado em 2017 pelo Tribunal de Alta Instância de Nice, sob o fundamento que ele havia permitido a entrada, circulação e permanência ilegal de estrangeiros em território francês. Em análise aos casos supracitados, as autoras Penchaszadeh e Sferco (2019, p. 155) asseveram que:

Neste primeiro caso, a sua convicção centrava-se unicamente em ter facilitado a entrada de pessoas de Vintimiglia (Itália) em território francês. Porém, quanto à denúncia de ter prestado auxílio à permanência e circulação *no interior* do território francês, Herrou beneficiou da exceção prevista no artigo L.622-4 (que isenta de penalização quando o auxílio não envolve qualquer compensação monetária ou outra); nesta ocasião, o tribunal considerou o auxílio à circulação um requisito indispensável para a permanência do auxílio. Da mesma forma, a SNCF (Sociedade Nacional dos Caminhos de Ferro Franceses) tomou parte cível neste processo contra Herrou pela ocupação, em outubro de 2016, de um edifício desocupado desta empresa para acolher 57 migrantes, 29 dos quais eram crianças. Sobre este ponto, Herrou, que tinha sido acusado do crime de "instalação em reunião por motivo de terceiro sem autorização", foi declarado "inocente" porque o Tribunal considerou que a ocupação respondia a um "estado de necessidade".

De acordo com as autoras, Cedric foi julgado pela segunda instância no mesmo ano, ocasião em que foi novamente condenado pelo Tribunal de Recurso de Aix-en-Provence, após recurso da Sociedade Nacional dos Caminhos de Ferro Franceses da decisão colegiada que o inocentou da ocupação do seu prédio (Penchaszadeh; Sferco, 2019).

Diversamente ao que foi decidido no Tribunal de Alta Instância de Nice, em Aix-en-Provence vaticinou-se que referente aos auxílios de permanência, ainda que não possuísse compensação, Cedric foi considerado “militante” e visava que não tivesse aplicação a legislação de imigração. Igualmente não foi reconhecido a tese defensiva de “estado de necessidade” em relação à ocupação do edifício, e assim foi condenado pelo crime de instalação não autorizada no prédio da Sociedade Nacional dos Caminhos de Ferro Franceses.

De acordo com a acusação e respectivas decisões, Cedric violou o artigo L.622-1 previsto no Decreto-Lei de 1938 que regulava a entrada de estrangeiro e o direito de asilo na França e foi condenado a pena de quatro meses de prisão e três mil euros pelo “crime de solidariedade”, em referência a expressão cunhada na década de 1990 pelo Grupo de Informação e Apoio ao Imigrante.

A defesa de Cedric apresentou *Question Prioritaire de Constitutionnalité* ao *Conseil-Constitutionnel* da França aduzindo, em síntese, que era vítima do delito de solidariedade, haja vista que estavam criminalizando a solidariedade e vulnerando o princípio da fraternidade de raiz constitucional.



Ao analisar as razões recursais, na Decisão nº 2018-717/718 QPC, de 06 de julho de 2018, o Conselho Constitucional deu provimento ao recurso e decidiu que Cedric Herrou era inocente das acusações que lhe imputaram, sob alegação de que “a liberdade de ajudar os outros, para fins humanitários, independentemente da regularidade de sua permanência em território nacional” e que “a Fraternidade é um princípio com valor constitucional vinculante, o que permitiria auxiliar os outros com fins humanitários” (Conseil Constitutionnel, 2018).

A condenação foi anulada e o processo foi remetido a Lyon, ocasião em que foi posto em liberdade (Conseil Constitutionnel, 2018). Contudo, o procurador-geral recorreu novamente do julgado, todavia, sem êxito. Dois meses depois, o Tribunal de Cassação anulou a condenação de Cédric Herrou e devolveu o caso a Lyon, onde foi libertado em 13 de maio de 2020.

Sucessivamente, o Parlamento da França modificou a legislação a fim de proteger aqueles que ajudam, “hospedando” ou “facilitando o trânsito de migrantes”, mas sem obrigá-los a entrar no território sem qualquer contrapartida e com fins absolutamente humanitário.

Após analisar o caso Cedric Herrou, assim como tantos outros eventos similares, pode-se indagar desde quando e como é possível manter um sistema funcionando à base da premência e da necessidade, invertendo-se os princípios constitucionais e legais da solidariedade em nome de uma suposta segurança social, mormente se esse modelo penal é fragmentado e insuficiente para dar uma resposta satisfatória ao problema da imigração?

A resposta relaciona-se, em boa medida, aos ataques terroristas nos EUA em 2001 e na Espanha em 2004. Tais eventos demonstraram que os integrantes da comunidade internacional deveriam ficar alerta em suas respectivas políticas de segurança. Paralelo a isso, colocou-se em dúvida a solução efetiva para essa situação, afinal questionou-se o modelo de (in)vulnerabilidade e (in)segurança dessas potências.

Face a isso, é necessário criar um estado belicoso e “[...] a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações”. De modo a criar, o que Hardt e Negri (2005, p. 33-34) entendem como um “regime de biopoder”, consistente em uma forma de governo baseada no controle da população e na (re)produção dos aspectos da vida em relação.

A guerra assume um novo rosto, qual seja: de preservação da ordem correlacionada com os anseios neoliberais com vistas a difundir a ideologia liberal. Vale dizer que a globalização é reduzida a uma feição meramente econômica e o conceito de guerra passa ser distinto daquele originalmente criado.

Wermuth (2011, p. 170), apropriadamente, adverte que o termo guerra assume outras conotações e não da guerra propriamente dita. Vale dizer que não se trata do uso da violência em si ou mesmo a utilização de armamentos para matar o inimigo, mas sim como “manobra política para conseguir adesão de forças sociais em torno de um objetivo de união típico de um esforço de guerra, podendo-se citar como exemplo as “guerras contra a pobreza.”

Essa mobilização permitiu uma expansão da política de “guerra às drogas”, em sua versão moderna e rapidamente difundida para outros países. A base ideológica dessa política foi fornecida pelo Movimento de Defesa Social.

Conforme a criminóloga Olmo (2004), esse Movimento representou uma ideologia e concepção abstratas, na qual se destacam as noções de bem, de mal e de culpabilidade, enquanto seus elementos fundantes, de forma que a última delas (culpabilidade) adquiriria um papel central e unificador de normas universais que deveriam ser impostas independentemente do seu ambiente de aplicação.



Nas compreensões da autora, o que se quer é uniformizar “o controle social transnacionalmente através destes códigos [que] significa dar ao delito um caráter abstrato e a-histórico, esquecendo-se sua especificidade concreta em cada formação social” (Olmo, 2004, p. 119).

Da mesma forma, quando da mobilização contra o terrorismo, os EUA “[...] deixaram claro que deveria estender-se por todo o mundo e por tempo indefinido, talvez décadas ou mesmo gerações inteiras.” (Hardt; Negri, 2005). Nesse passo, o uso e a expansão do Direito Penal passou a servir de solução e legitimação para esse combatido quadro de condutas ditas “terroristas.”

Assim, na sociedade de risco da pós-modernidade o que se percebe é que há, também, uma aceleração de respostas penais por parte do sistema de justiça criminal na tentativa de resguardar os interesses e direitos dos países (Beck, 2011). Nesse particular, paga-se com isso um alto preço, que é o de utilizar o Direito Penal à margem de princípios clássicos, o que acaba por subverter até mesmo o ordenamento constitucional, já que nesses casos, praticamente, parte-se de uma presunção de culpa - e não de inocência - daquele que é alvo da guerra, ou melhor, o inimigo.

Essa discriminação do trato conferida pelo Estado entre cidadão e inimigo foi preconizada por Günther Jakobs (2007), o qual entende necessária para combater a macrocriminalidade. Isso porque o primeiro, a despeito de poder cometer um delito, eventualmente, diferencia-se do inimigo de Estado, porquanto este age e tem dogmas e princípios diametralmente oposto ao estado de cidadania e ameaçam o sistema social.

Ao idealizar essa diferenciação, Jakobs (2007, p. 57) propõe que os inimigos representam uma ameaça a paz social, bem como não podem ser referidos como pessoas e sim que devem ser combatidos como não pessoas. Isso porque esse homem ou mulher que não aceita a ser compelido a entrar em um estado de cidadania não poder ter conferido os beneplácitos do conceito de pessoa, uma vez que a função do Direito Penal do inimigo visa eliminar o perigo retratado por indivíduo (não-pessoa) que se localiza apartado do pacto social definido e sequer oferece garantias que retornará a atuar com lealdade às regras impostas pela comunidade em que vive.

Nesse sentido, Fayet Junior e Marinho Junior (2009, p. 86-89), com precisão, vaticinam que o Direito Penal, na tentativa de tutelar bens jurídicos, garantir a segurança pública e educar a moral da sociedade é utilizado como pedra angular do sistema. Todavia, essa espécie de legislação é afrontosa, porquanto não consegue cumprir minimamente as funções que lhe são atribuídas, não raro colocando em risco os bens que pretende proteger.

Pode-se dizer, ainda, na linha de pensamento de Bauman (2003), em sua obra “A modernidade líquida”, que, quanto mais leis instrumentais ou de conteúdo material se criam, mais incertezas se produzem, sobretudo porque as certezas de ontem se desfazem muito rapidamente na modernidade (ou pós-modernidade). A velocidade das transformações ocorre de maneira alucinante e, na tentativa de se reger esse conturbado quadro, os procedimentos e padrões normativos acabam por gerar mais inconstâncias e perplexidades.

Não deixa de ser igualmente curioso que, já em 1764, quando Beccaria publicou seu livro “Dos Delitos e das Penas”, já alertava para o fato de que as criações de tipos penais eram imaginadas como forma de trazer mais segurança, na realidade, causavam - e causam - mais comportamentos erráticos do que adequados às novas leis incriminadoras (Beccaria, 2000, p. 119).

Baseando-se nas reflexões de Bauman (2003; 2005), pode-se afirmar que o uso do Direito Penal no combate ao fluxo migratório resulta de uma ação política dos países ditos de primeiro mundo em manipular o sentimento populacional contra um inimigo. No caso, o



medo dos terroristas e a aversão aos migrantes formam um amálgama potencialmente devastador que se retroalimenta.

Prossegue o sociólogo refletindo que a população dessas nações abriu mão das suas prerrogativas individuais diante do poder do Estado em troca de uma sensação de segurança contra os migrantes e destaca que:

Enquanto a incerteza econômica não é mais preocupação de um Estado que preferiria deixar para seus súditos individuais a busca individual de remédios individuais para a insegurança existencial individual, o novo tipo de temor coletivo oficialmente inspirado e estimulado foi colocado a serviço da fórmula política. As preocupações dos cidadãos com seu bem-estar foram removidas do traiçoeiro terreno da précarité promovida pelo mercado, no qual os governos dos Estados não têm capacidade nem vontade de pisar, e levadas para uma área mais segura e muito mais telefotogênica, em que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública (Bauman, 2005, p. 71).

Nessa perspectiva, os migrantes passam a condição de “monstros humanos”, utilizando-se a expressão de Foucault (2002), haja vista que eles representam e, ao mesmo tempo, são a própria infração, cuja resposta a eles não advém da lei, porquanto involuntariamente estão e estarão sempre fora da lei, dada a exclusão social e a falta de capacidade de se adequarem as regras de comportamento daquele pacto social.

Segundo Foucault: “o que faz a força e a capacidade de inquietação do monstro é que, ao mesmo tempo em que viola a lei, ele a deixa sem voz. Ele arma uma arapuca para a lei que está infringindo” (Foucault, 2002, p. 70).

Nessa linha de entendimento, se se opta por tratar o fenômeno da solidariedade para com os migrantes em uma sociedade de risco pelo viés puramente penal, geram-se, de outra banda, inevitáveis e indesejáveis subprodutos, como o incremento de novos tipos penais, aumento do número de prisões e a falta de resolubilidade para as várias nuances que envolvem as relações dos fluxos migratórios.

Nesses casos, a expansão penal não visa tutelar a dignidade de homens e mulheres estrangeiros que buscam solução humana para as suas necessidades básicas, mas sim defender a comunidade dessas ditas “pessoas indesejáveis” valendo-se da lei penal para o respectivo controle da imigração. Nesse panorama, os crimes de solidariedade visam punir o imigrante e as pessoas que compadecem com a situação desses indivíduos, que de certa forma são vistos como aqueles que promovem o fluxo imigratório não autorizado.

Assim, os migrantes são vistos como ameaças ao patrimônio, às pessoas e às instituições daqueles países que não lhe querem e são observados, invariavelmente, como os novos inimigos da sociedade ou mesmo parasitas do Estado - providência.

Tudo isso se deve porque se passa a politizar a lei penal, ou seja, utiliza-se a criminalização de condutas como política de segurança. Nessa direção, o Direito Penal assume traços de instrumentalização caracterizada como função preventiva e não repressiva, bem como há uma flexibilização das garantias processuais em nome da suposta eficiência do combate aos novos inimigos do Estado, qual seja, os migrantes ilegais.

Essa espécie do que se pode chamar de aceleração de respostas penais a problemas sociais se reflete também no próprio modo de funcionamento do Direito Penal que passe a ser fomentado como um Direito Penal de autor.

Vale dizer que se abandona o Direito Penal de fato e, conseqüentemente, a reinserção social em nome e em reforço à exclusão dos migrantes. Tal atitude importa em expansão do Direito Penal e franqueia espaço para que a doutrina de Jakobs (2007; 2012) seja aplicada



contra o fluxo migratório, uma vez ao ser considerado imigrante ilegal, intrinsecamente, converte-se em criminoso e/ou tem contra si sanções que lhe enclausuram.

CONCLUSÃO

Como se viu, o fenômeno da imigração ilegal é complexo e não se esgota no tratamento retributivo que lhe empresta o Direito Penal tradicional. Se, de um lado, o fluxo migratório, inegavelmente, deu luzes a situação de homens e mulheres que imigram querendo uma qualidade de vida, emprestando visibilidade a esse fenômeno, de outro lado evidenciou que a solução penal não é a mais adequada para o trato desse intrincado problema social.

Nessa linha de entendimento, se se opta por tratar o fenômeno da imigração em uma sociedade de risco pelo viés puramente penal, geram-se, de outra banda, inevitáveis e indesejáveis subprodutos, como o incremento do Direito Penal de autor, a edição de novos tipos penais, aumento do número de prisões e a falta de resolubilidade para os vários nuances que envolvem as relações solidárias daqueles que acolhem homens e mulheres estrangeiros, violentados em seus mais mezinhos direitos.

Sendo assim, a aplicação da doutrina de Jakobs (2007; 2012) reforça as atitudes imperialistas dos países europeus que deram causas, em boa medida, às sociedades marcadamente desiguais nos países que tem altos índices de fluxo migratório.

Assim, o Conselho Constitucional da França, ao absolver Credric Horrou, vaticinou que o princípio da solidariedade, consistente em “ajudar o outro de maneira altruísta, com fins humanitários, sem considerar a regulamentação de estadia em território nacional”, apresentando-se como muito mais eficaz do que o sistema de justiça calcado na noção de culpa e de retribuição pela imposição de pena.

Este, talvez, seja o momento adequado para visitar o lema da igualdade, liberdade e fraternidade, da Revolução Francesa, e reacender as luzes do Iluminismo em nome da solidariedade, para que os migrantes, homens e mulheres iguais a qualquer um de nós, recobrem o mais elementar princípio, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Brasília. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido/1**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2**: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.





BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra ed., 1994.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Décision n° 2018-717/718 QPC**. M. Cédric H. et autre. Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. 6 juillet 2018. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

FAYET JUNIOR, Ney; MARINHO JUNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

HIPPERTT, Daniel; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Anátema Institucional Criminógeno na Conjuntura da Imigração Ilegal do Século XXI: Uma Abordagem Sócio-criminológica da Delinquência dos *Fereign-born*. In: ROCHA, Salette Casali Rocha; ALVES, Roseli Teresinha Michaloski; MUJAHED, Daniela E. Urío. (Org.). **Direitos humanos em Direito Comparado**. Francisco Beltrão, PR: Grafibem, 2016. v. 01, p. 256-274.

JAKOBS, Günther. La pena estatal: significado y finalidad. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). **Derecho penal y sociedad**: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

PENCHASZADEH, Ana Paula; SFERCO, Senda Inés. Solidaridad y Fraternidad. Una nueva clave ético-política para las migraciones. **REMHU: Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana**, Brasília, v. 27, n. 55, Jan./Abr. 2019.

POZZOLI, Lafayette; DA CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal. **Revista Em Tempo**, v. 9, 2011.

SAHUQUILLO, María R. Hungria aprova a polêmica lei que criminaliza a ajuda aos imigrantes. **El País**, Madri, 21 jun. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/21/actualidad/1529586785_301024.html. Acesso em: 20 abr. 2024.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Migração e racismo ambiental: um olhar para a (in)sustentabilidade e para a (sub) cidadania. In: BESTER, Gisela Maria (Coord.). **Direito e ambiente para uma Democracia sustentável**. Curitiba: Instituto memória, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA, Stefano Giacomini. **De inimigo do estado a sujeito de direito**: o *status* jurídico do imigrante no Brasil. 2020. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC.

VERDÚ, Daniel. Detida capitã de barco de migrantes que desafiou Salvini. **El País**, Roma, 29 Jun. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/29/internacional/1561778170_636083.htmls. Acesso em: 21 abr. 2024.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Européia: do “descaso” ao “excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 167-204, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1548>. Acesso em: 04 set. 2021.