

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E MIGRAÇÃO: A RADICALIZAÇÃO DA
VIOLÊNCIA E INSTRUMENTALIZAÇÃO BIOPOLÍTICA DA VIDA**

Letícia da Silva Nigris

Passo Fundo - RS, março de 2019.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

DIREITO PENAL DO INIMIGO E MIGRAÇÃO: A RADICALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E INSTRUMENTALIZAÇÃO BIOPOLÍTICA DA VIDA

Letícia da Silva Nigris

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo - RS, março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Em mais uma etapa que se encerra, agradeço a todos que fizeram parte do meu caminho até o momento e que juntos me deram razões suficientes para acreditar na beleza da vida e na importância de cada momento que a compõe.

Assim, refletindo acerca da fase que se encontra em pleno andamento, em que os conhecimentos adquiridos no decorrer do Mestrado em Direito foram, como um marco de continuidade, exigidos da minha figura de aprendiz, agradeço, em especial, à minha família, que permaneceu e permanecerá ao meu lado por toda a caminhada que ainda será percorrida, às pessoas que no âmbito de atuação me propiciaram os conhecimentos necessários para a confirmação da escolha realizada, que dará fundamento à minha vivência. Por fim, aos colegas e amigos que, simplesmente pelo fato de existirem, já tornam a minha trajetória mais significativa e prazerosa.

DEDICATÓRIA

À minha família, simplesmente por serem os responsáveis pela pessoa
que hoje sou.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, fevereiro de 2019.

Letícia da Silva Nigris
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

SUMÁRIO

RESUMO	p.08
ABSTRACT	p.09
INTRODUÇÃO	p.10
1 ASPECTOS CRÍTICOS DA MIGRAÇÃO NOS SÉCULOS XX E XXI	p. 14
1.1 O fluxo migratório internacional	p. 15
1.2 Dimensões do fenômeno	p. 25
1.3 Mobilidade humana como produto de uma sociedade capitalista	p. 31
1.4 Clandestinidade e políticas migratórias de restrição	p. 37
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E MIGRAÇÃO: DA RACIONALIDADE EXTREMA À EXCEÇÃO PERMANENTE	p. 43
2.1 O bem jurídico no discurso da emergência penal	p. 44
2.1.1 O bem jurídico e Direito Penal	p. 46
2.1.2 Emergência da tutela penal e as funções do Direito	p. 53
2.1.2.1 Utilitarismo jurídico	p. 59
2.1.2.2. Prevenção Geral Positiva	p. 60
2.2 Bases político-criminais e do Direito Penal do Inimigo	p. 63
2.2.1 Direito Penal do Inimigo e seus pressupostos teóricos	p. 66
2.3 Direito Penal do Inimigo e a sistematização de Estados de Exceção	p. 71
2.4 O Direito Penal do Inimigo como racionalidade totalitária	p. 76
2.5 O migrante como sujeito de risco: "impureza" e construção de um "inimigo"	p. 80
3 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA VIDA HUMANA, DIMENSÕES DO PODER E POSSIBILIDADES DE DESCONSTRUÇÃO DA LÓGICA DO "INIMIGO"	p. 85
3.1 Estado de Exceção e vidas descartáveis: paralelos com o "inimigo migrante"	p. 86
3.1.1 A racionalidade por trás da migração: o inimigo enquanto representação	p. 95
3.2 Biopolítica e Biopoder versus Necropolítica e Necropoder	p. 102
3.3 A desconstrução do inimigo e a superação do limbo jurídico: pensando políticas de justiça ao migrante	p. 112
CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa “Dimensões Sociais e Relações de Poder” e busca compreender a atual forma de gestão da vida pelo Direito. Com enfoque no contexto atual da migração e as políticas de restrição e fechamento de fronteiras, tem como seu principal objetivo compreender como a figura do “diferente” se tornou a face do “inimigo” que deve ser combatido pelo simples receio do risco abstrato que representa à sociedade em que se instala. Com base em teorias com a do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, estudar-se-á a racionalidade velada por trás das políticas públicas que estão a tornar o direito uma ferramenta para a produção do descarte humano e relativização de direitos e garantias fundamentais. Com isso serão analisados os fundamentos do próprio direito penal, para compreendermos em que ponto a relativização do conceito de bem jurídico permitiu a instauração desse formato de racionalidade. Diferente da biopolítica que trabalha o poder através da gestão da vida humana, o que se tem averiguado é a produção de uma necropolítica, conforme denomina o historiador Achille Mbembe. Assim, o objetivo principal da pesquisa é compreender se o Direito é uma forma de combate ou o simplesmente o facilitador para a instauração dessa forma de racionalidade violenta. Buscar-se-á compreender também como o Estado de Exceção desempenha papel essencial na permissão da criação de campos para depósito dos descartáveis. Aquelas pessoas que o sistema entende serem passíveis de eliminação, para garantir o discurso político de garantia da segurança sobre um medo que sequer se concretiza, porém, que é disseminado diariamente como forma de controle social para instauração de políticas públicas irracionais e gestão do poder.

Palavras-chave: Migração. Racionalidade. Biopolítica. Necropolítica. Exceção.

ABSTRACT

This dissertation is part of the Research Line "Social Dimensions and Power Relations" and seeks to understand the current way of managing life by law. Focusing on the current context of migration and the policies of restriction and closure of frontiers, its main objective is to understand how the "different" figure has become the face of the "enemy" that must be fought by the simple fear of the abstract risk that it represents to the society in which it is installed. Based on theories of Enemy Criminal Law developed by Günther Jakobs, we will study the veiled rationality behind the public policies that are making law a tool for the production of human discard and relativization of rights and guarantees fundamental issues. This will analyze the foundations of criminal law itself, in order to understand at what point the relativization of the concept of legal good allowed the establishment of this format of rationality. Unlike biopolitics that works power through the management of human life, what has been ascertained is the production of a necropolitics, as the historian Achille Mbembe calls it. Thus, the main objective of the research is to understand whether law is a form of combat or simply the facilitator for the establishment of this form of violent rationality. It will also be sought to understand how the State of Exception plays an essential role in allowing the creation of fields for the disposal of disposables. Those people that the system understands are subject to elimination, to guarantee the political discourse of security assurance on a fear that does not even materialize, however, that is disseminated daily as a form of social control for the establishment of irrational public policies and management of power.

Key-words: Migration. Rationality. Biopolitics. Necropolítica. Exception.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação é apresentada para fins de obtenção do título de Mestre em Direito pelo curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

Seu objetivo científico teve origem na intenção de dar continuidade a uma pesquisa iniciada no ano de 2011, sobre a existência de teorias de cunho mais extremista, que respondendo a anseios sociais e a um estado de medo permanente confrontam nitidamente princípios e garantias fundamentais. Para aquela pesquisa escolheu-se a análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, preconizada pelo filósofo alemão Günther Jakobs, em meados dos anos 1980. Para fins de análise introdutiva, naquele momento, buscou-se observar como a racionalidade de tal corrente estava sendo absorvida pelo ordenamento brasileiro, nitidamente perceptível quando da instauração do Regime Disciplinar Diferenciado.

Porém, decorridos alguns anos, quando do início do curso de mestrado, o projeto de pesquisa escolhido para o ingresso na seleção pretendeu a continuidade desses estudos que, antes com uma ideia conceitual, agora seriam pretendidos de uma forma mais minuciosa.

Para tanto, analisando o quadro global em que crises humanitárias se desvendam dia-a-dia, viu-se no contexto da migração o exemplo ideal para um aprofundamento sobre tais estudos e a compreensão da racionalidade extremada que hoje se instala por trás dos formatos de administração dos governos, principalmente quando entra em debate o contexto da mobilidade humana.

Assim, o objetivo científico desta pesquisa foi verificar como o Direito se posiciona diante da racionalidade extrema de teorias como a do Direito Penal do Inimigo e autoriza a relativização da proteção dos bens jurídico, para dar espaço a um formato de gestão de pessoas, sob preceitos que distanciam da função clássica de tutela do Direito Penal.

O problema é diagnosticado ao passo que tal lógica só existe ao passo que defende a existência do “diferente”, do “outro” socialmente não encaixável. O inimigo que deve ser combatido para a segurança da ordem normativa.

É nesse sentido que a migração moderna se torna o símbolo desse humano “diferente”, que se busca a exclusão e até mesmo a eliminação da sociedade.

A hipótese que se levanta com a presente pesquisa é, dessa forma, se o Direito, com suas premissas e garantias fundamentais, é capaz de ceifar tal racionalidade excludente, para buscar a construção de políticas públicas que tenham uma visão crítica dos sintomas sociais.

A intenção da pesquisa não é ser uma fonte exclusiva quanto ao fenômeno da migração em si, mas sim, compreender como a racionalidade biopolítica se transforma em necropolítica e faz uso do aparelho jurídico para se instituir em relação ao “diferente”, ao “inimigo”. Caracterizações que se adequam perfeitamente a figura do migrante atual.

A “crise da migração”, ou melhor, a crise humanitária que presenciamos no atual contexto global, será o ponto inicial para partirmos para um estudo que busca ir além na compreensão de como as políticas criminais estão sendo verdadeiros artifícios para a instauração de necropolíticas. Ou seja, a racionalidade que aceita a produção da morte e se perfectibiliza no cenário da migração.

O estudo está vinculado, dessa forma, às Dimensões do Poder, linha de pesquisa desenvolvida no programa de mestrado. Pretende-se questionar, assim, o que está por trás da incapacidade jurídica de gestão social e a possibilidade de se confiar ao direito a tarefa de proteção à vida.

Como método, partindo do fato de que se buscou a pesquisa de um fenômeno para então obter-se uma percepção geral sobre o que o conduz e sustentar assim, uma formulação geral, foi utilizado o formato indutivo¹ de pesquisa. A partir da colheita de elementos cotidianos, buscou-se sua reunião para análise e investigação do que está detrás de tais fenômenos.

Como técnica de pesquisa utilizou-se o método monográfico². Específico das ciências sócias, do qual se partiu do princípio de que o estudo profundo de determinados casos, pode gerar um representativo de muitos outros, ou até de todos

¹ Sobre metodologia vide: PASOLD, Cesar. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 13ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 90.

² Sobre método e técnica vide: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 108.

os casos semelhantes. Para melhor explicarmos, o método monográfico consiste no estudo de determinado indivíduos, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obterem-se generalizações.

A presente investigação assim examina a categoria social dos migrantes e busca compreender, através do formato das políticas públicas que a eles são impostas, qual racionalidade está nos gerindo enquanto seres humanos e ordem social.

A vantagem desse formato de pesquisa está no estudo da possibilidade de abrangência desta categoria de pessoas, sem a separação de aspectos individuais, para, com respeito a esta “totalidade solidária”³, compreender que forma de racionalidade estamos desenvolvendo e refletindo na própria gestão governamental. Esse formato de método é condizente, portanto, à metodologia indutiva de estudo.

Assim, os resultados do ato de exame da hipótese levantada estão expostos na presente dissertação em três fases. A primeira é configurada numa linha explicativa que busca analisar e compreender o fenômeno prático proposto. A segunda busca a discussão através da explicação, fundamentação e enunciação de algumas proposições. Por fim, o terceiro momento traz a demonstração da construção da lógica do trabalho. De forma sintetizada, demonstraremos a seguir.

Principia-se, no primeiro capítulo, com uma apresentação sobre o fenômeno da mobilidade humana em sua atual configuração. Busca-se demonstrar como a migração sofre abusos do sistema econômico e social, que nos conduz um tratamento de descarte e políticas de restrição que, no fundo, acobertam uma nova forma de racionalidade social, que será o foco de debate do segundo capítulo.

Dessa forma, a segunda seção desta pesquisa cuida de aprofundar um pouco mais o debate pretendido e ingressar na ideia de como a proteção do bem jurídico se remodelou na atualidade, alterando as funções declaradas do Direito Penal. Isso permitiu a abertura de espaço para o crescimento de medidas que se desviam dos ordenamentos e sistematizam Estados de Exceção permanentes a escusa de uma ideia de emergência penal.

Nesse ponto que se tornará fundamental o estudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo, como discurso referência para diversos ordenamentos em vigor. Apoiando a alteração da função do direito penal, a racionalidade de tal teoria, se

³ LAKATOS; MARCONI. 2003,p. 108.

tornou o meio para concretização de discursos de supressão que estão a tornar o próprio direito no artifício que desagrega.

Dessa forma, a migração é um alvo da racionalidade proposta pela Teoria do Direito Penal do Inimigo e exemplo contundente de que o Direito deixou de ser o bloqueio da exclusão, para se tornar o seu maior facilitador.

Por fim, o capítulo terceiro se dedicará a demonstrar que o conceito clássico da biopolítica deu caminho, junto à racionalidade da existência de um inimigo social, para a produção, da denominada pelo historiador Achille Mbembe, necropolítica.

Isso significa a existência de uma realidade que não tem a política como uma forma de administração da vida, defendida pelo conceito da biopolítica, mas sim, um formato de soberania que governa através da produção da morte. Essa morte não é do indivíduo civil, mas da vida nua, onde então podemos inserir a figura do migrante.

A partir desses conceitos, se buscará compreender quais os caminhos necessários para desconstruirmos essa ideia da existência de um inimigo social a ser temido constantemente, e eliminarmos a racionalidade extrema que utiliza o Direito como seu principal instrumento de eliminação e segregação social.

CAPÍTULO 1

1. ASPECTOS CRÍTICOS DA MIGRAÇÃO NOS SÉCULOS XX E XXI

Vivemos uma era em que o mundo globalizado conecta informações em uma grande rede mundial, pensa uma economia de globo e defende a ideia da criação de um cidadão global. Porém, a prática cada vez mais parece se diferir desse caminho ideológico que se quer mostrar, uma vez que o que se presencia, em verdade, e como resultado de um mundo regido por diversos interesses, principalmente econômicos, é o encerramento de fronteiras, criação de políticas de exclusão e a busca pela existência de um inimigo social a ser alvo de uma sociedade, direcionada por governos com políticas frustradas.

Nesse sentido, necessário se faz compreender um fenômeno de grande destaque dos últimos séculos e em evidência no cenário acima descrito: a mobilidade humana. A capacidade do ser humano de migrar e se refugiar, buscando alternativas às realidades impostas, muitas vezes pela miséria, pela fome, por guerras, pela falta de emprego e até mesmo por alterações ambientais que vêm transformando diversos territórios mundo afora e deslocando coletividades.

Nas últimas décadas, as migrações internacionais e os pedidos de asilo passaram a ter um considerável aumento em sua importância e complexidade, principalmente quanto a suas características, destinos migratórios, o formato de deslocamento pelo espaço, temporalidade do fluxo; as políticas públicas de controle e gerenciamento, estratégias dinâmicas de regresso, questões culturais, causalidade diversas, etc.⁴

Assim, o objetivo deste primeiro capítulo, é analisar o atual fluxo exacerbado de pessoas, como um possível produto de uma sociedade capitalista, e como a mobilidade sofre diversos abusos desse sistema, que a projeta como uma forma de obtenção de mão-de-obra barata, passível de descarte através da criação de políticas de restrição e manutenção permanente em situação de clandestinidade.

⁴ PAVIANI, Jayme. *Globalização e humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 23.

1.1. O fluxo migratório internacional

As fronteiras antes estabelecidas por demarcações geográficas a limitar o território dos Estados e, por consequência, suas políticas internas de gerenciamento, hoje não são mais o fator que determina o funcionamento de uma nação. Cada vez mais a existência de instituições de cunho internacional acarreta em medidas a serem adotadas a nível global, regravando, assim, o modo como os Estados-nação devem se portar diante das relações transnacionais que se estabelecem e comandam também o funcionamento interno de um país.

Ao princípio da territorialidade, o mundo das redes de relações contrapôs um modo completamente diverso de articulação dos indivíduos e das coletividades, expressa Badie⁵. Para o autor, esse modo se deu de duas formas, o primeiro fundado no imediatismo e na exaustividade, e o segundo, nas relações livres de constrangimentos espaciais; sendo que um implicaria no fechamento e na supressão e outro no acesso e inclusão. Ou seja,

Num caso, as relações construídas são eminentemente políticas, fundadas na lealdade própria dos cidadãos, no outro são funcionais e supõem lealdades móveis, não hierarquizadas, muitas vezes sectoriais e frequentemente voláteis. A ordem das redes de relações atravessa a do território, enfraquece-a fá-la perder precisamente essa coesão e esse caráter excepcional que fundavam a sua natureza essencialmente política. Esse é, de facto o traço dominante deste modo de relação: ao dar aos laços sociais privados uma pertinência transnacional, ele acentua o estatuto do indivíduo na cena mundial, marginaliza, por contragolpe, o papel internacional do cidadão e tende a despolitizar e a desterritorializar as relações internacionais.⁶

Essa realidade é urgente e dinâmica, visto que com isso, em resposta a essa construção, não temos mais nações a migrar, mas sim, fluxos que cruzam o mundo “(fluxo de imigrantes, turistas, refugiados, tecnologias, capitais, imagens midiáticas, ideologias, lutas sociais, direitos, produtos étnicos, etc.)”, redes com ampla dinamicidade e diversos vínculos, que acabam por produzir fronteiras deslizantes e sistemas transmigracionais.⁷

⁵ BADIE, Bertrand. *O fim dos territórios: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 158.

⁶ BADIE, 1995, p. 159.

⁷ TEDESCO, João Carlos. *Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais: brasileiros na Itália*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2010, p. 13.

Hoje, no entanto, graças à revolução envolvendo custos e a velocidade dos meios de transporte e comunicação, os atuais emigrantes do século XXI, de longo prazo, diferentemente dos do século XIX, já não ficam totalmente separados de suas comunidades de origem, como em outras gerações, que apenas por cartas, visitas esporádicas ou pelo “nacionalismo de longa distância” das organizações de emigrantes⁸.

Não há mais uma separação permanente, e sim a facilidade de manutenção de contato e até mesmo de deslocamento entre as nações; os mais prósperos, por exemplo, possuem livre acesso de suas casas, trabalhos e negócios, tanto no país novo, quanto no antigo, até mesmo os mais pobres já podem realizar ligações telefônicas baratas e evitar uma separação duradoura e imutável.⁹

Nesse sentido, o fenômeno migratório e a busca de refúgios junto a essa forma de governança mundial, é um fato social amplo e de grande magnitude no mundo atual, composto de vivências humanas e de mudanças sociais (emancipações, ambições, etc.), não sendo uma dinâmica de um só vetor, nem somente de um só espaço e tempo, mas sim, a alimentar-se de diversos processos do mundo contemporâneo.¹⁰

Essa complexidade se torna visível em função de serem detectados nesse fenômeno fatores positivos e negativos que vêm a se combinar e impulsionar sua expansão, quais sejam: escapar à própria gravidade do Estado-Nação num contexto de mundialização econômica e de crescente desagregação entre o domínio do Estado e a esfera das atividades privadas; e, criar espaços de substituição quando a integração pela cidadania parece desacertar¹¹.

Diferentemente do observado nos séculos passados e até por nossos ancestrais, o fluxo migratório que mobiliza massas nos dias atuais não mais apresenta a característica colonizadora que antes lhe era predominante, ao buscarem lugares para estabelecer residência fixa, fazendo, ao mesmo tempo, do novo país sua própria nação e criando nela a representação da sua integração como povo.

⁸ HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das letras, 2007, p. 56.

⁹ HOBBSAWN. 2007, p. 58.

¹⁰ TEDESCO. 2010, p. 17.

¹¹ BADIE, 1995, p. 163.

Hoje a saída de um país traz consigo uma carga de fatores negativos diversos dos que a ocasionavam no passado. Eles significam desde um não encaixe social, a ausência de condições ambientais de manutenção da vida, a não prestação governamental dos direitos básicos até, e, principalmente, a restrição dos espaços no mercado de trabalho ou submissão contígua a situações de guerra. Ou seja, se criou uma nova cultura da mobilização.

Nessa movimentação, contudo, o que está a se observar, é que o indivíduo ingressante, não passa a fazer parte daquela nação a qual chega. Isso se dá, por um lado, pela facilidade de manutenção dos laços com o país de origem através dos meios de conectividade, e pelo estigma que carregam de serem os estranhos à nação ou àquela determinada sociedade que passam a integrar, não gerando assim, um sentimento de pertença. Por outro lado, isso faz ascender um círculo vicioso, ao passo que, ao não ser integrado, o mesmo também não desperta o desejo humano de ali pertencer, tornando-se apenas aquele que usufrui dos benefícios que a nova terra lhe proporciona, sem qualquer relação de troca, aos olhos dos nativos, perpetuando assim, a característica de intrusos e “não encaixados” à nova sociedade.

Ou seja, isso não significa que o indivíduo migrante, ao se deslocar, apenas utiliza dos benefícios daquele novo território e passa a ter uma vida plena e satisfatória, essa, na verdade, é a forma como são vistos por aqueles que ali já estão. O fato do não encaixe, faz com que estas pessoas sejam diariamente excluídas, abusadas e até mesmo apontadas como responsáveis por diversos males da sociedade receptora, o que agrava ainda mais sua situação no novo país.

Assim, deixar para trás um panorama de condições adversas de vida e perseguir a promessa de uma vida mais digna, tem feito, na maioria das vezes, com que imigrantes se sujeitem a situações inimagináveis para conseguir um documento que os permita permanecer num local onde tenham melhores oportunidades de trabalho e vida, de um modo geral.¹²

Independente do enriquecimento que o convívio entre diferentes povos e culturas signifique para aqueles que dele partilhem, é uma tendência dos dias atuais,

¹² GUIA, Maria João. *Imigração e criminalidade: caleidoscópio de imigrantes reclusos*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 63.

somente a observância dos problemas advindos de uma comunidade multifacetada¹³.

Outrossim, dentro desse panorama, a própria territorialidade como princípio, antes visto como um objeto a organizar as sociedades e, portanto, o globo, hoje está a ser motivo de diversos conflitos. É o que busca exprimir, Badie:

Em vez de unificar o mundo em torno de uma gramática comum das relações internacionais, o princípio da territorialidade divide, e de forma irremediavelmente dissensual. O território já não é somente um objecto de querelas e de contenciosos. As suas significações múltiplas e divergentes engendram cacofonias, discursos que, não se inscrevendo num mesmo registro, nunca se encontram, resultando em conflitos que se arriscam a não ter solução. Em suma, em vez de ser um meio de ordenamento do mundo, o território tende a tornar-se propriamente aporético.¹⁴

Em vista disso, o princípio da territorialidade, numa condição estritamente política, demonstra não se impor mais, de forma natural, como instrumento de dominação dentro das sociedades, explica o autor. Isso evidencia uma transformação de grandes dimensões, uma vez que o poder político passa a ser retratado não através do controle direto dos homens, mas sim, pela mediação do solo, passando a algo instrumental, longe de qualquer naturalidade ou projeção geográfica de certa comunidade, se tornando uma convenção política, ao invés.¹⁵

O problema que as nações vêm custando a compreender, é que o fim dos territórios não é uma característica somente do cenário internacional, muito menos um fator representativo de desordem permanente¹⁶. Isso se inscreve na história e ao longo do século XX se revelou para algumas nações como o fenômeno da globalização, ou mundialização, por outras, explica o autor.

Lamentavelmente, a crise do conceito de territorialidade parece erguer uma vulnerabilidade aos povos tanto social, quanto governamental, tornando assim todos aqueles que em determinado ponto geográfico se encontrem, alvos frágeis a mercê de terceiros em busca do poder. Nesse sentido,

¹³ GUIA. 2008, p. 64.

¹⁴ BADIE, 1995, p. 08.

¹⁵ BADIE, 1995, p. 09.

¹⁶ BADIE, 1995, p. 09.

Globalização ou mundialização: o processo reorienta tanto a ação como o conhecimento. Poderá fazê-lo no sentido de um combate de retaguarda: realistas e neo-realistas encontram numerosos argumentos para demonstrar que, apesar de tudo, o Estado resiste, que, ainda assim, os territórios permanecem e, sobretudo, que os efeitos do poder voltam a desenvolver-se e se amplificam. A crise do território aparece então como a astúcia suprema: fatal para os pequenos, ela alimenta substancialmente a capacidade das grandes potências, o seu apetite intervencionista, a sua pretensão reguladora. Capazes, à vez, de instrumentalizar os fluxos transnacionais e de melhorar o seu ascendente sobre os mais fracos, as potências manteriam o mundo, mais do que nunca, entre a ordem e a anarquia.¹⁷

Isso se tornou um problema ao passo que, no mundo antigo, mais “fechado”, movido por referências ideológicas e políticas representadas por seus Estados-nação, as referências culturais produzidas se baseavam nas fronteiras nacionais e as multietnias se uniam em torno da nacionalidade e não do nacionalismo e das xenofobias hoje intensificados.¹⁸

Assim, nesse mundo cada vez mais sem regulação, multicentrado, em desordem, se tornou manifesta a ambivalência da vida urbana com relação a essa “quebra de fronteiras”, ligada a impulsos contraditórios que Bauman¹⁹, em dois conceitos, denominou de “mixofilia” (a atração pelos ambientes que são heterogêneos e diversificados, que trazem a ideia do novo e desconhecido) e “mixofobia” (o medo surgido em relação ao volume irrefreável do que é desconhecido, inconveniente e descontrolável), sendo o primeiro a principal fascinação da vida urbana, e o segundo, em oposição, a aflição mais assustadora, principalmente, à vista dos mais desafortunados.

Criou-se nessa ambivalência, portanto, uma ideia de que o caos social, não está ligado à falta de políticas públicas que busquem atender aos interesses sociais, mas sim, com a existência do outro no nosso meio. Outro que não é aceito como uma parte do grupo, mas sim, visto como o estranho que surge para ameaçar a segurança, a moradia e, principalmente, as oportunidades de emprego já poucas e tão disputadas pelos nativos de determinada localidade.

Isso provoca uma animosidade em relação a este recém-chegado, que estimula tipos de violência, bem como o mau uso ou o abuso da condição de

¹⁷ BADIE. 1995, p. 206.

¹⁸ TEDESCO. 2010, p. 38.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 15.

vulnerabilidade pobre e trágica que carrega consigo²⁰. Refere ainda que, isso gera dois tipos de impulsos, sendo o primeiro facilmente detectado na fábula antigo de Esopo sobre as lebres e as rãs:

As lebres desse conto eram de tal modo perseguidas por outros animais que não sabiam para onde ir. Logo que viam um único animal se aproximando, costumavam se afastar correndo. Um dia elas viram um bando de cavalos selvagens atacando a área e, em pânico, correram a mergulhar num lago próximo, determinadas a se afogar para não viver nesse estado de temor permanente. Mas, ao se aproximar da margem do lago, um bando de rãs, elas próprias atemorizadas pela aproximação das lebres, correu e mergulhou na água. “Na verdade”, disse uma das lebres, “as coisas não são tão ruins quanto parecem”. Não era necessário preferir morrer a viver com medo. A moral da fábula de Esopo é inequívoca: a satisfação que a lebre sentiu, uma pausa bem-vinda em relação ao costumeiro desespero da perseguição cotidiana, foi extraída da revelação de que havia sempre alguém em condição pior que a dela.²¹

Com a leitura de tal passagem, se torna possível uma construção com as condições em que reagem, também, os mais desafortunados em relação à chegada do imigrante em seu território.

Ao contrário dos mais afortunados e qualificados, os menos afortunados não são capazes de comprar seu espaço em “áreas fechadas”, para se enclausurarem da desordem e confusão que terroriza cidades com suas ruas apinhadas, que os manterão expostos por toda vida aos perigos ocultos desse mundo hostil, inamistoso e problemáticos do ambiente urbano heterogêneo²².

Para estes que já são a camada social mais excluída e renegada, portanto, praticamente indesejáveis, por passarem acreditando terem chegado a uma espécie de fundo do poço, descobrir que pode existir um fundo mais abaixo que a sua própria condição é o tipo de evento que “lava a alma” e redime a dignidade humana que achava ser perdida junto ao pouco de autoestima que ainda lhe tenha sobrado.²³ Ou seja, prossegue o autor, a chegada de uma leva de imigrantes sem teto, “despidos” de seus direitos humanos não apenas na prática, mas até mesmo na letra da lei, oportuniza o raro surgimento de um evento assim, o que auxilia na explicação da relação entre a recente migração em massa e o aumento do sucesso da xenofobia, do racismo e uma multiplicidade extrema de nacionalismo; ainda, o

²⁰ BAUMAN. 2017, p. 29.

²¹ BAUMAN. 2017, p. 16-17.

²² BAUMAN. 2017, p. 18.

²³ BAUMAN. 2017, p. 17.

uso eleitoral, com sucesso, via discursos xenofóbicos e racistas, por seus líderes belicosos.

Em contraste com tal panorama, principalmente na Europa ocidental, a situação ambígua do fenômeno, intencional ou não, demonstra que ao mesmo tempo em que necessitam de mão-de-obra, embora queiram evita-la e/ou burocratiza-la; necessitam também de população, mesmo que ainda sigam impondo barreiras à inserção. Assim, a única coisa que parece consensual nisso tudo é a necessidade econômica dos fluxos de migrantes.²⁴

É inegável que o fenômeno da migração, independente da reação e mobilização social que acarreta. A falta de receptividade e os abusos sofridos não está a servir de desinibidor da conduta de migrar. Atualmente, o fenômeno é fomentado pela economia global que de certa forma, como sistema em si, parece prever a existência de tais fluxos como uma simples forma de barganhar mão-de-obra barata e extrair os benefícios que consegue usufruir para si.

O painel mundial cada vez mais aponta para um conjunto de fatores que através de um molde uniforme de liberalização do mercado, cortes nos gastos de políticas sociais, regulação mínima dos movimentos de capital privado, bem como a desregulamentação do mercado de trabalho, demonstra que os Estados estão a ser regidos em primeiro pela necessidade política do que por uma intervenção a ser sancionada pelo próprio povo.²⁵

Porém, por mais limitado que seja o efetivo controle da maioria dos Estados sobre seus territórios, há um costume feroz de defesa de sua soberania, seja pelo seu direito de governar, seja por sua autonomia e a possibilidade de optar pelas formas apropriadas de desenvolvimento político, social e econômico.²⁶

²⁴ TEDESCO, João Carlos. *Imigração e integração cultural: interfaces : brasileiros na região de Vêneto - Itália*. 2. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006, p. 57.

²⁵ HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 29.

²⁶ HELD; MCGREW. 2001, p. 30.

Os “pactos” singulares que os governos estabelecem com seus cidadãos continuam a ser fundamentais para sua legitimidade. As escolhas, os benefícios e a política social dos Estados variam drasticamente, conforme sua posição na hierarquia das nações, mas, na era dos Estados-nação, a independência conferida pela soberania, em princípio, ainda tem enorme importância para todos os Estados. Os Estados-nação modernos são comunidades políticas que criam condições para o estabelecimento de comunidades de destino nacionais, e poucos parecem dispostos a abrir mão disso.²⁷

A questão é, mesmo que atualmente os governos tenham se dobrado aos interesses das políticas econômicas neoliberais, embora ainda lutem pela manutenção de sua legitimidade territorial, de que forma é possível compreender seu papel quando se colocam de frente com a um fenômeno, fenômeno como a mobilidade humana, provocado e até mesmo esperado por esse formato de mercado, mas contrário aos interesses de sua população?

Ainda, o que legitimaria, na realidade, determinadas ações e decisões de governo ao autorizar ou não a entrada de pessoas, a quantidade, o momento e a forma, conforme também indaga Tedesco.²⁸

Para o autor, é fato que um país tem direito de escolher e decidir sobre quem será acolhido em seu território ou não, escolher quem serão seus imigrantes. Porém, outro questionamento que coloca em seu debate, é sobre se: “o princípio da liberdade não deveria falar mais alto do que a dimensão pragmática colocada em termos estatísticos e econômicos de necessidade e/ou incapacidade de sustentação e integração econômica?”²⁹

São todas questões de difícil adequação e solução, conclui Tedesco, visto que não se coloca em dúvida a existência de um “direito de estado”, ou uma “soberania política” sobre os territórios, que é responsável por definir o *chez-soi, sua casa*, onde os que não tiveram o privilégio de nascer num país rico podem deixar de ser considerados bem-vindos. Isso porque, explica a autor, em verdade, continua sendo direito dos Estados (nacionais) a concessão ou não de abrigo a determinados indivíduos ou grupos sociais, existindo regras de aceitação ou negação, que podem, no entanto e conforme a situação, se mostrarem flexíveis em razão das conveniências do Estado, suas necessidades, seleção, hábitos do mundo do

²⁷ HELD; MCGREW. 2001, p. 30.

²⁸ TEDESCO, João Carlos. *Entre raízes e rotas: identidades e culturas em movimento : aspectos da imigração brasileira na Itália*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012, p. 48.

²⁹ TEDESCO. 2012, p. 48.

trabalho, identidade cultural, etc., onde a política e a ideologia acabam por falar mais alto.³⁰

Várias alterações ocorreram com o passar dos anos, desde o início do século XXI o repovoamento da Terra já não se dá mais pelo tráfico de escravos, muito menos pela colonização de regiões extremas do globo; o trabalho, no seu conceito tradicional, não é mais a forma privilegiada de formação de valor; vivemos num momento de grandes e pequenas transferências e transposições, ou seja, novas figuras de êxodo.³¹

Hoje as formas de circulação e formação de diásporas passam, na maioria, por negócios, por guerras (refugiados), desastres ecológicos, catástrofes ambientais e transferências culturais de todos os tipos. O inverso dos excedentes demográficos reportados no século XIX se demonstra com o envelhecimento acelerado dos grupos das nações mais ricas do mundo, acontecimento de considerável alcance; a distância geográfica como tal, deixou de significar obstáculo à mobilidade e grandes rotas da migração acabam por se diversificar com a atuação cada vez mais sofisticada, dos dispositivos de evasão das fronteiras.³²

Não se pode ainda julgar todos os efeitos dessa extraordinária mobilidade transfronteiriça sobre o que se tinha dos conceitos de nação e nacionalismo mais antigos, mas não se têm dúvidas de que serão substanciais, afirma Hobsbawn³³. Nesse contexto, o autor coloca que,

[...] o documento crucial de identidade do século XXI não é a certidão de nascimento do Estado nacional, e sim o documento internacional de identidade – o passaporte. Qual é a profundidade com que a nacionalidade plural, real ou potencial – por exemplo, a origem americana de políticos de antigos países comunistas, a identificação de judeus dos Estados Unidos com os governos israelenses – tem afetado ou pode vir a afetar a lealdade de um cidadão a um Estado nacional? Qual é o significado dos direitos e obrigações de “cidadania” nos Estados em que uma proporção substancial dos residentes permanentes tem direitos inferiores aos dos cidadãos nacionais? Dada a escala dos movimentos, legais e clandestinos, qual é o efeito do declínio do poder do Estado para controlar o que acontece no seu território, ou mesmo – como a recente falta de confiabilidade dos censos nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha parece indicar – para saber quem nele residem? Essas são perguntas que temos que formular, mas que ainda não podemos responder.³⁴

³⁰ TEDESCO. 2012, p. 49.

³¹ MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Tradução Marta Lança. 1ª ed. Portugal: Antígona, 2017, p. 12.

³² MBEMBE. 2017, p. 13.

³³ HOBSBAWN. 2007, p. 90.

³⁴ HOBSBAWN. 2007, p. 91.

Para Hobsbawn³⁵, de tudo isso, se na teoria estamos hoje vivendo num mundo de Estados nacionais livres que, segundo Wilson e Roosevelt, veio para substituir o mundo dos impérios, na prática o que se vê é uma grande e instável desordem mundial, tanto de contexto internacional, como interno aos países.

E nesse sentido, as migrações são vistas como grande ameaça a essa ordem mundial, principalmente nos últimos anos³⁶. Todavia, o fato é que a economia de mercado hoje tem o total interesse em manter diferenças sociais e até mesmo geográficas, seja por meio de uma diferenciação sexual, racial ou territorial da humanidade, pondera o autor.

Desse modo, a mobilidade espacial serve apenas a um determinado grupo com condições financeiras, políticas, culturais e burocráticas para tanto, ou seja, uma hierarquia da mobilidade. A globalização representa uma tentativa de desterritorialização da produção mediante a criação de um espaço que consente ao capitalismo de mover-se livremente pelo mundo deixando para trás os vínculos de conflito e classe. [...] a tendência indica a consolidação de um sistema global, pois, como o capital se move, as pessoas seguem seus rastros. Os sistemas comerciais alimentam a consolidação dos sistemas migratórios.³⁷

Isso porque, de forma oculta, ou não, a realidade atual aponta para uma mundialização financeira a se hegemonizar e des(re)territorializar em compasso com o capital industrial e comercial; com isso, o aumento da liberdade e velocidade na circulação monetária, da internacionalização da economia global; ainda, um forte movimento do capital, em acordo/contraposição a mobilidade humana, da economia criminal em âmbito internacional, que se serve, em parte, dos imigrantes (drogas, máfia, prostituição, etc.)³⁸.

Assim, a mobilidade humana enquanto fenômeno social provocado por um sistema de interesses predominantemente econômicos apresenta características mais sublimes do que os fluxos de seus antepassados. Isso porque, enquanto havia um sentimento a ser desenvolvido de pertença nos mais antigos, no fluxo de pessoas atual, há mais o interesse na busca por proteção e condições individualizadas, quando não mais às próprias famílias, para estabelecerem um novo

³⁵ HOBBSAWN. 2007, p. 91.

³⁶ TEDESCO. 2006, p. 55.

³⁷ TEDESCO. 2006, p. 55.

³⁸ TEDESCO. 2006, p. 56.

lar e obterem um mínimo existencial, muito aquém do que os próprios direitos do ser humano preveem.

Essa transição faz com que a figura do e/imigrante, seja relida por todas as sociedades modernas, juntamente aos discursos políticos que lhe são apresentados, como possível ameaça, estranhos aos grupos que buscam acolhida.

Há uma predominância estrondosa de líderes que apoiam suas campanhas em ideias xenófobas e nacionalistas, contudo, mesmo com toda essa rejeição, a prática vem demonstrado que elas não tem sido capazes de acarretar numa significativa diminuição dos fluxos, como veremos no tópico a seguir.

1.2. Dimensões do fenômeno

Introduzidas breves características do fenômeno da mobilidade humana em tempos recentes e os possíveis fatores que o levam ao foco de diversos estudos e debates sobre como o mundo reage a sua chegada, necessário se faz a análise de alguns dados que apontam para as reais dimensões do fenômeno supracitado.

É inegável o crescente surgimento de políticas de rejeição e restrições impostas pelas nações que vivem em um estado de globalização, com abertura tecnológica, política e econômica, e que ao mesmo tempo fecham-se para a chegada e integração de novos povos em seu território.

A própria noção de território enquanto espaço geográfico delimitador de políticas de governo, hoje vem alterada e divide opiniões quando, de forma mais frequente, se presencia a existência de instituições internacionais a ditarem as regras de funcionamento dos governos internos.

Assim, a análise de dados é de suma importância na compreensão das razões que apontam que a dimensão do fenômeno, vai muito além das próprias discussões sobre restringir o fluxo físico de pessoas que este representa. o trabalho na criação de políticas para proteção de fronteiras e devolução de pessoas a centros de detenção em seus países de origem, como muitos líderes tentam imprimir.

Isso porque, torna-se perceptível a irrefreabilidade do mesmo, uma vez que é produto do próprio sistema de mundo que se desenvolve no presente, que

possivelmente prevê o fenômeno e o utiliza, muitas vezes, para alimentar sua própria engrenagem.

O problema que surge antes de qualquer análise quantitativa realizada publicamente, no entanto, é o que, de fato, está sendo divulgado para os meios de comunicação, e o que disso se possui interesse, juntamente aos interesses políticos envolvidos, em expor?

Assim, o primeiro problema já surge quando muitos dados são divulgados por chefes de governo e pela própria mídia, de forma distorcida, simplesmente para dar azo a políticas de restrição e discriminação, chanceladas pela disseminação de informações falsas ou que criam uma realidade inexistente, propôs Alberto Nardelli, na edição de 11 de dezembro de 2015 do *The Guardian*³⁹.

When terms used for people fleeing war, violence and atrocities, or those used for people moving in search of work, or a better life, become pejorative and generate antipathy, we have a problem. We are choosing not to unite around a shared purpose, but to drive a wedge through society. We are taking an us v. them view on the world. There are grave risks when the perception of an issue and facts do not align. It doesn't matter if the misalignment creates the idea of a country that isn't grounded in reality – when untruths are repeated often enough they generate fear among people. In turn this defines and drives behaviour. Consider these facts: Britons believe that 23% of migrants are coming to UK to seek asylum while the actual proportion is less than 5%; Nearly 40% of Europeans cite immigration as the issue of most concern facing the EU – more than any other issue. Only a year ago, less than 25% of people said the same. One in two of the British public mention immigration as among the most important issues facing the country; Most Europeans greatly overestimate the proportion of their country's population that is comprised of migrants.⁴⁰

Por conseguinte e formando um segundo ponto de crítica à realidade posta e o que se retrata, a crise dos refugiados e migrantes em si, a nível mundial, não é um fenômeno recente, só o sendo na Europa e no ocidente, explica Kigsley⁴¹. Até o ano de 2014, somente 14% dos que estavam deslocados no mundo, se encontravam na parte mais desenvolvida; menos de 6% dos refugiados sírios solicitaram asilo na Europa, o que significa cerca de 200 mil pessoas, de um total de, aproximadamente,

³⁹ NARDELLI, Alberto. “A mídia precisa dizer a verdade sobre a migração e não vender mitos”. *The guardian*. Edição internacional. 11 Dez., 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/11/the-media-needs-to-tell-the-truth-on-migration-not-peddle-myths>.> Acesso em 22.07.2018.

⁴⁰ NARDELLI, 2015.

⁴¹, Patrick. “O que causou a crise dos refugiados? Você perguntou ao Google - aqui está a resposta”. *The guardian*. Edição internacional. 09 Dez., 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/09/what-caused-the-refugee-crisis-google>.> Acesso em 22.07.2018.

4 milhões. Ou seja, se questionam agora as causas de uma crise sem precedentes dos refugiados, que já é grave há muito tempo, somente porque, como ocidente, acabamos de acordar para a existência do problema, diz o jornalista.⁴²

Atualmente, o fluxo de pessoas que deixam seus países de origem, seja por causas naturais, pela busca de oportunidades de emprego, fuga de guerras ou perseguição política, encontra na Europa, na maioria das vezes, sua rota fim. Isso engloba a entrada por terra e mar, das maneiras mais arriscadas possíveis, uma vez que grande parte dos países, ao criarem políticas de restrição de entrada em seus territórios, força esse movimento a ocorrer, quase sempre, de forma clandestina.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, no relatório “*Desperate Journeys*”⁴³, lançado em março de 2018, no início de 2017, as entradas ocorridas na Itália, principalmente de pessoas chegadas da Líbia, representou a maior parte das chegadas ocorridas na Europa. Em 2016, mais de 181.400 pessoas atravessaram o mesmo caminho, e no final de junho de 2017, as entradas ocorridas pelo mar da Itália já demonstravam estar no caminho de serem maiores ainda, uma vez que nos seis primeiros meses já se somava a quantia de 83.700 pessoas, 19% a mais que no ano anterior (70.100, em 2016), contabilizadas as mais de 10.000 pessoas que desembarcaram na Itália faltando três dias para fim do mês de junho daquele ano, aponta o mesmo relatório.

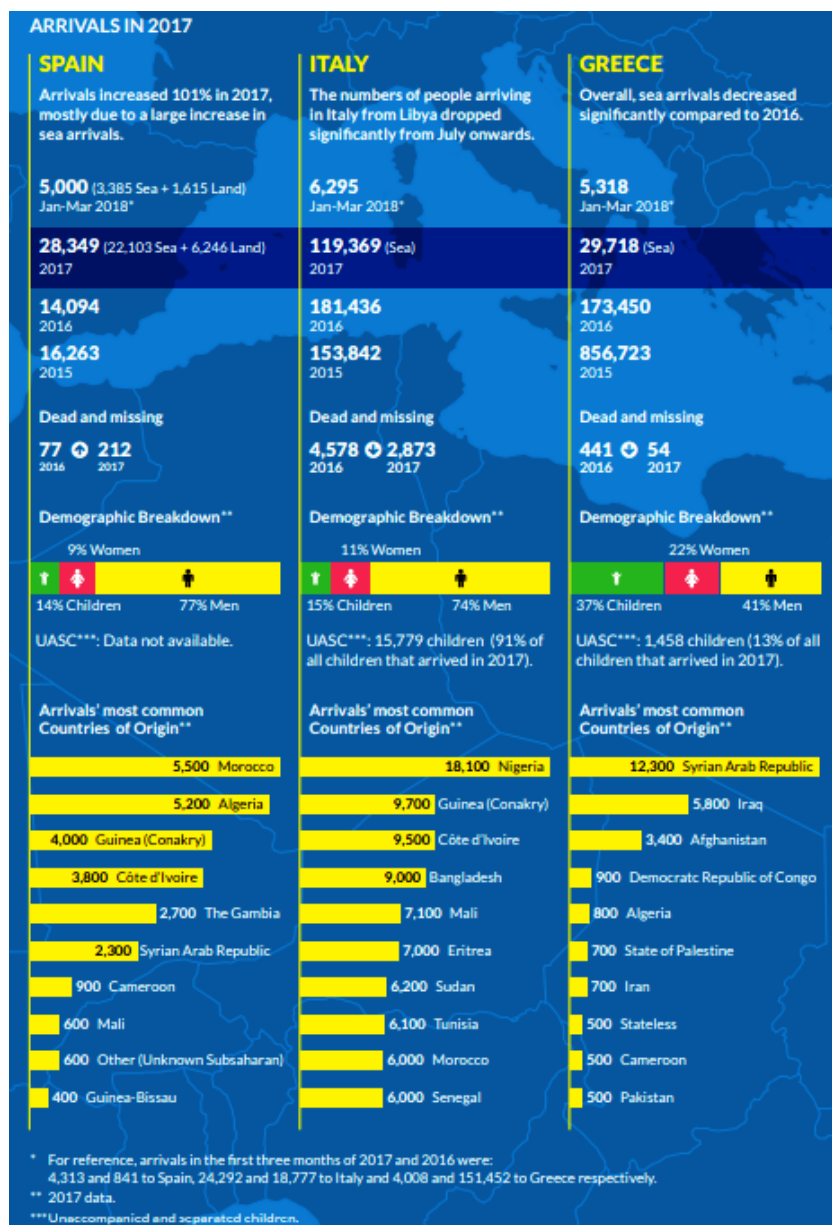
Em julho de 2016, a Comissão Europeia anunciou a criação de planos para redução das travessias irregulares à Itália, enquanto o governo italiano adotou medidas no mesmo sentido, demonstra o relatório. Com isso, as chegadas da Líbia para a Itália diminuíram de mais de 22.300 em maio e 22.200, em junho, para menos de 4.800 a cada mês entre agosto e dezembro, incluindo os menos de 3.000, no mês de outubro, comparados aos mais de 26.000, computados no mês de outubro de 2016. Na Grécia, houve uma significativa redução nas chegadas por mar, em comparação a 2016 (173.000 para 29.700)⁴⁴. Veja-se⁴⁵:

⁴² KINGSLEY. 2015.

⁴³ ACNUR (UNHCR). *Desperate Journeys – January to March 2018*. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/63039#_ga=2.235217601.1586409827.1532713518-1200744651.1532273589>. Acesso em 22.07.2018.

⁴⁴ ACNUR (UNHCR). 2018.

⁴⁵ ACNUR. Relatório “*Desperate Journeys (January 2017 – March 2018)*”, UNHCR. 2018 – Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/63039>.



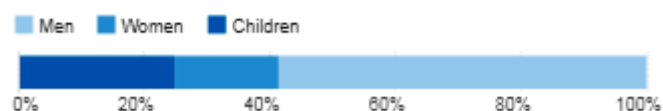
De acordo com o gráfico, é possível observar que na Espanha, em 2017, houve um aumento das chegadas pelo mar, abrangendo marroquinos e argelinos, em mais de 101% (28.300) comparado a 2016. Já nas fronteiras terrestres, observou-se um aumento de 5%, passando de 5.900 para 6.200, em 2017, principalmente por conta da existência de grupos que escalam cercas, relata o ACNUR⁴⁶. O Alto Comissariado ainda indica que o maior grupo foi de sírios, com um aumento em 17%, com relação a 2016, sendo que a maioria dos chegados compunham famílias e 48%, eram crianças.

⁴⁶ ACNUR (UNHCR). 2018.

Por fim, de acordo com os dados divulgados em seu sítio eletrônico, o ACNUR aponta⁴⁷ que em março de 2018, somente até o mês de julho, 3.144 refugiados e migrantes já haviam chegado à Espanha por terra, sendo que por via marítima, até o dia 17 de julho de 2018, 51.553 pessoas haviam chegado à Itália, Grécia, Espanha e Chipre, restando desses números, estimados 1.410 desaparecidos ou mortos, totalizando, assim, em 54.697 o número de pessoas que chegaram ao continente europeu, até então. Tais índices se apresentam de forma similar aos registros obtidos do ano de 2016, demonstrando uma perspectiva de permanecerem abaixo dos que os anos antecessores⁴⁸:

Anos anteriores	Chegadas marítimas	Morto e desaparecido
2017	172,301	3,139
2016	362.753	5,096
2015	1.015.078	3771
2014	216,054	3.538

Demografia das chegadas do mar Mediterrâneo a partir de janeiro de 2018



Com o pico nos índices demonstrado no ano de 2015, é possível averiguar uma queda dos números levantados pelo Alto Comissariado, a partir de 2016. No entanto, mister faz-se questionar quais medidas foram as responsáveis por tal decréscimo, bem como a que custo obtiveram-se tais números.

Nesse sentido, a criação de planos de redução do ingresso de imigrantes e refugiados pela Comissão Europeia e pelo governo da Itália, anteriormente citados, embora publicamente aclamados, só fez aumentar os diversos relatos recebidos pelo ACNUR dando conta dos retrocessos provocados pelas autoridades de fronteira.⁴⁹

⁴⁷ ACNUR (UNHCR). 2018.

⁴⁸ ACNUR (UNHCR). Situação no Mediterrâneo – disponível em: <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>. Acesso em 22.07.2018.

⁴⁹ ACNUR (UNHCR). 2018.

Isso porque, ao anunciarem tais medidas, fez parte do pacote de “contenção de pessoas”, o apoio às guardas costeiras, no sentido de interceptar e resgatar no mar do país de origem, indivíduos, impedindo-os de deixar sua costa, expõe o relatório do ACNUR⁵⁰. Embora o fator de salvar vidas lançadas a alto mar seja louvável, o problema surge depois do desembarque, uma vez que vem seguido pela transferência desses para centros de detenção de pessoas com necessidade de proteção internacional, sem qualquer possibilidade de liberação, exceto no caso de evacuação ou reinstalação em terceiros países, explica o relatório.

Ou seja, a solução apresentada pela Comissão Europeia, bem como o governo Italiano, no caso, na busca de redução da entrada de imigrantes e refugiados no território europeu, passa longe de trazer, de fato, alguma solução dentro de um mínimo existencial e garantidor da proteção aos Direitos Humanos. Isso porque, ao mesmo tempo em que a estruturação das entradas e criação de políticas de inclusão para essas pessoas diminui o fluxo de “chegantes”, faz com que ao serem reenviados a seus países, sejam submetidos a condições mais desumanas das que pretenderam o escape inicial, condição essa legalmente infligida através de políticas restritivas e publicamente enaltecidas.

No Brasil, segundo as informações divulgadas pelo CONARE (Comitê Nacional para Refugiados), no relatório “Refúgio em Números”⁵¹, foi reconhecido um total de 10.145 refugiados de várias nacionalidades, até o final de 2017. Desse número, somente 5.134 permanecem com registro ativo, sendo que 52% residem em São Paulo, 17% no Rio de Janeiro e 8% no Paraná. Os sírios compõem 35% da população com registro ativo, refugiada no Brasil, aponta o relatório.

O ano de 2017 registrou o maior número de solicitações de refúgio, sendo desconsideradas as chegadas dos venezuelanos e haitianos⁵². Um total de 33.866 pessoas requereu o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017, desses, os venezuelanos representam além da metade dos pedidos realizados, compondo 17.865 requerimentos. Seguindo eles, estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Já os estados com maior número de

⁵⁰ ACNUR (UNHCR). 2018.

⁵¹ CONARE. Refúgio em números. Relatório 2018. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 22.07.2018.

⁵² CONARE, 2018.

pedidos de refúgio são Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864), de acordo com os dados da Polícia Federal.⁵³

A migração já não mais se restringe a determinadas áreas do globo, mas faz parte dele da mesma forma como o mecanismo de globalização que comanda a engrenagem interna de cada Estado-Nação e externa quando conecta a todos.

A diferença está nas nações que possuem a habilidade de receber seus novos integrantes de forma a inserirem os mesmos em sua forma política, econômica e, principalmente, social, quando passarão a se sentirem como parte do novo país que os acolheu.

Importante, no entanto, é o alerta para a realidade que mesmo através de números, não reporta o que de fato ocorre nas fronteiras e com aqueles que partem rumo a um território desconhecido. A diminuição dos índices não significa um sucesso das políticas aplicadas ou, o mais importante, um sinônimo de boa vida recuperada para aqueles que migram, mas sim, que estes somente estão sendo deslocados para uma região de “limbo”, uma “terra de ninguém”, onde saem da vista das sociedades que os repelem e deixam de ser uma preocupação para aqueles que as governam.

1.3. Mobilidade humana como produto de uma sociedade capitalista

Diversos autores, das mais diversas áreas, fazem referência ao fenômeno da capacidade humana de se movimentar pelo globo, como algo existente e inerente à sua essência, desde o primórdio dos tempos.

Bauman, por exemplo, coloca que,

Os primeiros seres humanos, de modo semelhante aos hominídeos dos quais se separaram, eram caçadores e coletores, e por esse motivo devem ter sido nômades; seus descendentes, que construíram a espécie do *Homo sapiens*, continuaram nômades durante a maior parte de sua história posterior. [...] Julga-se que as primeiras migrações de nossos ancestrais estavam confinadas ao continente africano – enquanto se acredita que 100 mil anos atrás seus descendentes, que os paleontologistas consideram já pertencentes à espécie *Homo Sapiens*, saíram da África para o Oriente Médio e de lá se dispersaram por todos os continentes do planeta.⁵⁴

⁵³ CONARE, 2018.

⁵⁴ BAUMAN. 2017, p. 69-70.

É compreensível, de fato, que cientificamente os dados apontem para essa realidade que descreve como o ser humano se desenvolveu desde suas origens. Contudo, o fenômeno da mobilidade humana acompanha evolução do homem como ser pensante e sua própria habilidade de criação de sistemas, sociedades e civilizações.

Não se pode dizer que os objetivos da mobilidade humana são os mesmos hoje, do que aqueles que a guiaram quando o ser humano sequer havia inventado a roda, por exemplo.

Porém, a história primitiva está sendo utilizada para descrever os fluxos e muitas vezes explicar suas causas. Diversos discursos apontam para o fenômeno como algo intrínseco à raça humana, que o “ser humano sempre migra”, etc. Por trás de tais argumentos, no entanto, existe uma tentativa de evitar que se contestem as realidades hoje postas, eis que estaríamos então diante de um fenômeno em tese social e biológico, ou seja, passível de ser moldado ou até mesmo diminuído através dos mecanismos do homem moderno, sejam políticos ou até mesmo bélicos, mas maleáveis como diversas outras manifestações naturais hoje já coordenadas pelo homem.

Ou seja, isso faz com que se legitimem cada vez mais medidas de adequação das estruturas políticas, sociais e econômicas, à mudança rápida a que são submetidas as nações e territórios “alvo” desses fluxos, não importando os meios a serem utilizados para as tentativas de redução ou parada do fenômeno que, embora apontado como natural, vem sendo tratado como incorreto e perturbador às sociedades e ao globo.

Porém, seria possível dizer estarmos em um mundo que, com seu código globalizado e que hoje faz praticamente todos os sistemas funcionarem, ser o verdadeiro responsável pela produção intencional desses fluxos, de características diversas aos fluxos migratórios colonizadores vistos no passado? E mais, que nessa visão de criador ou impulsionador destes, o faz de forma planejada a converter tais massas em situação de risco e vulnerabilidade, em mão-de-obra pura e barata a manter seu sistema capitalista mundo afora?

Seria tolo dizer que o mundo globalizado não prevê a existência dessa parcela que fica à margem, deslocando-se de cá para lá, a procurar um lugar de encaixe no mundo. Assim, devemos ter claro que essa aparelhagem não pretende a

adoção de medidas que extingam a existência dessas pessoas andantes, mas sim, busca-as como uma necessidade ao funcionamento do seu sistema, para que, da forma mais radical, extraia o poderio máximo da proposta econômica que a rege.

De tal modo, a migração internacional pode ser chamada de amortizador da economia globalizada, visto que uma vez obrigados a trabalhar, em várias situações, ilegalmente, essas pessoas ficam à mercê da exploração; correm riscos de vida, aguentando todas as consequências do trabalho, muitas vezes perigoso, e da situação clandestina a que se submetem, bem como às próprias discriminações e abusos sofridos na condição de migrantes e/ou refugiados.⁵⁵

O processo de mercantilização econômico-social atual vem acirrando as diferenças regionais no interior dos países, entre países e continentes. O referencial tecnológico, informacional, bélico (guerras civis), cultural (ainda que com tendências homogeneizantes), de reservas naturais, ecológicas segundo a ótica mercantil, de mão-de-obra, de pesquisa e conhecimento aplicado determina níveis de desenvolvimento e sua característica desigual e dependente. Fruto e indutor de variáveis e econômicas, técnicas, jurídicas, étnicas e antropológicas, a migração internacional talvez seja a esfera hoje de maior alteração, redefinição e problemática social. Sua centralidade ou não (ainda!) foi, e continua sendo, fundamental para o processo social mesmo em suas novas dinâmicas técnicas (aqui entendidas como maquinismo), informacionais, eletrônicas, virtuais que, em teoria, seriam redutoras da inserção de mão-de-obra no trabalho na sociedade.⁵⁶

A dimensão econômica tem um papel piloto nesse processo, explica Badie⁵⁷. Para o autor, as estratégias adotadas por determinados Estados, estão sempre voltadas para o desenvolvimento de uma economia de globo, que deixa de lado regulações do Estado-Nação, acarretando na internacionalização das políticas econômicas, da mesma forma que provocam a extensão das lógicas transnacionais do mercado.

Junto a isso, a mobilidade humana caminha e cada vez mais aumenta, uma vez que tanto numa situação, quanto na outra, a pertinência do Estado-Nação enquanto território fechado, se corrompe, perdendo com isso as funções da produção e do consumo de seu corpo⁵⁸.

⁵⁵ TEDESCO. 2010, p. 67.

⁵⁶ TEDESCO. 2006, 53.

⁵⁷ BADIE. 1995, p, 134.

⁵⁸ BADIE. 1995, p, 133.

Nesse sentido, a própria ideia de fronteiras geográficas é a cada dia mais difícil de sustentar no “mundo real”, coloca Bauman⁵⁹, fator esse modificado pela incidência de políticas econômicas globalizadas e diretamente ligadas ao crescente dos fluxos humanos. Para o autor, as distâncias já não mais importam, e com elas perdem a razão de ser as divisões dos continentes e do globo, antes reais e necessárias por conta dos transportes primitivos e às dificuldades de locomoção em viagens.

Assim, Bauman⁶⁰ diz que a distância não passa de uma criação social. Sua extensão dependeria e variaria conforme a velocidade pela qual pode ser percorrida (e no sistema capitalista, o custo envolvido na produção dessa velocidade). Conclui referindo que todos os demais fatores produzidos socialmente de formação, separação e manutenção de identidades coletivas, pareceriam, em retrospectiva, simples efeitos dessa velocidade.

O que ocorre, no entanto, antes mesmo da questão sobre fronteiras e barreiras geográficas suprimidas, é que com isso, há uma atual identificação entre poder político e econômico, que faz dos detentores do poder econômico, o principal objetivo das ações políticas, se não os únicos.⁶¹ Dessa forma, o neoliberalismo está a superar as tentativas de diminuição da dicotomia público-privado, transformando o que era público em privado, e o interesse dos principais grupos econômicos como interesse público, conclui.

Portanto, com essa realidade obscura, enquanto governos se dizem enérgicos no controle das suas fronteiras, o são muito menos incisivos quando se fala no controle interno, uma porque, de fato são mais é um controle mais difícil, porém isso significaria bater de frente com o interesse dos detentores do poder; no caso aqui em estudo, empresários empregadores, que buscam nos trabalhadores de condições irregulares o meio de desenvolvimento de seus lucros.⁶²

Ou seja, todo esse cenário se forma por conta da predominância da economia global que se desenvolve nos dias atuais, uma economia capitalista. Razão pela

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução Mauro Gama et alii. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 57.

⁶⁰ BAUMAN. 1998, p. 58.

⁶¹ CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 45.

⁶² TEDESCO, João Carlos. *Entre raízes e rotas: identidades e culturas em movimento : aspectos da imigração brasileira na Itália*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

qual tão somente os princípios do mercado e da produção que visa o lucro são considerados os seus regentes, explicam Held e McGrew⁶³.

[...] como o século XX assistiu à difusão global do capitalismo industrial, o capitalismo pós-industrial vem tomando o lugar deste no final do século. Com essa reestruturação veio uma alteração dramática da forma e da organização do capitalismo global. Ao se referirem alternadamente ao “capitalismo informatizado global”, ao “capitalismo maníaco” ao “turbo-capitalismo” ou ao “capitalismo supraterritorial”, os comentadores procuram captar a mudança qualitativa que vem ocorrendo na organização e na dinâmica espaciais dessa nova formação capitalista global. Na era da Internet, para simplificar a argumentação, o capital – produtivo e financeiro – libertou-se das restrições nacionais e territoriais, enquanto os mercados se globalizaram a ponto de a economia interna ser constantemente forçada a se adaptar às condições competitivas globais.⁶⁴

No entanto, dentro desse processo de globalização econômica, e até mesmo em oposição a determinadas realidades que ocorrem dentro dele, existe um conjunto de reivindicações, advindas principalmente desses irregulares e/ou clandestinos utilizados como instrumento ou, ainda, de grupos que pretendem o controle da (e)imigração.⁶⁵

Há, no meio de toda a problemática uma espécie de “economia moral das migrações”, que se alimenta através de redes familiares, vizinhanças e parentescos, planos de melhora de vida, direitos, solidariedade, etc., que, de certo modo, desafia e enfrenta uma convencional espécie de “economia política das migrações”⁶⁶.

Por outro lado, a globalização desses movimentos também reforça uma rejeição econômica à imigração em massa, de resistência ao que é percebido como uma possível ameaça à identidade cultural coletiva.⁶⁷

Migrantes econômicos, ou seja, aqueles que buscam um espaço no mercado (que os produz, deles se utiliza, porém também os rejeita), são frequentemente atingidos com a real força da xenofobia, quando se observa também o fracasso do capitalismo globalizado dos livres mercados em estabelecer de uma movimentação internacional de força livre de trabalho, total oposto ao que se viu com o capital e o comércio, até então.⁶⁸

⁶³ HELD; MCGREW. 2001, p. 62.

⁶⁴ HELD; MCGREW. 2001, p. 62-63.

⁶⁵ TEDESCO. 2010, p. 78.

⁶⁶ TEDESCO. 2010, p. 78.

⁶⁷ HOBBSAWN. 2007, p. 96.

⁶⁸ HOBBSAWN. 2007, p. 96.

Nessas perspectivas, Marinucci e Milesi⁶⁹ fazem importantes ponderações no sentido de expor que, desfrutando da queda dos preços e dos avanços da tecnologia no âmbito da comunicação e dos transportes, e não conseguindo, ou não querendo, estabelecer uma força livre de trabalho no mercado, esta forma de globalização dá mais garantias aos direitos do capital e das mercadorias que ao ser humano.

Dessa forma, acima da própria característica moderna de globalização do mundo, estaríamos sob uma “dualização” do planeta, focada em enriquecer os mais abastados e empobrecer os miseráveis. Estes últimos ainda, não raras as vezes seriam reificados e mercantilizados na busca da maximização do lucro, principal objetivo do atual contexto internacional.⁷⁰

Aqui temos o ponto principal de debate deste tópico, uma vez que, até então, grande parte dos escritos aponta o fenômeno da migração como algo inerente à própria espécie humana, sem muitas vezes discutir a mutabilidade de suas causas.

É o que traz Bauman, por exemplo. Para o sociólogo, pouco haveria de inédito no padrão das respostas sociais/políticas aos deslocamentos em massa, uma vez que, quando nossos ancestrais se tornaram completamente humanos, os mesmos já seriam migratórios por conta da caça que necessitavam para seu sustento⁷¹.

Porém, questões devem ser arguidas, quando observadas a intensidade e a complexidade envolvidas no fenômeno da mobilidade humana contemporânea, ou seja, estaríamos diante de um fenômeno “natural” ou “induzido?”; e mais, estaríamos diante de um fluxo “voluntário” ou “forçado”? O que tentam demonstrar Marinucci e Milesi⁷², é que existe a impressão de que a migração maciça presenciada, em direção aos países do hemisfério Norte, que antes não passavam de uma livre opção dos indivíduos, hoje advém da crise do modelo atuante de globalização neoliberal, que acumula riquezas e subordina o capital da produção e gerador de empregos, a um capital especulativo, no entanto.

Expressam os autores que a migração pode não ser algo novo na história da modernização, mas erram os avaliadores a apontarem uma livre migração por parte

⁶⁹ MARINUCCI, Roberto e MILESI, Rosita. *Migrações Internacionais Contemporâneas*. 2005. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionais-contemporaneas>>. Acesso em 13.06.2018, p. 03.

⁷⁰ MARINUCCI; MILESI. 2018, p. 04.

⁷¹ BAUMAN. 2017, p. 69.

⁷² MARINUCCI; MILESI. 2018, p. 04.

das pessoas que saem em busca de melhores condições. Isso porque, estaríamos diante de um processo coativo, os pobres hoje livres para comercializar sua própria mão-de-obra, mas o fazendo pelo fato de que não podem controlar sua própria existência. Ou seja, o ser humano faz parte de uma sociedade capitalista transformada em uma sociedade de exclusão, da qual ele participa e nesse sistema vende seu trabalho de forma abstrata, por participar dessa engrenagem (criada) para produzir acumulação perpétua de capital.⁷³

Essa situação somente agrava o restante do panorama social que empresta ao migrante, a figura de ilegal num sistema pelo simples fato de ser portador do *status*.

Isso acarreta numa outra realidade oculta, a da clandestinidade exacerbada ocasionada pela criação de políticas restritivas e redutoras dos fluxos humanos, e, a mais grave de todas: a penalização da condição de migrante, como forma de gestão de pessoas.

1.4. Clandestinidade e políticas migratórias de restrição.

A realidade da migração aponta para um sistema de exclusão social cada vez mais exasperado. A assimilação do fenômeno ao conceito de crise faz com que a maior parte dos povos enxergue qualquer presença estrangeira como uma possível ameaça a sua cultura, economia e sua própria forma de viver, agora ameaçada pelo conceito do desconhecido, que, ao mesmo tempo, é imprevisível.

Muito disso ocorre por conta dos discursos políticos apresentados pelos líderes de governo, que, como forma a abordar diversos problemas sociais, acha no fluxo humano, uma válvula de escape para a criação de um inimigo em comum a ser combatido, inimigo esse responsável, em seu discurso, por quase todos os males das sociedades atuais. Ou seja, a partir da criação dessas falas, cria-se a ideia de que realmente tais pessoas são as únicas ameaças a serem repelidas do sistema. A parcela aceitável a ser excluída, sem qualquer debate sobre a criação de eventuais políticas de inclusão.

⁷³ MARINUCCI; MILESI. 2018, p. 04.

Isso faz com que a política, após lançar suas preleções falaciosas e distorcidas da realidade, traga soluções “superficiais” através da criação de políticas de restrição de fronteiras, negação de direitos e garantias ao recém chegado, tudo a título de emprestar a seu público alvo, uma falsa sensação de segurança quanto às medidas adotadas por seus líderes.

Por outro lado, esta mesma sociedade prefere ignorar o fato de que ao serem devolvidos para seus países de origem, alvos de políticas de restrição de barreiras de seus governantes, tais pessoas são enclausuradas em campos de refugiados, como se prisioneiros fossem, até que possam receber a oportunidade de serem acolhidos em algum país que os dê residência, se isso um dia viera a ocorrer. É a tal “Cegueira Moral” denominada por Bauman⁷⁴, que faz com que todos fechem os olhos para o que ocorre àquele que está ao lado.

É possível diagnosticar com o que foi escrito até aqui, que o fluxo de pessoas não pode ser combatido, muito menos repellido de forma humanitária e realmente eficaz na solução dos anseios daqueles que migram, e não da sociedade que os recebe, através destas políticas de restrição criadas pelos governantes.

Não podemos olvidar o fato de que essas tentativas frustradas, para agravar a situação, geram um mercado paralelo responsável pela entrada clandestina destes estrangeiros nos países de destino e sua exploração por diversas redes, quando não a literal escravização, das mais diversas formas. Assim, a chegada é sempre incerta e a manutenção da vida, passa a ser uma questão de sorte.

A desproteção dos migrantes representa uma grande preocupação. [...] a restrição à imigração por parte dos países desenvolvidos, com seu resultante na vulnerabilidade de muitos imigrantes, atizada pela indocumentação e a operação de organizações dedicadas ao tráfico de pessoas, são situações que impedem o exercício de seus direitos em forma plena, preocupações que para os países da região desafiam a governabilidade.⁷⁵

Nesse horizonte além-fronteiras da globalização, assim como circulam com facilidade mercadorias, circulam também as máfias, traficantes e criminosos, trazendo o migrante para o cerne da criminalidade organizada⁷⁶. Assim, a realidade atual demonstra que, quando mais se restringe e se proíbe a relação partida-destino,

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 35.

⁷⁵ MARINUCCI; MILESI. 2005, p. 09.

⁷⁶ TEDESCO. 2010, p. 69.

mais a criminalidade organizada ganha espaço, ampliando-se e ramificando-se, encerra o autor.

A existência de políticas de restrição impostas pelos governos de forma a atender o interesse do mercado e do seu próprio campo político que dissemina a informação para depois dar passos no sentido de criar meios de combater os problemas apontados, não impede o contexto global que está muito acima das medidas regionalizadas e por elas não pode ser freado.

Soma-se a tudo isso, o fato de que a criação de políticas de restritivas à migração, não faz com que o fenômeno diminua, mas sim, cria uma leva de pessoas que não deixam de migrar, mesmo que em situação irregular e clandestina, demonstram Marinucci e Milesi⁷⁷. A necessidade de atravessar uma fronteira, não é relativizada pela existência de uma política inibidora, ela permanece e faz com que essas pessoas se sujeitem, agora já em posição ilegal e irregular, aos mais diversos abusos daqueles que então se utilizam de sua vulnerabilidade, para, na grande maioria, obter benefícios econômicos, encerram os autores. Ou seja,

Os migrantes em situação irregular vivem numa condição de extrema vulnerabilidade. Estão facilmente sujeitos à extorsão, aos abusos e à exploração por parte de empregadores, agentes de migração e burocratas corrompidos. Por medo de serem descobertos e expulsos, eles sequer utilizam os serviços e assistência a que têm direito, embora contribuam com seus trabalhos ao enriquecimento dos países para onde migraram.⁷⁸

Importante referir, que as populações que migram, geralmente são as que possuem algum poder financeiro, por menor que possa ser, que os permite migrar e, na maior parte das vezes, pagar para as redes responsáveis por suas passagens clandestinas.⁷⁹

Nesse sentido, além das pessoas de maior poderio econômico, a migração é facilitada também aos intelectuais. No país de destino, cada um terá a destinação conforme convém aos interesses do novo espaço, seja mão-de-obra física, seja intelectual.

Isso acaba por confirmar a identidade natural deslocada do imigrante, pouco conhecida, de posição social baixa e inserida nos mais inferiores graus da hierarquia ocupacional, situação da qual já havia emigrado, porém, que precisa novamente

⁷⁷ MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 08.

⁷⁸ MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 08.

⁷⁹ GUIA. 2008, p. 43.

perpassar, para, em sua perspectiva, poder ascender posteriormente, sem, acima de tudo, prejudicar a sociedade para qual migrou.⁸⁰ Isso agrava o fato de que, diante desse panorama, o migrante se fecha ainda mais sobre si mesmo, mantendo-se como cidadão da pátria e da cultura de onde vieram, quando inseridos num ambiente hostil, que dificulta sua inserção.⁸¹

Dessa forma, a acolhida se dá, tão somente, de forma instrumental, sendo ofertadas possibilidade de preenchimento dos vazios do mercado de trabalho, mas sem, contudo, que se permita uma inclusão social de chegada.⁸² Dessa forma, apesar do discurso oficial, a existência do clandestino a ser explorado, este só é tolerado, desde que benéfico ao crescimento econômico, explicam.

Por outro lado e a complementar tal realidade,

[...] cumpre destacar que, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes da União Europeia estão sendo contruídas “de cima para baixo” e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração dos imigrantes. A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares.⁸³

Dessa forma, pode-se verificar a existência de dois padrões no trato ao imigrante/refugiado. Aqueles refugiados da terra de fronteira global, considerados basicamente como “refugio humano”, são os “forasteiros personificados”, absolutos, forasteiros em toda parte e em todo lugar deslocados, com exceção dos lugares que são, de fato deslocados, ou seja, os “lugares de nenhures”, invisível a qualquer mapa comum utilizado por pessoas em suas viagens. Assim, uma vez de fora, uma cerca fortificada, com torre e vigiantes passa a ser o único instrumento a eternizar essa “indefinitude” do deslocado, diz Bauman.⁸⁴ Por outro lado,

⁸⁰ TEDESCO. 2012, p. 69.

⁸¹ TEDESCO. 2012, p. 69.

⁸² MARINUCCI e MILESI, 2005, p. 09.

⁸³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um Direito Penal do autor. In: CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal e Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45-88, p. 54.

⁸⁴ BAUMAN. 2004, p. 101.

É uma história diferente com as pessoas redundantes já “dentro” e destinadas a ficar dentro porque a nova plenitude do planeta impede sua exclusão territorial. Com a ausência de lugares vazios para os quais pudessem ser deportadas, e o bloqueio daquelas aos quais viajariam por livre-arbítrio em busca de sustento, os depósitos de lixo devem ser estabelecidos dentro da localidade que as tornou supérfluas. Tais locais emergem em todas as grandes cidades, ou na maioria delas.⁸⁵

No entanto, é possível afirmar assim, que é o Estado o único responsável por produzir a ilegalidade dentro de um próprio sistema legal, principalmente pelas condições adversas em que vivem os imigrantes e refugiados.⁸⁶

Juntando todos esses fatores, mais o processo de disseminação de notícias a darem azo a essas políticas restritivas que não curam o problema, mas sim o geram, a população passa a ter uma ideia errada daquele que ingressa e é jogado a tudo que representa de ilegal dentro do sistema.

Isso estigmatiza o indivíduo fazendo com que o migrante passe a ser assimilado também, com as mais diversas formas de criminalidade. Determina a constituição um processo de construção social que torna o imigrante o delinquente, consequência das lógicas políticas, métodos judiciais, mensagens midiáticas e divulgação de dados falaciosos, todos com cunho etnocêntrico-racista.⁸⁷

No tratamento legal dado ao assunto, é possível se observar um recrudescimento das medidas adotadas no controle da imigração irregular, cada vez mais buscando no Direito Penal as soluções não penais que o assunto demanda, explica Wermuth⁸⁸.

Ainda, é inegável o fato de ao mesmo tempo em que se observava o aumento no fluxo de pessoas, foi reportada a ocorrência crescente de atentados terroristas sempre intentados por estrangeiros às nações alvo.

Esse conjunto de fatores, embora representativos de discursos direcionados, faz, no entanto, com que existam motivos “reais” para se temer o de fora.

Não se reflete que, por exemplo, no caso do terrorismo, tal realidade teria sua ocorrência mesmo que não houvesse um fluxo exacerbado de pessoas à procura de asilo, trabalho e oportunidades de vida fora de um lugar onde seus direitos não são mais garantidos.

⁸⁵ BAUMAN. 2004, p. 101.

⁸⁶ TEDESCO. 2012, p. 64.

⁸⁷ TEDESCO. 2010, p. 38.

⁸⁸ WERMUTH. 2011, p. 63.

Na verdade, independente até mesmo do fluxo de pessoas pelo mundo, visto que esses conflitos vão muito além do que embates físicos e sim, dependem mais das tecnologias desenvolvidas e eficazmente projetadas.

Em verdade, o declínio da autoridade soberana dos próprios Estados-nação, por si só, para dar lugar à hegemonia da forma supranacional de soberania, ou seja, a formação de um império global; proporcionou as condições e a natureza de um estado de guerra e de violência política envolvida, que alterou de forma permanente sociedades e o mundo, que hoje se apresentam sob um estado de guerra global e interminável, expõem Hardt e Negri⁸⁹.

Nesse contexto, o Direito Penal foi eleito como a forma privilegiada de resposta a um “conjunto de práticas”, que se convencionou denominar de “terrorismo”, afirma Wermuth⁹⁰. Assim, continua o autor, num ambiente de “guerra global”, passou-se a buscar a expansão da intervenção exercida pelo Direito Punitivo, bem como a se demonstrarem a possibilidade de relativização e colocação em segundo plano de princípios e garantias que davam sustentação a uma teorização liberal, tudo em nome de uma maior eficácia no “combate”.⁹¹

Dessa forma, uma grande luta se impõe, ao passo que o migrante, de vítima, passa a ser estigmatizado e instrumentalizado pelas sociedades e governos que o dão lugar.

Uma nova busca se percebe e a necessidade de descriminalização do ser humano migrante vai além, através do estudo sobre quais racionalidades que perpassam as políticas restritivas que tomam cada vez mais lugar nos ordenamentos vigentes pelo globo, como veremos no capítulo a seguir.

⁸⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. São Paulo: Record, 2005, p. 22.

⁹⁰ WERMUTH. 2011, p. 51.

⁹¹ WERMUTH. 2011, p. 51.

CAPÍTULO 2

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO E MIGRAÇÃO: DA RACIONALIDADE EXTREMA À EXCEÇÃO PERMANENTE

Foram apresentados, no primeiro capítulo, alguns aspectos sobre o contexto da migração, o aumento de seu fluxo e algumas problemáticas que decorrem dessa realidade. A presente seção abordará a realidade jurídica velada por trás dos anúncios da existência de uma “crise migratória”. Isto é, o papel que o próprio Direito está a ocupar enquanto categoria de eliminação social, que interfere diretamente nas questões migratórias.

Analisar-se-á como a proteção do bem jurídico se remodelou na atualidade, alterando de forma vigorosa a função declarada do direito penal. Bem como a maneira com que essa transformação possibilitou a abertura de espaço para medidas que se desviam dos ordenamentos postos, criando Estados de Exceção permanentes, que admitem, a qualquer custo, novas ofertas de administração sob a escusa da emergência.

O Direito Penal tem a função de dar proteção a determinados bens jurídicos, socialmente classificados de acordo com a importância que desempenham na função de facilitar e viabilizar uma ordenada coexistência humana. Como é o caso da vida, da saúde e da propriedade, para citarmos os mais relevantes. Porém, o que ocorre quando tais bens jurídicos têm seus requisitos de definição clássicos relativizados e são reinterpretados enquanto objetos de proteção do Direito Penal? É o que veremos logo mais.

Com a proteção do bem jurídico passando a deter certo grau de instabilidade quanto à sua classificação para o Direito Penal, será debatida a engrenagem em que o próprio Direito se tornou, no sentido de produção da exclusão. Considerando que este deixou de ser um escudo contra esta, para, ao contrário, permitir sua ocorrência, perpetuando um sistema de supressão de pessoas, dentro do próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, fundamental a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, como discurso atualmente adaptado a diversos ordenamentos em vigor, que apoia a alteração da função do direito penal e defende

a prevenção geral positiva como forma de garantir a força das instituições. O que, ao mesmo tempo e por consequência, abre portas para uma forma de racionalidade que instrumentaliza o ser humano e naturaliza sua eliminação.

Importante destacar que não é o objetivo do presente capítulo, tão somente, descrever e debater tão somente pressupostos da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Mas sim, realizar uma construção para demonstrar como ela se tornou o meio para concretização dos discursos de supressão que tornam o direito hoje, o próprio artifício que desagrega. Contrariando sua função primária de proteção e manutenção da ordem social dentro dos preceitos de garantia dos direitos fundamentais.

No segundo momento, será exposto como a utilização da Teoria do Direito Penal do Inimigo está sistematizando Estados de Exceção permanentes no bojo dos sistemas jurídicos. Isso demonstra que, diferente de quando pensada em teoria, como forma pura de um contratualismo, na prática, a tese de Jakobs se traduz unicamente em exceção, deixando de ser direito para se tornar controle político.

Por fim, feitas tais ponderações, será analisado o panorama da migração enquanto alvo da racionalidade proposta pela Teoria do Direito Penal do Inimigo, que demonstra, juntamente com o senso comum da emergência, que o Direito deixou de ser o bloqueio da exclusão, para se tornar o seu facilitador.

2.1. O bem jurídico no discurso da emergência penal

Com a institucionalização do Estado de Bem-Estar Social nos mais diversos ordenamentos democráticos contemporâneos, não se ignora, porém, a realidade de que grande parte das sociedades vive em Estados Democráticos de Direito que ainda não foram, com efeito, instituídos. A maioria das atuais cartas magnas atende a direitos denominados de segunda e terceira gerações⁹², indicando as formas para

⁹² Para Paulo Gustavo Gonet Branco, “são os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais [...]. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque são direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa

sua implementação, o que demonstra, por outro lado, uma deficiência sobre a real e concreta instituição⁹³.

Isso indica que, embora existindo preceitos magnos de proteção ao homem, a não concretização de seus direitos sociais é uma possível falha do sistema e de como o próprio direito se coloca enquanto ferramenta de organização coletiva.

Em decorrência disso, passou a existir sobre o Direito uma nova exigência sobre seu papel na mudança social, o que fez surgirem diversas interpretações e teorias por parte dos pensadores, filósofos e juristas contemporâneos. Isso acarretou numa gama de ideais sugeridas para definir qual deve ser o formato de atuação mais eficiente para o Direito, dentro de seus fundamentos de manutenção da ordem.

Nessa nova conjuntura, o Direito Penal ganhou amplo destaque, uma vez que dos ramos do Direito, ele é a categoria responsável pela manutenção e organização social, ditando a forma como a sociedade se comportará diante dos interesses por ele tutelados, representativos dos bens considerados mais importantes, constitucionalmente dispostos e retrato do formato de Estado e da sociedade que ao Direito materializa.

Considerando que o Direito Penal é o subsistema de controle social formal, como dito acima, está condicionado ao modelo social perseguido pelo Estado Democrático de Direito. No entanto, diante do mundo moderno, modificado das mais diversas formas, principalmente pela globalização, diversos efeitos alteraram as práticas criminosas. Isso provocou um aumento também da criminalidade organizada, muitas vezes transnacional, exigindo outras formas de enfrentamento por parte dos Estados Democráticos de Direito para tutelar direitos e garantias individuais, o que acarretou na expansão das medidas de cunho penal⁹⁴.

Colocado no centro de diversos debates sobre seu verdadeiro propósito, o Direito Penal toma posição de destaque, dada sua função máxima de tutor de bens fundamentais à vida em sociedade.

ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Tem-se aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultura.” MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 137.

⁹³ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 73.

⁹⁴ PEREIRA, Camila Bonafini. *Direito Penal de Emergência e a base constitucional do sistema jurídico penal e processual penal*. Conteúdo Jurídico, v. 858, p. 16-36, 2018, p. 02.

Considerado como a parte mais política do Direito, o Direito Penal, assim definido por diversos juristas, é o setor que, acima de tudo, deve exigir uma postura e consciência mais política a seu próprio respeito e a respeito de seus resultados. Isso permite ao Estado utilizá-lo como um instrumento mais contundente para fazer cumprir sua meta de controle, preservando, assim, a ordenação social⁹⁵. Isso significa dizer que o direito penal não pode ser uma esfera que não submete seu conteúdo material e de legitimação à hierarquia valorativa da constituição. Nesse ponto está a importância do conhecimento sobre o bem jurídico por ele tutelado, pois a intervenção penal deve estar estritamente ligada ao conteúdo constitucional posto. Quanto mais rígida for a formulação da relação de bens jurídicos constitucionalmente previstos, maior será a atuação constitucional no sistema jurídico, e, sobretudo, sua influência nas políticas criminais⁹⁶.

2.1.1. – O bem jurídico e Direito Penal

Primordialmente, é necessário termos em conta, que os bens jurídicos são prévios ao próprio Direito Penal. É o exemplo da vida, da saúde, propriedade, além do funcionamento das instituições estatais, sendo função do Direito Penal, dar garantia à intangibilidade de todos esses bens⁹⁷.

Sob essa perspectiva, o conceito elementar da proteção dos bens jurídicos sempre será o de representação dos interesses mais relevantes da sociedade. No âmbito de proteção dos bens e valores constitucionalmente definidos, vai demonstrado através das normas penais transcritas nos textos legais. Nesse sentido, a proteção à dignidade humana, à cidadania, aos valores sociais do trabalho, repúdio ao terrorismo, racismo e a crimes hediondos; da mesma forma que, o objetivo de erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades para o estabelecimento de uma sociedade justa, sem preconceitos de origem, cor, sexo, raça, idade ou qualquer forma de distinção; a prestação à saúde, educação e lazer ao povo, a dignidade e o acesso ao trabalho, em suma, condições

⁹⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02-3

⁹⁶ SBARDELOTTO. 2001, p. 82.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: CALLEGARI, André Luís. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115, p. 31-32.

para uma vida digna, são os preceitos que conduzem impositivamente, inseridos na Constituição, à tutela do Direito Penal.⁹⁸

Essa tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal, do ponto de vista político que mais o caracteriza, se justifica justamente pela constante mutação da sociedade que o Direito ordena. Isso significa que o fim do Direito Penal de proteger bens jurídicos essenciais à sociedade, se altera com a transformação da sociedade no decorrer do tempo. Isso quer dizer também que, quando sua tutela não é mais necessária, e aí se justifica sua natureza fragmentária, o mesmo precisa afastar-se e permitir que as demais esferas do Direito assumam o encargo de proteção⁹⁹.

A ideia do bem jurídico se funda a partir da teoria da lesividade social, que remete aos interesses e necessidades do sistema social. Não significa que toda lesão a um interesse do homem deve constituir crime, mas sim, que na lesividade esteja a característica de uma conduta de caráter socialmente prejudicial¹⁰⁰.

Dessa forma, considerando que a teoria do bem jurídico visa a satisfação de um interesse preeminente numa determinada sociedade, é esse interesse que permite o fornecimento do equilíbrio entre o que deve ser protegido e o que deve ser sacrificado. Somente se devem eleger os interesses que, de fato, representem o mínimo indispensável à convivência social. Ou seja, o bem jurídico é o próprio centro que legitima o Direito Penal e estabelece os fundamentos da intervenção na liberdade, bem como da intervenção penal e a legitimidade de seus tipos penais.¹⁰¹

Deve-se ter por fundamento que esta finalidade do Direito Penal, tanto no formato vigente no Brasil, quanto nos demais países que adotam o regime democrático, é marcada por características que guiam o interesse individual. Representa ideologias das camadas dominantes, norteadas pelo Liberalismo. Preconiza a igualdade entre todos os cidadãos, mesmo que, efetivamente, isso seja apenas um instrumento para conservação do *status quo*, ou seja, da existência jurídica e social construída sob a ótica do modelo de Estado Liberal.¹⁰²

O problema está no fato que, no entanto, o Direito Penal está a demandar uma readequação em sua sistemática, uma vez, que, forjado sob as bases do

⁹⁸ SBARDELOTTO. 2001, p. 85.

⁹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p 03-57

¹⁰⁰ PEREIRA. 2018, p. 03.

¹⁰¹ AZEVEDO, André Mauro Lacerda e NETO, Orlando Faccini. *O Bem jurídico penal. Duas visões sobre a legitimação do Direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 18.

¹⁰² SBARDELOTTO. 2001, p. 113.

Estado Liberal burguês, suas bases já não se mostram compatíveis com a realidade e necessidade social, fazendo existir um descompasso entre legislação penal e a forma do Estado Democrático de Direito¹⁰³.

Se o Direito Penal tem sido posto no centro da discussão proporcionada em razão do acentuado índice de violência e criminalidade vertido em nosso contexto social, a despeito das diversas faces de problema com tamanha dimensão, ressalta evidente que um dos elementos de defasagem do sistema punitivo é a nítida ideologia de tutela aos interesses individuais-patrimoniais, fruto do pensamento forjado no modelo de Estado Liberal.¹⁰⁴

O dado admitido e reafirmado continuamente de “criminalização” enquanto símbolo da intervenção do estado na vida social, interposto por um critério de *ultima ratio* não está impedindo que, cada vez mais, o estado intervenha penalmente diante dos fatos da vida social, onde seu controle não parece ser adequado, todavia. Dessa forma, pode-se dizer que toda intervenção político-criminal está sendo mediada pelos critérios de uma *extrema ratio*.¹⁰⁵

Com isso, se observa que, embora seja um instrumento de tutela de bens jurídicos, não obstante guiado por Constituições, o Direito está se tornando uma forma de ocultar políticas de proliferação do capitalismo selvagem, dos interesses econômicos e grupos favorecidos, sendo o Estado apenas um elemento nocivo de gestão. Sob os ideais iluministas, com o pretexto de uma igualdade formal, o Direito Penal está amparando interesses individuais desconformes. Demonstra, no fim, não possuir compromisso com a implementação dos direitos sociais.¹⁰⁶

Esse déficit de realidade que coloca o Direito Penal como algo utópico, que não se coaduna com a necessidade imediata de resolução dos problemas cotidianamente apresentados e entregues aos operadores do Direito, faz com que haja uma subversão do emprego das categorias de bem jurídico. Estes bens, assim, deixam de ser a barreira que controla a manifestação jurídico-penal, para se tornarem, ao contrário, uma justificativa para intervenção e expansão penal.¹⁰⁷

¹⁰³ SBARDELOTTO. 2001, p. 127

¹⁰⁴ SBARDELOTTO. 2001, p.127.

¹⁰⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 391.

¹⁰⁶ SBARDELOTTO. 2001, p. 113.

¹⁰⁷ BUSATO. 2013, p. 375-377.

Os bens jurídicos antes categoricamente definidos sofreram, portanto, modificações que permitiram que fosse dado início a diversos debates sobre os limites de sua conceituação e quais seriam os bens jurídicos merecedores da real atenção social na era moderna.

Essa ocorrência é proveniente do fato de que a própria concepção de bem jurídico tradicionalmente apresentada, não se define mais somente com relação a objetos materiais corpóreos. Isso os torna de complexa identificação, como é o exemplo do meio ambiente, das relações de consumo, da economia popular, mercados de capitais, etc.¹⁰⁸

Nas sociedades modernas e complexas, o debate entre uma definição de bem jurídico preciso e crítico, porém afastado das reais necessidades da prática, e um conceito de bem jurídico prático e correspondente à realidade, no entanto, vago e inconsistente, vem cada vez mais se agudizando.¹⁰⁹

Essa dependência de um conceito de bem jurídico que já não possui mais definição concreta, leva a uma instabilidade da proposta de sua existência. Ao não se saber mais precisamente quais características devem possuir os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, afirmar que a missão deste seria a proteção de bens jurídicos tornou-se algo vazio e superficial¹¹⁰.

A densidade e complexidade do tráfego viário e aéreo e dos centros de informação e comunicação dos terminais eletrônicos e dados; a crescente intervenção do Estado na economia através de uma política de subvenções, ou o aumento da poluição do meio ambiente, enfrentam ao Direito penal com a questão de se é possível imitar ainda sua missão de proteção do 'direito do outro', ou é necessário passar a proteger instituições, unidades ou funções sociais, o que evidentemente significa uma maior indefinição do conceito de bem jurídico¹¹¹.

Assim, em suma, como algo concreto o bem jurídico é algo representativo da vida do corpo social e se configura numa composição normativa, que é determinada pelo ordenamento jurídico de uma relação social dinâmica e determinada. Porém, o que está a ocorrer, é que sendo o Direito Penal um sustentáculo do modelo liberal-individualista, e não possuindo mais o bem jurídico uma definição exata, a função do Direito Penal não está mais representando um sistema de produção de segurança

¹⁰⁸ BUSATO. 2013, p. 15.

¹⁰⁹ BUSATO. 2013, p. 369.

¹¹⁰ BUSATO. 2013, p. 15.

¹¹¹ BUSATO. 2013, p. 369.

real-constitucional dos bens jurídicos, mas, tão somente, a de um instrumento de resposta simbólica¹¹².

O Direito Penal não tem sido plenamente eficaz para desempenhar um papel com relação ao acareamento dos perigos globais e fenômenos massivos. Sua função de minimizar os perigos científicos e tecnológicos está possuindo caráter simbólico, retirando a referência de proteção penal a bens jurídicos de uma forma coletiva¹¹³.

Não se pretende com tais colocações, negar importância de certos bens jurídicos novos de caráter universal, próprio dos tempos atuais, porém, é necessário coloca-los também a serviço dos bens jurídicos individuais¹¹⁴.

Existe atualmente uma distância entre o domínio e complexibilidade da fenomenologia do sistema penal que vem revelada na Ciência Social, e a apreensão simplista e idealizada que ela faz sobre a Dogmática Penal. Uma visão autônoma do jurídico em relação ao político, coloca o fenômeno a exaltar o pilar de “Direito” do Estado moderno e a filosofia de defesa social, que neutraliza o próprio poder punitivo enquanto função do Direito Penal¹¹⁵. Assim,

É precisamente por sobrepor (e socializar) à imagem real do sistema penal uma imagem ideal do Direito Penal que o discurso dogmático tem cumprido, exitosamente, uma função legitimadora e que suas funções declaradas têm tido uma eficácia simbólica. Até certo ponto, pois, esta falsidade é duplamente funcional: condiciona, relativamente, tanto a subprodução de garantismo quanto a sobreprodução de legitimação; tanto os déficits quanto os excessos funcionais da Dogmática Penal. Pois condiciona, em proporção diametralmente oposta, seus limites garantidores e seus potenciais legitimadores. No marco de uma fenomenologia totalizadora do processo de criminalização, pois, o déficit e o fracasso do poder racionalizador/garantidor da Dogmática Penal só encontram contrapartida no excesso e no sucesso do seu poder racionalizador/justificador e legitimador da totalidade do sistema penal.¹¹⁶

Esse panorama nos conduz à observação de figuras estatais, que enfraquecidas no manejo da ordem e cumprimento da função social fundem os poderes políticos e jurídicos. Desse envolvimento fazem um expositor para seus agentes políticos que, ao competirem em torno da liderança, utilizam discursos

¹¹² SBARDELOTTO. 2001, p. 119-122.

¹¹³ BUSATO, 2013, p. 370.

¹¹⁴ REGHELIN, Elisângela Melo. Entre terroristas e inimigos... *RBCCrim - Revista IBCCRIM*. São Paulo: nº 66 / 2007, p. 284.

¹¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.307-308.

¹¹⁶ ANDRADE. 2003, p. 308-309.

sobre a insegurança numa campanha única e puramente de guerra contra o crime¹¹⁷.

Isso conduz a uma realidade em que a delimitação dos bens jurídicos de encargo do Direito Penal tutelar, está a assumir ampla relevância quando se discutem os processos de criminalização e descriminalização de condutas. Uma vez que passa a ser o conceito de bem jurídico indeterminado, qualquer realidade valorada poderá ser considerada bem jurídico, o que acarretará numa aceitação da criminalização de diversas condutas, somente para atender aos interesses das classes sociais predominantes e detentoras do poder¹¹⁸.

Os feixes de força de uma sociedade securitária em escala mundial, sua dinâmica, metamorfose e sobreposição, tem evidente importância problemática quando se perquire acerca de questões atinentes à teoria política, às ciências criminais ou mesmo aos direitos humanos. Por seu turno, é cediço que o plano das configurações da punição, em seus diversos estratos, não apenas institucionais, carrega consigo um imenso vetor de representação de poder político pronto a ser impulsionado pelos mais diversos interesses.¹¹⁹

Com isso, fazem-se necessárias as conexões sobre esta realidade e as intervenções que hoje colocam o Direito Penal à frente, até mesmo de situações que antes seriam de competência administrativa, porém, que agora não mais escapam da primordialmente, excepcional, figura do sistema penal. A importância de se compreender a simbologia por trás deste novo panorama identificado nos mais diversos ordenamentos jurídicos vigentes e essa atuação diante da abstração da definição dos bens jurídicos e a tutela penal.

Embora alguns defendam uma redução da intervenção penal, que teoricamente advém da ideia de vincular a ingerência da intervenção jurídico-penal às ações que guardem um efetivo potencial de risco, a nova fluidez e abstração envolvidas no conceito que define bem jurídico, bem com as variadas fórmulas de identificação atuais deste, tem permitido pensamentos que divergem da ideia de contração do sistema punitivo, e apontam, ao contrário, para um aumento da intervenção penal¹²⁰.

¹¹⁷ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 66.

¹¹⁸ PEREIRA. 2018, p. 02.

¹¹⁹ AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição: ostentação do horror*. 3 ed. ver. e ampl. Florianópolis – SC: Empório do Direito, 2017, p. 55.

¹²⁰ BUSATO. 2013, p 368.

Junto a isso, a produção de coordenadas políticas distintas à separação de funções na sua forma tradicional, faz com que a realidade do modelo de intervenção mínima da esfera penal, se altere e passe a ganhar novos defensores. Exemplo disso, é o que antes se tinha por esquerda política e suas demandas de descriminalização, hoje se posiciona como total adepta da rentabilidade que pode trazer o conceito de “lei e ordem”, - antes monopolizado pela direita-política. Isso faz com que ninguém mais esteja disposto a debater questões político-criminais no âmbito de seus parlamentos, tornando a demanda imoderada de maiores e mais duras penas, algo não mais incomum para ninguém¹²¹.

Assim, contrariando a posição majoritária que defende o direito como garantidor dos aspectos principais e indispensáveis à vida em comunidade, passou a se defender a ideia geral de que, em maior ou menor intensidade, o único papel do Direito Penal deve ser o de conduzir os destinatários da norma à obediência de suas diretrizes¹²².

O impasse ocorre no ponto que os Estados Democráticos de Direito, no que diz respeito à aplicação do Direito Penal, se colocam em duas posições, de um lado, o de responsáveis por analisar a situação dos que veem seus direitos individuais ofendidos e ameaçados pela postura de terceiros, o que demanda a atuação estatal, e; de outro, a situação dos que veem seus direitos e garantias individuais não concretizados em função da própria atuação da figura Estatal. Ou seja, há um Estado Democrático de Direito que deve proteger os indivíduos dos próprios abusos estatais, através da proteção máxima contra a utilização do Direito Penal, porém, há uma sociedade que demanda justamente uma posição contrária desta, pela expansão na atuação do Direito Penal¹²³.

De toda forma, aceito o discurso de que mais importante é a proteção das normas, e não dos bens ofendidos, se cria o argumento de que é possível proteger, por meio do Direito Penal, qualquer ordem normativa. Isso sem que seu conteúdo seja, de fato, considerado, o que afasta a possibilidade de qualquer potencial crítico. Essa posição, no entanto, apresenta uma disformidade ao passo que a teoria dos bens jurídicos começa a não reconhecer qualquer potencial crítico, já que o que não existe não poderia perder-se. Esse distanciamento com a teoria da proteção do bem

¹²¹ MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. P. 62.

¹²² BUSATO. 2013, p. 10.

¹²³ PEREIRA. 2018, p. 02.

jurídico, por opções políticas se relaciona, assim, tão somente com uma teoria da proteção de normas¹²⁴.

Também dessa perspectiva, pode-se optar politicamente por normas para regulamentação da vida livre das pessoas, tendo então, o mesmo ponto de partida crítico da qual se vangloria a teoria da proteção dos bens jurídicos, mas trata-se de um ponto de partida político, e não científico. Não há mais nada a dizer a respeito disso¹²⁵.

Isso justifica o aumento do raio de ingerência do Direito Punitivo, que deixa preterir princípios e garantias até então alicerces à teorização liberal, tudo em nome de uma maior eficácia de “combate”, nos mais diversos âmbitos sociais¹²⁶.

No fim, a doutrina do Direito Penal, como proteção de bens jurídicos, não está mais apresentando contribuição alguma na limitação da antecipação da punibilidade; delitos contra o meio ambiente, por exemplo, conduzem a teses estranhas e conteúdos verdadeiramente liberais da teoria, estão sendo apenas mera opção política. A teoria do Direito Penal como proteção da validade da norma tem, assim, demonstrando validade especial, principalmente nas teorias dos fins da pena, onde o fato passou a ser a lesão da vigência da norma, e a pena, a eliminação do agente causador da desordem¹²⁷.

2.1.2. Emergência da tutela penal e as funções do Direito

A transformação do conceito do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal levou a uma realidade onde a própria função do Direito está a ser desvirtuada. A incerteza sobre a atuação do mesmo faz com que surja um público que, observando sua ineficiência, exige ainda mais a sua intervenção como forma de solução aos problemas sociais.

Nessa conjuntura se destaca a atuação da mídia e a exploração da criminalidade em seu extremo. Noticiários televisivos de caráter policial divulgam todos os dias crimes violentos com minuciosidades de detalhes, repetindo e encenando a atuação delincente. Criam um “show” das perseguições policiais

¹²⁴ JAKOBS. 2005, p. 47.

¹²⁵ JAKOBS. 2005, p. 47.

¹²⁶ WERMUTH. 2011, p. 51

¹²⁷ JAKOBS, 2005, p. 51.

transmitidas ao vivo, expõem os acusados e permitem a criação de um sistema de julgamento prévio para estes. Isso coopera para a edificação de uma sociedade que vive sob uma sensação de insegurança infundável. O cidadão tem sempre a sensação de que a criminalidade está num grau incontrolável, o que cria um temor ainda maior do que o que poderia ser de fato justificado pela realidade.¹²⁸

Esse cenário cria na população uma convicção de que o Estado tem o dever de intervir através do Direito Penal, da forma mais dura possível, para combater as situações mais adversas que surgem. Em outros termos, a cobertura midiática provoca uma sensação de necessidade de intervenção penal severa, de emergência imediata e, acima de tudo, eficaz.¹²⁹

Deixam-se de lado, com isso, todas as construções de políticas públicas com método multidisciplinar de avaliação, para elaboração de leis penais incriminadoras, acreditando-as como única forma de frear aumento das condutas criminosas.

Para diminuir com a angústia gerada pela insegurança coletiva, a coletividade aspira uma transformação no âmbito do Direito Penal objetivo. Percebendo-se antes de tudo como vítima, a sociedade perde a visão do Direito Penal como um instrumento de defesa dos indivíduos frente à ingerência coativa do Estado. A conceituação clássica da lei penal como “lei maior” do agente, dá lugar a um entendimento do Direito Penal como “carta magna” da vítima. Com isso a própria legalidade do sistema sofre uma reviravolta em seus pressupostos científicos e novos modelos político-social se criam no âmbito da criminalidade.¹³⁰

A este cenário, empiricamente observado pela sociedade diariamente, dá-se o nome de emergência penal. Explicamos:

A esse direito decorrente da pretensa resposta imediata do Estado à demanda social de segurança podemos chamar Direito Penal de Emergência, caracterizado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela nítida assunção da missão de instrumento político de segurança. Alarga-se o âmbito da intervenção penal, de modo a conferir a sensação de tranquilidade social e de um legislador atuante.¹³¹

¹²⁸ SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. *Emergência Penal e Garantias do Estado Constitucional de Direito: Estudo sobre uma insuperável contradição à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 2017. Dissertação em Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017, p. 07

¹²⁹ SILVEIRA. 2017, p. 07.

¹³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da Univesidade de São Paulo*, v. 03, p. 411-436, São Paulo: 2008, p. 412.

¹³¹ BECHARA. 2008, p. 413.

Acredita-se, no contexto da emergência, que a intervenção penal, em sua forma mais clássica, não é capaz de preservar o meio ambiente em equilíbrio para as gerações futuras, muito menos proteger os bens jurídicos mais essenciais¹³².

Esta realidade confirma a existência do subsistema da emergência, que adota medidas extraordinárias que mitigam garantias e direitos fundamentais do cidadão, tudo pela busca de uma pronta resposta que combata a crescente criminalidade¹³³. Não importa para a sociedade, amedrontada e vitimizada, a alteração ou supressão de garantias individuais clássicas, advindas do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, tais garantias passam a ser consideradas meros formalismos, exageradamente rígidos, que obstaculizam a solução efetiva dos casos concretos - verdadeiros “empecilhos” para que os “bandidos” sejam punidos.¹³⁴

Com essa alteração na fonte de legitimação do Direito Penal, constituída na assunção da emergência (antiterrorista, antimafiosa, etc.) a justificar a ruptura política das regras do Estado de Direito que disciplinam a função penal, surgem princípios normativos que legitimam a intervenção punitiva. Com uma posição prontamente política e não jurídica, deixa de ocupar papel acessório à lei, na qualidade de sistema de vínculos e de garantias, para assumir uma posição superior a esta¹³⁵.

O Sistema Penal, por sua vez, sofreu acentuada variação em relação ao modelo de legalidade penal apresentada pelo modelo de Constituição, advindo da tradição liberal. Esse fenômeno de variação teve origem nas legislações de exceção e nas jurisdições não menos atípicas, que ao longo dos anos alteraram a fonte de legitimação política do direito penal e seus princípios inspiradores. Com isso, a cultura da emergência, junto à prática da exceção trouxe à atividade judiciária técnicas inquisitivas e métodos de intervenção típicos de atividades de polícia¹³⁶.

Diante da alegada “crise” do sistema, acredita-se que é necessário deixar a esfera da lei para se chegar a algum sucesso na gerência social e restauração da segurança que hoje assola os mais diversos anseios.

¹³² AZEVEDO; NETO. 2013, p. 16.

¹³³ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito Penal do Inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v.9, n.34, p.69-92. 2015, p. 04.

¹³⁴ BECHARA. 2008, p. 412-13.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

¹³⁶ FERRAJOLI. 2014, p. 746.

Mais a fundo, observa-se que a mais relevante alteração do modelo clássico de legalidade penal, dentro da emergência, é a mutação de toda a técnica punitiva, inferida pelo paradigma do inimigo, o que permite uma personalização do direito penal da emergência, vez que é muito mais um direito penal do réu que um direito penal do crime. Isso demonstra essa crise de legalidade do direito penal que surge da divergência entre o que seria o seu dever ser normativo e o seu ser efetivo¹³⁷.

Como principal forma de combate à criminalidade, o Direito Penal passou a ser interpretado como a “cura” e instrumento numa emergência penal, por oferecer rígidos mecanismos de combate à criminalidade, sugerindo a aplicação de uma legislação garantista ao cidadão “de bem”, e uma de característica inquisitória ao “inimigo”¹³⁸.

O Direito penal produzido na emergência, facilmente se demonstra contrastante com os princípios do Estado de direito. Não mais possuindo uma lógica interna de atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo, produziu uma justiça política, baseada em procedimentos decisionistas e inquisitórios, fundado no princípio do amigo/inimigo e admitida quanto posta, para além da estrita legalidade, num consenso da maioria dos partidos e de uma massiva opinião pública direcionada¹³⁹.

Esta lógica penetrou em todos os momentos do mecanismo punitivo: na legislação, na jurisdição e na execução penal. E consente falar de um direito penal especial – *especial* quanto às figuras criminosas, *especial* quanto às formas de processo, *especial* quanto ao tratamento carcerário – e subjetiva. Como de hábito, no direito penal não se inventa nada de novo: este modelo substancial se relaciona a uma tradição antiga e recorrente de decisionismo penal que celebrou os seus máximos festejos em matéria de delitos políticos ou de *crime de lesa-majestade*¹⁴⁰.

Considerando que o conceito de emergência se traduz na necessidade de uma resposta imediata, de duração igual a da situação emergencial que demandou sua criação¹⁴¹, hoje já se afirma que a emergência e a situação de anormalidade tomaram um cunho permanente.

¹³⁷ FERRAJOLI. 2014, p. 747 e 758.

¹³⁸ MACHADO. 2015, p. 8.

¹³⁹ FERRAJOLI. 2014, p. 754.

¹⁴⁰ FERRAJOLI. 2014, p. 754.

¹⁴¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial. In: SHECAIRA, Sergio Salomao. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 156.

Sob o argumento de defesa do Estado democrático, a emergência governada pela exceção, foi utilizada de forma retórica, uma vez que a democracia e o Estado de direito se defendem um ao outro, com respeito preciso às suas regras. O que ocorre, no entanto, é que aberto o caminho da emergência como forma a justificar o a defesa do Estado, poderia existir uma atitude honesta que assumisse que tal resposta ao perigo insurgente era de cunho fora da lei, da mesma forma que são as respostas de guerra, tudo para então, não se corromper os princípios garantistas defendidos pelo direito penal, que deve ser, acima de tudo, um instrumento de paz¹⁴².

Nas últimas décadas, o termo “crise” vem sendo utilizado, muito embora seja inadequado para uma condição que se perpetua há tantos anos¹⁴³.

Desde o final dos anos 1970, quem trabalha na justiça criminal vem vivendo um período de contestação e reforma impiedosas, que não dá sinais de arrefecimento. Ao longo dos anos 1990, as coisas se sucederam com rapidez inaudita. Houve uma onda de novas leis, reformas organizacionais constantes e um ritmo urgente, volátil, de desenvolvimento de políticas. Quem trabalha na justiça criminal foi exposto a um período continuado de incerteza e de ruptura, com a ansiedade e o esforço desordenado que acompanham as mudanças institucionais bruscas. [...] As falhas do sistema, atualmente, não são mais tão facilmente vistas como problemas temporários, que têm a ver com falta de recursos ou com a implementação insuficiente de programas correccionais ou preventivos. [...] Altas taxas de criminalidade ou de reincidência, antes atribuídas a *falhas de execução*, [...] agora são interpretadas como prova da *falha da teoria*: como sinal de que o controle é baseado num modelo institucional que é singularmente inadequado para esta missão.¹⁴⁴

Com um sistema de segurança contemporâneo de atuação exígua, a emergência, que não vem ligada a um conceito de crise, mas sim, a algo surgido de forma repentina e que desordena o *status a quo*, coloca em xeque todas as estruturas normais de comportamento e a própria manutenção das instituições sociais e políticas¹⁴⁵.

Isso leva ao debate sobre a realidade do sistema penal ao criar normas e aplicá-las seletivamente, oportunizando a criação de um sistema de distribuição desigual da criminalidade que obedece tão somente à distribuição do poder e da propriedade, com conseqüente submissão aos interesses hierárquicos em jogo, que

¹⁴² FERRAJOLI. 2014, p. 768.

¹⁴³ GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Revan: São Paulo. 2017, p. 67.

¹⁴⁴ GARLAND. 2017, p. 68

¹⁴⁵ CHOUKR. 2001, p. 149.

faz com que o Direito passe a ter a função real ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade¹⁴⁶.

Diante dessa tensão social existente, a figura do migrante se adapta perfeitamente àquilo que se busca para justificar o estabelecimento de uma realidade normativa de exceção, onde a aplicação da lei, seu caráter preventivo e de correção, passam a estar estritamente governados por um conjunto de questões gerenciais de outro tipo¹⁴⁷, baseados na emergência e na alteração da técnica punitiva que demanda a existência de um inimigo para a manipulação social e resolução política.

Inspiradas no postulado de que “os fins justificam os meios”, tais medidas fogem, de forma antitéticas ao modelo de Estado de Direito, enquanto sistema de poder baseado e limitado pelas regras do jogo que constituem o “meio” direito, acabando por justificar um sistema de direito penal ilimitado, de caráter substancialista e inquisitório¹⁴⁸.

Mesmo na realidade de cessação de uma emergência, logo esta é substituída por outras emergências criminais, o que consolida esse senso comum, uma vez que não se rompe um ou vários princípios, mas sim, o próprio valor implicado por eles, demonstrados agora, como flexíveis e, em alguns casos, necessariamente postos de lado, ou seja, chegando a uma realidade de não mais “princípios”¹⁴⁹.

Nessa disformidade cultural que é a autêntica ruptura causada pela emergência, os novos métodos excepcionais vão ocupando a rotina e sendo difundidos nos processos normais, o que gera poderes e núcleos de poder nada dispostos a se desmantelarem e, sobretudo uma incivilidade policialesca formada, de forma predominante, por valores explícitos de segurança e eficiência. Tudo isso reunido, apoiado por partidos, imprensa e juristas, alimenta um retrocesso geral do próprio sentido do Direito¹⁵⁰.

Enquanto a dogmática penal fundamenta cada vez menos a violência punitiva e segue respaldada numa visão de idealidade do funcionamento do Direito Penal, na

¹⁴⁶ ANDRADE. 2003, p. 283-4.

¹⁴⁷ AMARAL; ROSA. 2017, p. 32.

¹⁴⁸ FERRAJOLI. 2014, p. 243.

¹⁴⁹ FERRAJOLI. 2014, p. 768.

¹⁵⁰ FERRAJOLI. 2014, p. 772.

argumentação de sua legitimidade e no discurso da segurança jurídica, os sistemas penais avançam com sua desmedida violência seletiva e, genocida¹⁵¹.

Nesse sentido, para avançarmos na presente leitura, necessária a breve passagem sobre as justificativas penais, para posterior compreensão da relação com o crescimento de discursos que adotam teorias como a do Direito Penal do Inimigo como uma racionalidade motivadora.

2.1.2.1. Utilitarismo jurídico

O utilitarismo é o pressuposto necessário de toda doutrina penal sobre os limites do poder de punir do Estado. Constitui um elemento contínuo e essencial de toda tradição penal liberal, tendo se desenvolvido como doutrina política e jurídica, em função do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, elaborador do Estado de direito e do Direito Penal Moderno¹⁵².

Numa primeira versão, há o utilitarismo de natureza expressamente autoritária e solidária, onde o direito penal máximo é posto à utilidade dos governantes, *ex parte principis*. De teóricos como Maquiavel a Carl Schmitt, enuncia diretamente a hegemonia da política, não apenas sobre a moral, mas, também, sobre o direito, sendo seu fundamento guia, o interesse do *Príncipe* ou do Estado, que, por sua vez, se identificará com seu instinto ou com seu impulso pelo poder¹⁵³.

Em sua segunda versão, porém, é o utilitarismo *ex parti populi* que chancela a filosofia penal de origem contratualista e iluminista, que possui o bem-estar e a utilidade como ponto de referência, não dos governantes, mas, sim, dos governados. Com uma visão externa ao sistema jurídico, separa axiologicamente Direito e moral, defendendo um direito penal mínimo de características garantistas¹⁵⁴.

Essas duas versões do utilitarismo integradas, junto ao critério de máxima utilidade para o maior número de pessoas, conferiram à pena um objetivo único, qual seja, a prevenção de delitos futuros, tutelando, dessa forma, a maioria não desviante, deixando à parte, aquele da prevenção das reações arbitrárias ou

¹⁵¹ ANDRADE. 2003, p. 308.

¹⁵² FERRAJOLI. 2014, p. 241.

¹⁵³ FERRAJOLI. 2014, p. 242.

¹⁵⁴ FERRAJOLI. 2014, p. 243.

excessivas. Com isso, quatro finalidades preventivas do utilitarismo penal como justificadoras da pena – regeneração ou correção do réu, neutralização ou colocação em posição de que não possa provocar mais danos, ainda, a dissuasão a todos os outros de imitá-lo, através do exemplo da punição, ou da própria ameaça normativa e a integração disciplinar mediante a reafirmação de valores jurídicos lesados – dizem todas respeito à prevenção de delitos¹⁵⁵.

Assim, dentro da visão utilitarista do Direito Penal, todas as doutrinas podem ser separadas segundo dois critérios, pelos que são destinatários da doutrina da prevenção geral ou especial, e conforme a natureza das prestações da pena, positivas ou negativas, dependendo dos seus alvos¹⁵⁶.

Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.¹⁵⁷

Como uma das funções decorrentes do utilitarismo, a prevenção geral positiva é que a nos importa o estudo na presente pesquisa. Sua análise possibilitará a compreensão sobre as justificativas penais utilizadas na incorporação das racionalidades decorrentes de teses extremistas, que evocam a expansão do Direito Penal a qualquer custo, no cenário instaurado da dita emergência penal.

2.1.2.2. Prevenção Geral Positiva

O fracasso dos diversos modelos de prevenção, quer especial ou geral, conduziu a algumas conclusões, de certa forma, pessimistas provenientes da criminologia e da sociedade criminal, resumidas na expressão *nothingworks*. Essa desconfortante conclusão de que nenhum modelo punitivo se mostrava eficaz para a

¹⁵⁵ FERRAJOLI. 2014, p. 244-5.

¹⁵⁶ FERRAJOLI. 2014, p. 245.

¹⁵⁷ FERRAJOLI. 2014, p. 245.

realidade social, promoveu no campo do discurso penal, diferentes posicionamentos, todos tendo em comum, o fato de buscarem uma análise externa a todo o sistema punitivo¹⁵⁸.

As correntes que defendem a prevenção geral positiva, seguramente misturam direito com moral, e inscrevem-se no inesgotável veio do legalismo e do estatualismo ético, dando às penas, função de integração social por meio do complemento geral da fidelidade ao Estado, da mesma forma que propiciam o conformismo das condutas. Isso se verifica desde doutrinas genéricas sobre o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e “educação coletiva”, até doutrinas mais específicas, como a de Günther Jakobs, que, baseado nas ideias sistêmicas de Nicklas Luhmann, defende a pena como fator de coesão do sistema político-social em função da capacidade de restaurar a confiança coletiva estremecida pelas transgressões, o equilíbrio do ordenamento e, assim, de renovar a estima dos cidadãos quanto às instituições¹⁵⁹.

Tendo como foco de seus estudos sociológicos, Durkheim na sociologia da virada do século XIX para o XX, a partir de sua classificação do crime como um fato natural, também concebia que a punição para um crime tinha efeito positivo, ao passo que produzia um fator de integração social, ou seja, que unia pessoas em torno da rejeição de um certo comportamento, assim classificado por romper com o padrão ótimo estabelecido¹⁶⁰.

Para Durkheim, não seria o criminoso em si, seu foco, mas os demais componentes do sistema social, pois a ocorrência de um comportamento derivado do padrão e sua devida sansão, é fator de geração de solidariedade e harmonia social, na medida em que os indivíduos unificam seus sentimentos em face do desprezo provocado pelo crime¹⁶¹.

Jakobs não se diferencia, com sua teoria sistêmica, de Durkheim, que concebe a pena como um fator de estabilização social, fundado, sobretudo, para governar pessoas honestas, reafirmando-lhes os sentidos coletivos e solidificando a reciprocidade dos sentimentos contra os desviantes. No entanto, diferenciando-se de Durkheim, que apenas buscava explicar a pena, a teoria de Jakobs reduz o

¹⁵⁸ BUSATO. 2013, p. 778.

¹⁵⁹ FERRAJOLI. 2014, p. 256.

¹⁶⁰ BUSATO. 2013, p. 779.

¹⁶¹ BUSATO. 2013, p. 779.

indivíduo ao estado de um “subsistema físico-psíquico”, subordinado, funcionalmente, às exigências do sistema social geral. Essa linha de pensamento se torna solidária aos modelos de direito penal máximo e ilimitado, taxativamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa. A justificação externa, nesse caso, desaparece para se sujeitar tão somente ao ponto de vista interno, limitadamente importando se este, ao invés de identificar-se com os costumes e tradição do Estado ou com qualquer moralidade essencial do direito, transforma-se em simples instituição funcional de autoconservação de um sistema político¹⁶².

Através da teoria dos sistemas de Luhmann, Jakobs evidenciou a adição da concepção funcionalista da norma como expectativa contrafática. Na teoria dos sistemas, a própria sociedade é um sistema que se compõe de outros subsistemas, sendo um deles, o subsistema jurídico. Juntos os subsistemas se mantêm em função de determinações normativas, tomando a norma como expectativa contrafática. Dessa forma, a validade normativa e, conseqüentemente, a disposição do sistema por ela constituído, depende da sua afirmação valorativa pelos indivíduos a ela submetidos. Ou seja, a consolidação do próprio subsistema jurídico se sujeita à afirmação contrafática das normas jurídicas, sendo a função destas, portanto, tão somente a de proporcionar o equilíbrio do sistema¹⁶³.

Nicklas Luhmann parte de considerar a sociedade como um *sistema independente* do indivíduo, que por si só constitui um subsistema psicofísico. Por isso, as modificações que o cidadão produz se traduzem no sistema, o qual gera novas expectativas ante seus membros, que assimilam ou rechaçam as expectativas produzidas, mas não de forma individual senão como um sistema social completo. As expectativas individuais são manejadas através de róis, cujo cumprimento determina a harmonização do sistema, que se racionaliza através de sua funcionalidade¹⁶⁴.

Utilizando-se dessas propostas para o Direito Penal, Jakobs defende que o Direito, como um sistema, se ratifica desde sua aceitação pelo sistema social, assim, o que se lesa, não são bens jurídicos, mas sim, a norma mesma e a consecutiva confiança institucional nele depositada pelos indivíduos, o que gera fidelidade e credibilidade ao direito. A prevenção se concretizaria, desse modo, positivamente, ao passo que o propósito da coerção normativa seria o de alentar a consciência dos

¹⁶² FERRAJOLI. 2014, p. 257.

¹⁶³ BUSATO. 2013, p. 781.

¹⁶⁴ BUSATO. 2013, p. 783.

cidadãos em geral, quanto à estabilidade da vigência da norma impelida pelo comportamento do delinquente, em contraponto à prevenção geral negativa, que se baseia, tão somente, na ideia de produção de uma intimidação¹⁶⁵.

A lesão da norma, em Jakobs, é o elemento decisivo do Direito penal. Daí que a missão do Direito Penal, que opera através das consequências jurídicas do delito, tenha natureza ético-social, porque proíbe e castiga a violação dos valores expressos na norma. [...] No contexto proposto por Jakobs, aparecendo a pena como contradição ao rompimento da norma e estabilizando-a, esta tem que se impor sem que existam razões de prevenção geral ou prevenção especial que a justifiquem, pelo simples fato de existir um rompimento da norma¹⁶⁶.

Defendendo, assim, um verdadeiro direito penal do autor, Günther Jakobs, utilizando-se da expressão Direito Penal do Inimigo, afirma que a função da pena é, tão somente, a de afirmar que o direito tem função somente para as pessoas que são fiéis ao direito. Com isso, Jakobs pretende dissociar a ideia de pena do critério de justiça, substituindo por um método de merecimento da pena¹⁶⁷.

O único ponto de contradição, no entanto, é o fato de que os fins da prevenção geral positiva, só serão legítimos ao passo que respeitem princípios e garantias individuais sem deixar-se levar por reações psicossociais a exemplo do medo, o que represente um perigo do ângulo garantista e democrático¹⁶⁸.

2.2. Bases político-criminais e do Direito Penal do Inimigo

Expusemos até aqui que as principais características das políticas criminais atuais, resumem-se na ideia de “expansão” do Direito Penal. Isso quer dizer a “expansão” do ordenamento, no elemento nuclear das normas, através de um conjunto de tipos penais que, analisados do ponto de vista do bem jurídico, se traduzem em hipóteses de “criminalização no estado prévio” a possíveis lesões desses bens, com marcos penais a estabelecer sanções desproporcionalmente altas¹⁶⁹.

¹⁶⁵ BUSATO. 2013, p. 784.

¹⁶⁶ BUSATO. 2013, p. 784.

¹⁶⁷ BUSATO. 2013, p. 785

¹⁶⁸ REGHELIN. 2007, p. 290.

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José - Coordenação. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

Figurando o medo como um dos principais motivadores para a elaboração de leis penais, junto ao sentimento de insegurança, difundiram-se na sociedade sentimentos exagerados que parecem não ter correspondência real com tais riscos, mas que vão fortalecidos por uma excessiva cobertura midiática dos sucessos lesivos e perigosos. Com uma percepção social sobre as transformações dos valores e relações pessoais, num contexto de acelerada mudança tecnológica, fica cada vez mais evidente e coletivo a diminuição do sentimento de solidariedade coletiva¹⁷⁰.

Com isso, o que se vê é a construção de um direito penal sem fins utilitários e esvaziados de bens jurídicos, onde da finalidade preventivo geral positiva da pena, somente advém um efeito simbólico, valorado enquanto comunicação e de acordo com os interesses vigentes, que abandona sua posição secundária para assumir o principal objetivo do Direito¹⁷¹.

Com a constante adequação desse formato de gestão da ordem pública, ao pensamento moderno, embora não seja a criminologia em si, o enfoque deste estudo, sua forma contemporânea vem experimentando uma mudança de padrões diante da qual ainda está a se deslocar e se transformar de uma “Ciência das causas da criminalidade” (padrão etiológico), em uma “Ciência das condições da criminalização” (padrão da reação social). Com a administração sociopenal, análise estrutural, operacional e dos reais encargos do sistema penal, as formas de criminalização passam a ocupar cada vez mais uma posição central no interior do objeto da investigação criminológica¹⁷².

Em resumo, com o apoio social obtido através dos cativantes discursos sobre segurança e proteção por seus governantes, os ordenamentos estão a cada dia adotando mais e mais um punitivismo exacerbado, como forma de atingir objetivos não voltados às funções declaradas do sistema penal, mas sim, a seus efeitos simbólicos perante as sociedades e os consequentes resultados agregados, em grande parte, voltados aos interesses políticos, se não, tão somente.

O medo e a insegurança que entremeiam as relações sociais são os principais proporcionadores dessa realidade, como já dito. Quando a voltamos para

¹⁷⁰ REGHELIN. 2007, p. 289

¹⁷¹ REGHELIN. 2007, p. 289

¹⁷² ANDRADE. 2003, p. 52.

a questão da migração e o fluxo crescente de pessoas a transitar entre territórios, isso se torna pontualmente evidente.

As novas tecnologias e/ou o próprio formato de sociedade, produto da globalização, bem como a redução até o limite máximo do formato de Estado, baseado no bem-estar social, levaram a um cenário de “mixofobia” onde o medo do “mesclar-se” com os recém chegados estrangeiros cada vez aumenta. Isso, em maioria, ocorre, pois, primeiro tais estrangeiros são considerados algo próximo a “parasitas” de determinado modelo de Estado, e, em segundo, por trazerem consigo outra definição que tanto assusta, a de serem inimigos, e porta-vozes do “terrorismo”¹⁷³.

O crescente processo de politização do Direito Penal permitiu a criação de um modelo de Direito Penal do autor e a migração, como um fenômeno atual, absorveu para si teorizações já existentes, não desenvolvidas para estes fins, porém que, na prática, acarretaram numa legislação penal toda voltada ao combate à imigração irregular, agora “ilegal”. Isso se tornou possível através da concepção política da noção de segurança, que simplificando o discurso político-criminal e utilizando de teorias de racionalidade extrema, passou a modificar-se ao sabor das demandas circunstanciais midiáticas e populistas, em detrimento de programas sistemáticos e efetivos de política criminal¹⁷⁴.

Essa perspectiva, se mais especificamente desenvolvermo-la, nos revela um ajustamento da figura do migrante aos conceitos da anteriormente citada, Teoria do Direito Penal do Inimigo, que desenvolvida por Günther Jakobs, em meados dos anos de 1980, possui este cunho racionalista e serve justamente para as justificar medidas de “combate” adotadas diante de panoramas como do atual aumento do fluxo migratório.

Isso porque, combinando o processo de expansão do Direito Penal à intervenção nas questões atinentes à migração, mais especificamente no que tange ao controle dos fluxos migratórios, se construiu o modelo de Direito Penal do autor (inimigo) em volta do migrante, uma vez que, a condição pessoal de “ser” um imigrante irregular, passou a ser, por si só, convertida em infração penal, ou então, considerada como justificativa para medidas punitivas mais rígidas que elegem a

¹⁷³ WERMUTH. 2011, p. 46.

¹⁷⁴ WERMUTH. 2011, p. 83.

inocuidade do indivíduo, permitindo, assim, uma atuação do direito punitivo independente de quaisquer garantias fundamentais já estabelecidas¹⁷⁵.

Para melhor compreendermos essa adequação da figura do migrante aos preceitos da teoria radical de Günther Jakobs, necessário realizar seu desdobramento e estudo, seguindo na linha de entendimento expressa quando da exposição das funções do Direito Penal, mais especificamente, a de prevenção geral positiva, que descreve os fundamentos da tese elaborada por Jakobs e suas vertentes.

2.2.1. Direito Penal do Inimigo e seus pressupostos teóricos

Com estudos que geraram grande polêmica e debates na academia, Günther Jakobs, jurista alemão, desenvolveu uma teoria funcionalista radical/sistêmica que se desvia de todos os preceitos garantistas dos atuais ordenamentos em vigor¹⁷⁶. Em sua tese, construída no âmbito da dogmática penal, Jakobs apontou a necessidade de ser reconhecido um Direito Penal de ordem mais extremista, responsável por desvincular alguns indivíduos da definição de pessoa, quando evidenciada a incapacidade de pacificação interna destes, criando, assim, uma categoria destinada somente a estes indivíduos “perigosos” e não “adaptáveis”.¹⁷⁷

Alicerçado em teóricos do contratualismo, Jakobs analisou diversas teorias que entendiam e conceituavam a figura de um inimigo. Observou que para Rousseau e Fichte, o delinquente seria sempre, por si só, um inimigo. Já para Hobbes, pelo menos o réu acusado de alta traição. Para o filósofo, o objetivo da obediência estaria na proteção da norma. Na construção de Kant, no entanto, o problema estaria na passagem do estado de natureza ao estado civil, pois para ele, toda pessoa pode obrigar a outra a ingressar em uma constituição cidadã. Por consequência, quem não participasse da vida no formato do estado comunitário-legal, deveria retirar-se, ou seja, é expulso desta, não devendo ser, em todo caso,

¹⁷⁵ WERMUTH. 2011, p. 88.

¹⁷⁶ JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni e LAZARI, Rafael José Nadim de. Sistema penal funcionalista e direito penal do inimigo. In: *Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito*. UFRGS, v. 12, n. 1, 2017, p. 387.

¹⁷⁷ NETO, Moysés Pinto. *O rosto do inimigo. Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 07.

tratado como pessoa, mas sim, como expressamente afirmou Kant, como um inimigo¹⁷⁸.

Mais inclinado às conclusões de Hobbes e Kant, por fim, baseando-se, no modelo de sociedade construído por Nicklas Luhmann¹⁷⁹, como já referido, Jakobs desenvolveu sua tese compreendendo o Direito Penal como um instrumento que garante a identidade da cadeia normativa. Com isso, quis demonstrar que a sociedade, não deve ser analisada a partir da consciência individual ou do próprio sujeito, mas sim, como um processo comunicativo. Ou seja, a forma como a sociedade é vista, deriva de um processo de comunicação que não está “nas próprias coisas”, mas constantemente se afirma e reafirma. Assim, o Direito Penal seria um desses instrumentos de configuração da sociedade, quando, por exemplo, informasse ser proibido agredir fisicamente sujeito alheio, modulando destarte, uma forma de sociedade, que jamais seria estática em si, pelo fato de estar constantemente informando quais seriam as normas que estariam ou não em vigor¹⁸⁰.

Na teoria dos sistemas de Luhmann, se evidenciava que o Direito, enquanto orientador de sociedades complexas, necessita criar mecanismos de orientação para o homem no mundo, mecanismos que reduzam essa complexidade, sendo um deles, os sistemas sociais, onde o direito surge como marcador dos limites da configuração da própria sociedade, caracterizando-a de determinada forma específica¹⁸¹.

Jakobs utiliza, assim, uma teoria institucional do Direito, que vê as normas como estrutura da sociedade, sendo o Direito, em uma concepção Luhmanniana, um sistema facilitador da orientação social, e a norma, por sua vez, uma generalização de expectativas. Ou seja, o Direito produz a configuração fundamental de uma sociedade, e a função do Direito Penal é garantir a manutenção desta configuração,

¹⁷⁸ JAKOBS; CALLEGARI; GIACOMOLLI. 2005, p. 28-29.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboços de uma teoria geral*. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. 2016, p. 460.

¹⁸⁰ NETO. 2012, p. 08.

¹⁸¹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal do Inimigo*. 2005, p. 13.

sendo que, as expectativas sociais se estabilizam através das sanções¹⁸². Nesse sentido,

Para favorecer a orientação social, criam-se expectativas, no sentido de que eu posso esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim. Entretanto, como seu nome o indica, é um conceito contingente, porque se trata de “um esperar algo de alguém”, isto pode acontecer ou não. É dizer que a expectativa pode ser defraudada e, portanto, o sistema deve criar mecanismos para reagir frente a essas defraudações¹⁸³.

Isso faz com que a pena ganhe um caráter de *reafirmação* da ordem jurídica vigente, justificada por meio de uma concepção que tem como fundamento a percepção comunicativa do fato compreendido como transgressão às normas que configuram a identidade do corpo normativo, sendo a pena, a resposta que reafirma esta ordem jurídica. “Quer dizer: uma vez violada a norma, é preciso que alguém comunique que ela ainda vale, apesar da frustração da expectativa”.¹⁸⁴

Com isso, o Direito Penal poderia tratar determinado elemento como um cidadão, aperfeiçoando assim, sua esfera de liberdade, ou então, classificá-lo como um inimigo, fonte de um perigo¹⁸⁵.

Isso significa que, o Direito Penal deve procurar diminuir a disposição em tratar o delinquente como pessoa, ao passo que a expectativa de um comportamento pessoal transgressor se defrauda de maneira duradoura¹⁸⁶. Esses novos paradigmas nos levariam a uma realidade em que,

[...] o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação - denominada abertamente deste modo - de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de “delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”, assim como, em geral, no que tange aos crimes. Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como

¹⁸² LYNETT. 2005, p. 13

¹⁸³ LYNETT. 2005, p. 14

¹⁸⁴ NETO. 2012, p. 09

¹⁸⁵ NETO. 2012, p. 1-2.

¹⁸⁶ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 34.

pessoa. [...] não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos¹⁸⁷.

Isso reafirma um contexto que, dentro dos preceitos da teoria, não tem o Direito Penal como o fim principal de proteção de bens jurídicos. Pois, conforme descreve Jakobs, quando há a proteção do bem, este já fora atacado, motivo pelo qual, cabe, aí sim, ao Direito Penal a garantia da vigência da norma, dado que, quando ferido um bem jurídico, o seu agente deve ser punido para que se afirme que a norma penal está em vigor¹⁸⁸.

Para a teoria de Jakobs, a tutela penal, deve conter, por meio de uma intervenção subsidiária, fragmentária e harmônica, a identificação do bem jurídico sob uma ótica de estabelecimento da igualdade material ou substancial, o que só pode ocorrer através da seleção das condutas que, de fato, impedem a implementação dos direitos e dos objetivos estabelecidos pelas constituições¹⁸⁹.

Com isso, a relevância jurídica dos bens sempre será relativa, fazendo referência tão somente a uma situação ameaçada, pois o Direito Penal não serve para a proteção de bens titulados como jurídicos, de forma genérica, mas sim, para a proteção de bens contra certos ataques que, só então terão a manifestação do Direito. Sendo assim, nomeados os bens que são ou não jurídicos, estes somente o serão se restar evidente seu caráter de mantenedores do sistema de normas. Para Jakobs, o Direito não seria um muro erguido para proteger bens, mas sim, uma estrutura que garante a relação entre as pessoas, tão somente¹⁹⁰.

Ao elaborar os conceitos de Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, por outro lado, Jakobs sabia que dificilmente os dois apareceriam transladados à realidade em suas formas puras, sendo que, assim, até mesmo no processamento de um fato cotidiano, um pouco mais tedioso, explica que estaria mesclada ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros, e até mesmo o terrorista mais isolado da esfera cidadã, seria tratado, pelo menos formalmente,

¹⁸⁷ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 35-6.

¹⁸⁸ GRECO. 2010, p. 03

¹⁸⁹ SBARDELLOTTO. 2001, p. 117.

¹⁹⁰ JAKOBS. 2005, p.33.

como pessoa, ao lhe serem oportunizados dentro do processo penal, os direitos de um acusado cidadão¹⁹¹.

[...] não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de *um* só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um* só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como fonte de perigo ou para intimidar aos demais. [...] Em segundo lugar, deve limitar-se, previamente, que a denominação “Direito Penal do inimigo” não pretende ser sempre pejorativa. Certamente, um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes. Ademais, um *Direito* penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva¹⁹².

Era irremediável, para Jakobs, também, que o conteúdo de conotação negativa de sua teoria seria reconhecido quando ficasse claro seu intento de viabilizar uma “criminalização do estado prévio”. O Direito Penal do Inimigo seria um “outro” Direito Penal não voltado para o cidadão. Ausentes os regulares princípios de funcionamento, seria somente dirigido àquelas pessoas que demonstrassem uma veemente relutância em se adequar a ordem jurídica, colocando em risco toda a unidade do sistema social¹⁹³. Porém, ainda assim,

O problema fundamental seria não confundir as duas esferas - “inimigo” e do “cidadão” - de sorte a não deixar que o Direito Penal liberal se “contamine”, gerando arbitrariedade *devida* aos inimigos também aos cidadãos. Diferenciar as esferas seria reconhecer, por exemplo, que nem todo Direito Penal é do inimigo, apesar de usar a mais grave coação em mãos do Estado¹⁹⁴.

Como previa o criador da tese, fica nítido o retrato de uma ideologia de defesa social resultado da visão global que legitima um exercício de poder pelo sistema penal. Ao passo que simboliza o conjunto de ideais oficiais sobre sua identidade e fins, sustenta as finalidades práticas atribuídas à pena, se comunicando, por sua vez, com a legitimação liberal através da legalidade. Em princípio, por meio de um

¹⁹¹ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 21.

¹⁹² JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 21.

¹⁹³ NETO. 2012, p. 12.

¹⁹⁴ NETO. 2012, p. 14.

concurso de discursos sobre a legitimação do sistema, que não obedece ou apresenta uma coerência interna.¹⁹⁵

A teoria de Jakobs assim, se resume:

a função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. b) No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant). c) Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. d) As tendências contrárias presentes no Direito material – contradição *versus* neutralização de perigos – encontram situações paralelas no Direito processual. e) Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal do inimigo. f) A punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito Penal do Inimigo, sem ser, só por isso, ilegítima.¹⁹⁶

Dessa forma, quando a Teoria do Direito Penal do Inimigo se traduz em uma forma que, nitidamente, busca a suspensão da ordem jurídica sem, no entanto, revogar suas normas, na prática, sua racionalidade dá, por si só, espaço para o surgimento de um Estado de Exceção permanente. Ou seja, não bastando ser aparentemente contrária aos princípios constitucionais elementares, a discussão a eleva ao nível técnico-jurídico, visto que, aparentemente, não se está tão somente diante de um conflito normativo, mas sim, da própria suspensão do ordenamento, o que foge do campo jurídico e passa a concentrar seu enfoque no político¹⁹⁷, como analisaremos a seguir.

2.3. Direito Penal do Inimigo e a sistematização de Estados de Exceção

¹⁹⁵ ANDRADE. 2003, p. 135.

¹⁹⁶ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 49-50.

¹⁹⁷NETO. 2012, p. 03

Considerando o cenário atual em que a criminalidade organizada aumenta, bem como diversos atentados terroristas se deflagram nos centros urbanos, entre outras circunstâncias que de forma empírica apontam para uma realidade de criminalidade exacerbada, alertou-se para a necessidade do aumento das políticas de segurança nos mais diversos países. Propondo-se a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em responderem de forma eficaz a tais problemas, os discursos perpassaram, repetidamente, pela imposição de uma relativização dos limites exercidos pelos órgãos estatais, assim como pela flexibilização de garantias, alegadas como indispensáveis à manutenção da segurança pública¹⁹⁸.

A emergência declarada diante do perigo abstrato eminente perdeu seu caráter de eventualidade, passando a se constituir, na realidade, numa normalidade que problematiza uma série de questões, trabalhadas pelo filósofo Giorgio Agamben.

Em seus estudos Agamben aponta a necessidade de repensarmos o Estado de Exceção, não como uma técnica de governo diante de uma situação de emergência, mas sim, como um elemento constitutivo da própria ordem jurídica permanente¹⁹⁹.

Uma vez que as flexibilizações, características da exceção, passaram a ocorrer de forma sistemática, contaminando diversos países, verificou-se que há um Estado de exceção incorporado no bojo dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, agora paulatinamente evidenciado²⁰⁰.

A realidade contemporânea que aponta para a existência de um cenário de “guerra global” é grande responsável pelo fortalecimento da Exceção. Assim a descrevem Hardt e Negri:

¹⁹⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência: a gramática dos imigrantes como “sujeitos de risco” e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem*. 2014. 276 p. Tese em doutorado (Tese em Direito Público) UNISINOS. São Leopoldo, 2014, p. 28.

¹⁹⁹ NETO. 2012, p. 18.

²⁰⁰ WERMUTH. 2014, p. 29.

En el mundo de hoy existen numerosos conflictos activos, algunos de corta duración y confinados en un lugar determinado, otros duraderos y expansivos. Estos conflictos deberían ser considerados no como ejemplos de guerra sino más bien de guerra civil. Pues mientras que la guerra, según la concepción tradicional del derecho internacional, es un conflicto armado entre entidades políticas soberanas, la guerra civil es un conflicto armado entre combatientes soberanos y/o no soberanos dentro de un mismo territorio soberano. Pero ahora esta guerra civil no hay que entenderla dentro de un espacio nacional -ya que ha dejado de ser la unidad efectiva de la soberanía-, sino en el territorio global²⁰¹.

Essa condição aponta para o fato de que estão instituídos Estados de Exceção em inúmeros ordenamentos. Com o cenário de guerra global, as medidas adotadas para garantir a segurança perpassam pela suspensão dos ordenamentos como justificativa ao combate e proteção dos povos, indicando que estamos numa constante onde os ordenamentos jurídicos em vigor, se mantêm em risco diário.

Nesse contexto, a Teoria do Direito Penal do Inimigo surge com toda a força para evidenciar que, ocupando destas características de conflito civil a nível global, sistematiza, quando inserida na prática, a Exceção apontada por Agamben²⁰². Vejamos:

A partir de uma cisão conceitual entre cidadão e inimigo, Jakobs pretende a criação de dois Direitos Penais, um dirigido ao cidadão – com as devidas garantias e direitos constitucionalmente assegurados –, outro destinado aos inimigos, a quem será conferido tratamento de *guerra*. Estes não dispõem do caráter de “pessoa”, sem fazer jus, por isso, aos direitos e garantias assegurados nas legislações. Em outros termos: Jakobs está a admitir a existência de uma “duplicidade” permanente e imanente no ordenamento jurídico, permitindo que funcionem, simultaneamente, um Estado de Direito e um Estado de Exceção. O Direito Penal do Inimigo, assim, seria a emergência instalada – paradoxalmente, *de forma contínua* – no “coração” da ordem jurídica.²⁰³

É possível notar, ao longo da história, que as manifestações do Estado de Exceção estão presentes com mais força nos tempos de crises políticas, sociais e econômicas, não como um problema jurídico, mas como uma alternativa para determinado momento histórico. Diferente do Estado de Sítio e Estado de Guerra, que possuem a função de preservar a democracia em determinados períodos, o problema do Estado de Exceção está no momento em que o poder é dado ao

²⁰¹ HARDT; NEGRI. 2005, p. 21-22.

²⁰² NETO. 2012, p. 19.

²⁰³ NETO. 2012, p. 19.

soberano, que acaba por exceder o poder que lhe é conferido, colocando em risco ou até mesmo arruinando a democracia que deveria ser preservada²⁰⁴.

Entre os fundamentos que dificultam a definição do Estado de Exceção, está a estreita relação deste com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Considerando a relação de antagonismo ao estado normal, a guerra civil se coloca numa zona de indecidibilidade quanto ao Estado de Exceção, que é a resposta imediata dada pelo poder estatal aos conflitos internos mais complexos e extremos²⁰⁵.

Mas qual a razão de observarmos a figura do migrante adequada à Teoria do Direito Penal do Inimigo, que sistematiza um Estado de Exceção permanente?

Segundo Agamben, há um totalitarismo moderno em vigência, que se instaura através do Estado de Exceção, na forma de uma guerra civil legal e que permite a eliminação física, não somente de adversários políticos, mas, principalmente, de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer motivo, sejam intragáveis a determinado sistema político. Assim, os Estados contemporâneos usam a criação, voluntária, de estados de emergência permanentes, ainda que não enunciados nessa forma técnica, como prática essencial de governo, até mesmo naqueles denominados democráticos, tornando esse formato, de nítida indeterminação entre democracia e o absolutismo, o mais novo modelo de governo.²⁰⁶

Para o teórico²⁰⁷, baseado nos ensinamentos de Carl Schmitt, o Estado de Exceção é algo que não se situa fora, porém muito menos é interno a um ordenamento jurídico. A complexidade de sua existência está no fato de que o mesmo está em uma configuração denominada zona de indiferença, sendo que o que está dentro do ordenamento não exclui aquilo que está fora, mas sim, cria essa zona de indiferença, em que ambos se indeterminam. Isto é, a suspensão de uma norma pelo soberano, que se coloca de fora do ordenamento que comanda, não significa a abolição da mesma, sendo que a zona de anomia então criada, não é (ou

²⁰⁴ MIGUEL, Elcio Cardozo. A biopolítica e o Estado de Exceção na conjuntura brasileira do século XXI: o caso das upps e o tráfico de drogas. In: *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 136-150. Jul/dez. 2015, p. 141.

²⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. *O Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti.- 2 ed. São Paulo: Boi Tempo, 2004, p. 12.

²⁰⁶ AGAMBEN. 2004, p. 13.

²⁰⁷ AGAMBEN. 2004, p. 39.

não deseja ser) destituída de relação com a ordem jurídica, sendo este o próprio limite do ordenamento jurídico²⁰⁸.

Um dos fundamentos do Estado de Exceção seria o conceito de necessidade, e a necessidade, não tem lei. Dessa forma, poderia ser entendida tanto por não reconhecer nenhuma lei, quanto por criar a sua própria lei. Ou seja, em ambos os casos, a teoria do Estado de Exceção se resolveria no estado de necessidade, de modo que o juízo sobre a sobrevivência deste esgota o problema da legitimidade daquele. Isto porque, aquele que em uma situação de necessidade age além do que está definido em lei, não está julgando a lei, mas sim o caso particular em que vê que a letra da lei não deverá ser analisada²⁰⁹.

Assim, torna-se mais evidente a maneira como Jakobs, mesmo estando historicamente situado em estruturas constitucionais, reintroduz o conceito de inimigo apresentado pelos mais antigos contratualistas. Com a necessidade de um intervalo onde a lacuna entre inimigo e cidadão se inscreve no Direito, sem com isso abdicar do valor formal da Constituição, é pelo estabelecimento do conceito de “pessoa” que Jakobs é permitido propor um intervalo entre Direito penal do Inimigo e as normas constitucionais, colocando-as em suspensão²¹⁰.

Uma vez conceituada a pessoa como “complexo de normas”, de que os critérios de definição são de papel do poder político estabelecer, Jakobs indica a abertura de uma fenda, por onde se insere o Estado de Exceção. É na idéia de que o inimigo não é uma pessoa e se orienta de forma contrafática, que se monta o discurso da não aplicação de direitos a ele²¹¹.

Quando teoriza o Direito Penal do Inimigo, Jakobs introduz, através de um “esvaziamento” da conceituação de pessoa, puramente normativa, a viabilidade de instauração de regimes de exceção, onde compete ao soberano discernir entre quem deve ou não ser tratado como pessoa. Essa atitude faz com que o Estado de Exceção se torne uma regra, ao passo que a lacuna entre lei (direitos fundamentais) e a aplicação (determinação de quem é o inimigo) passa somente por uma decisão, que possui “força de lei” do soberano que estabelece, no coração da normalidade, a exceção. O próprio ato de decidir, que determina o indivíduo como “pessoa” ou

²⁰⁸ AGAMBEN. 2004, p. 39.

²⁰⁹ AGAMBEN. 2004, p. 40.

²¹⁰ NETO. 2012, p. 24.

²¹¹ NETO. 2012, p. 26-27.

“cidadão” também passa pela exceção, que possui efeito duplo, por ser algo constante, torna-se, assim, uma regra. Uma vez que existe a separação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, forçosamente se instaurará uma exceção total, visto que toda e qualquer decisão sobre uma lei instituída, passará pela apreciação do soberano, a quem se encarregara o cumprimento da lei.²¹²

Sendo assim, a tese de poder existir um Direito Penal do Inimigo se decide de forma negativa, pontualmente da perspectiva de concepção da pena e do Direito Penal em si, baseado no conceito da prevenção geral positiva. A resposta que admite a excepcionalidade à infração do “inimigo”, por meio de uma troca do padrão de princípios e regras de responsabilidade penal, é impraticável, de acordo com o conceito de Direito Penal. O Direito Penal do inimigo, jurídico-positivo, tem uma função diversa do Direito Penal (do cidadão), aquele praticamente reconhece, ao optar por uma linha de atuação estruturalmente distinta, excepcional, a competência da norma do infrator, pelo seu questionamento, através da demonização de grupos de autores, velando em sua tipificação, um formato descomedido de reprovação sobre a propagação de seus atos. Ou seja, a incumbência do Direito Penal do inimigo, presumivelmente, tem que ser observada na criação, não natural, de parâmetros de identidade entre os excludentes, pela exclusão²¹³.

2.4. O Direito Penal do Inimigo como racionalidade totalitária

A partir da leitura realizada até este ponto, quis-se demonstrar que, na realidade da migração dos dias atuais, vivemos sob a racionalidade de correntes que nos induzem a comportamentos sociais politicamente manipulados, sem que sequer percebamos.

A teoria de Günther Jakobs é nitidamente oposta aos preceitos constitucionais da maioria das cartas magnas, porém, sua racionalidade está ditando diversas construções de políticas criminais atuais. Sob o ideal da exclusão, as condutas governamentais estão a comandar os povos sob uma forma de administração subvertida que, no contexto da migração, se tornou uma arma para lidar com os migrantes de forma excludente e dizimadora.

²¹² NETO. 2012, p. 27.

²¹³ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 79-80.

Isso nos leva à necessidade de confrontação afora dos textos da lei. Talvez a tentativa de construir um pensamento para além dos dispositivos da Lei Fundamental²¹⁴ seja o caminho para tentar afastar essa racionalidade da realidade que tem sido muito bem aceita nos dias atuais.

Não significa com isso dizer que o Direito Penal do Inimigo é inevitável, embora se concretize nas “brechas” do Estado de Direito, de maneira sub-reptícia, a partir de uma padronização do conceito de pessoa, mas sim, que é viável pensarmos que ele decorre de uma determinada forma de racionalidade, apta a expor a realidade, da forma como feita por Jakobs²¹⁵.

A recorrência a uma “essência” fixa, que constituiria o ponto fundamental e garantiria a identificação com o pensamento, elidiria a possibilidade de pensar-se em *formas* de racionalidade. Existiria apenas “uma” Grande Razão, capaz de subsumir o mundo exterior nos seus esquemas lógico-identificantes, a partir de uma origem que seria a *arché*. [...] Desvencilhando-nos do universo lógico da identidade entre pensamento e realidade, que neutraliza a diferença real e busca sintetizar por meio do conceito, procurando a *arché*, podemos abrir flancos para que surjam múltiplas descrições da realidade, sem que esgotem as possibilidades do real. É a partir desse horizonte que é possível pensar em modelos de racionalidade²¹⁶.

Diversas formas de racionalidades estão operantes nos dias atuais, o Direito Penal do inimigo é uma delas. Pensa a partir de uma racionalidade, e somente se confrontado enquanto forma de racionalidade, ou seja, a partir do tipo de pensamento que o estrutura, é que se poderá enfrentar o problema em sua origem. Com isso se quer dizer que o Direito Penal do inimigo não pode ser enfrentado somente como técnica jurídico-penal, mas sim, enquanto forma de política criminal do inimigo, mais precisamente, uma forma de biopolítica do inimigo²¹⁷.

A racionalidade da teoria nos coloca diante de uma violência radical, que, em verdade, demonstra uma verdadeira instrumentalização biopolítica da vida. Há uma banalização da violência radical, que atravessa a racionalidade instrumental da biopolítica e opera através da lógica contemporânea de meios e fins, sendo a vida humana o meio utilizável para um fim estipulado. Esse marco instrumental da vida do homem, funda, normaliza e banaliza a violência moderna, projetando o ser

²¹⁴ NETO. 2012, p. 68.

²¹⁵ NETO. 2012, p. 46

²¹⁶ NETO. 2012, p. 46 e 50-51.

²¹⁷ NETO. 2012, p. 51 e 69

humano, em sua própria raiz biológica, como um mero objeto útil²¹⁸, debate que será o enfoque do último capítulo desta pesquisa.

Como facilitadora desta realidade, ao longo do processo civilizador, restou demonstrada a restauração da violência e a reorganização do acesso a ela. Assim, como diversas outras coisas que a sociedade foi manipulada a abominar e detestar, a violência foi retirada do campo de visão, porém jamais deixou de existir, tornando-se, portanto, invisível. Ou seja, fora do alcance da confortável experiência da vida privada, porém, encerrada em territórios segregados e remotos, geralmente inacessíveis ao restante da sociedade comum, ou, então, escorraçada para “áreas de sombra”, além dos limites para uma grande maioria (maioria que contabiliza e concerne a atenção), ou expulsa para lugares distantes, com pouca importância para a vida e os negócios dos seres humanos comuns (civilizados)²¹⁹.

Com isso se torna cediço que possuímos algumas formas de racionalidade atualmente operantes e o Direito Penal do inimigo é uma delas, no entanto, devemos ter em conta, que ele não pode se edificar, pelo menos na qualidade de pretensão teórica, sem uma “ferramenta”. Na medida em que objetiva ser uma construção racional, pois orientado por fundamentos e concebido de forma argumentativa, precisa firmar-se em uma racionalidade própria, capaz de sustentar o pré-conceito contra o Inimigo, na busca pela ordem²²⁰.

É esse preconceito, sempre apoiado no medo, que se constitui na ferramenta que possibilita a resistência entre o “outro” e a ordem. O medo representa a perda do suporte autônomo da racionalidade: com isso a razão se converte em algo totalmente instrumental, subsidiando-se a algo além dela, a totalidade. Isso significa dizer que a racionalidade perde totalmente seu significado de ser, destinando-se unicamente para oferecer os meios para cumprir os fins que a totalidade lhe impõe. No Direito Penal do Inimigo, a razão vai completamente sujeitada à totalidade²²¹. Estaríamos então vivendo a racionalização de irracionalidades? É inegável o risco a uma violência radical a que todos estão submetidos, através da concretização diária

²¹⁸ RUIZ, Castor M. M. Bartolome. Banalização biopolítica de uma violência radical. In: *Cadernos de Ética e Filosofia Política*. São Paulo. n. 28, p. 51-70. 2016, p. 61.

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Penchel. - Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.121.

²²⁰ NETO. 2012, p. 122.

²²¹ NETO. 2012, p. 123.

dos fenômenos até aqui descritos, que autorizam a inserção de teorias de racionalidade extremista, como a do Direito Penal do Inimigo.

O discurso sobre a necessidade absoluta de segurança justifica um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinquente, transforma o formato de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social, convertendo o Direito Penal do risco em um Direito Penal do inimigo. E, na ânsia de chegar a esse objetivo, que na verdade, é inatingível, o Direito Penal tem deixado para trás toda a sua bagagem democrática, que é verdadeiro obstáculo na realização de suas novas tarefas²²².

[...] a pretensão de que o Direito penal possa representar algum tipo de solução para estes problemas é absolutamente falsa, já que se sabe de antemão que, por um lado, o Direito penal somente atua com posterioridade, quando o fato danoso já se produziu, e que ele é incapaz de representar a solução mais adequada para prevenir riscos e muito menos para promover qualquer espécie de intimidação contra a realização de práticas delitivas. O Direito penal se converte, assim, em um mero Direito penal simbólico, incapaz de alcançar sequer os propósitos a que se propõe²²³.

Através destas análises, se torna mais entendível que, somente conseguiremos enfrentar a racionalidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo, quando trouxermos os debates éticos à tona, através da justiça do “outro” (inimigo) silenciado. É fugindo dos esquemas intelectivos-representacionais e pensando no plano ético perante este Outro sufocado em uma narrativa totalizante que o representa, que se poderá sair dessa construção de personalidade contrafática do inimigo²²⁴.

Quando o sonho modernista é abraçado por um poder absoluto capaz de monopolizar veículos modernos de ação racional, e quando esse poder alcança libertar-se do efetivo controle social, o que se segue é o genocídio. Um genocídio moderno - como o Holocausto. O curto-circuito (é quase uma tentação dizer: o encontro casual) entre uma elite de poder ideologicamente obcecada e as tremendas facilidades de ação racional e sistêmica desenvolvidas pela sociedade moderna é de ocorrência relativamente rara. Quando ocorre, no entanto, são revelados certos aspectos da modernidade que, em circunstâncias diferentes, são menos visíveis e podem, portanto, ser facilmente descartados por “teorização”²²⁵.

²²² BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? RBCCrim - Revista IBCCRIM. São Paulo: nº 66 / 2007, p. 322.

²²³ BUSATO. 2007, p. 323.

²²⁴ NETO. 2012, p. 71.

²²⁵ BAUMAN. 1998, p. 117.

Apenas deixando de lado o pensamento de racionalidade da violência, e seu formato totalitário, que se poderá cindir o conceito Inimigo/cidadão, para se criar uma nova racionalidade, esta baseada no direito positivo, de compreensão através da análise dos reais problemas políticos criminais que vão surgindo através dos tempos²²⁶.

2.5. O migrante como sujeito de risco: "impureza" e construção de um "inimigo"

Como visto ao longo de todo o segundo capítulo, o debate sobre Direito Penal estabeleceu uma relação profundamente oposta entre garantias e segurança. Está sustentando a crença de que o endurecimento das leis e formas punitivas seria indispensável para intensificar a segurança dos cidadãos, ainda que ao preço do sacrifício dos direitos humanos e de garantias penais e processuais. Expressões como "risco" e "expansão" ocupam o centro do processamento do Direito Penal "moderno", expondo a ideia de que, diante da nova realidade delitiva, inserida no contexto de "guerra global", não se escapa do caminho da ampliação do campo de atuação penal²²⁷.

A exemplo disso, a migração aparece como um dos mais preocupantes problemas sociais a ser combatido pelos governos e sociedade. O aumento do fluxo de pessoas passou, em poucos anos, a ser um dos maiores "perigos" que colocam a segurança pública dos países em risco, conforme se difunde diariamente através dos discursos realizados em diversos territórios.

Diante deste cenário alegado de crise da migração, a realidade passa a usurpar teorias preconizadas por estudiosos, para dar razão a determinadas rotulações, até mesmo justificar comportamento sociais e, principalmente, decisões políticas que se utilizam da sociedade e do medo disseminado como uma simples maneira de manutenção do poder. Como se sintetizou da análise dos pressupostos da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Nessa nova prática, o Direito Penal passou a ser utilizado no controle dos fluxos migratórios, não como uma forma de política criminal a garantir a

²²⁶ NETO. 2012, p. 71.

²²⁷ WERMUTH. 2011, p. 53.

concretização dos direitos básicos de proteção a garantias fundamentais destes indivíduos, mas sim, como uma forma de “combate”, com uma nomenclatura que denota uma realidade de guerra à imigração irregular.

Salvo raras exceções, as políticas de migração de diversos países estão sendo elaboradas com características repressivas e excludentes, pautadas em práticas que optam pelo controle das fronteiras em detrimento à proteção dos imigrantes²²⁸.

Imigrantes estão sendo tratados como pessoas que não podem fazer parte da sociedade, como se não fossem a própria sociedade, mas sim intrusos, perigosos, alheios a ela. Fazem parte de uma ordem de exceção, pois, mesmo estando juridicamente incluídos, assim não são tratados. Embora sejam civis em outro país, ao deixar o território inicial, é como se se tornassem um ninguém destituído de identidade pela simples travessia de fronteiras, postos, assim, num “limbo” de reconhecimento.

O problema não reside, portanto, na existência dos fluxos, nas idas e vindas das pessoas, mas sim, na fuga de um local que já não oferece as necessárias condições para sua subsistência, para a chegada a “lugar nenhum”, pois aonde chegam, não são recebidos por uma ordem jurídica que os acolhe e os encaixa na sociedade, como produtores, consumidores e afins. A única função deles é a exclusão, o reconhecimento como exceção.

A esses migrantes a única coisa que não é aplicada é a ordem normativa. Não existe um aparato jurídico. Estas pessoas somente são incluídas através da exclusão, pois, fisicamente existentes, são, porém, consideradas como aqueles que não merecem receber tratamento do ordenamento em vigor pelo âmbito de seus direitos, já nem reconhecidos.

A presença e constância de uma massa de pessoas migrantes faz com que a sua existência seja vista como algo inevitável. Porém, para estes indivíduos se cria um ordenamento à parte, medidas que só se aplicam a eles e a ninguém mais dos “cidadãos comuns”. Ao invés de resolver-se o problema pela entrega de uma identidade válida, uma oportunidade no mercado de trabalho, busca-se somente uma forma de repelir sua chegada.

²²⁸ WERMUHT. 2011, p. 64.

A instituição prévia de tratados e normas com procedimentos a serem adotados pelos países diante dessa realidade do aumento do fluxo humano, não pode bastar, em nossa discussão, para uma análise sobre a proteção destas pessoas. Isso porque, é justamente pelo fato de existir uma decisão de exceção, que sai do campo jurídico destes tratados e determina que a essas pessoas tais normas não devem ser aplicadas, que a existência de protocolos e convenções não deve ser levada em conta para satisfazer a busca por soluções de integração.

Pode-se dizer que atualmente existe um reconhecimento do migrante, apenas para classificação terminológica e não para tratamento real, pois, a única definição que rodeia tais pessoas é de serem socialmente e politicamente indesejáveis.

Assim, mesmo com a existência de tratados e convenções, é inegável que na prática opera a lógica da exceção, porque antes de aplicá-los, os governos decidem quem eles considerarão os sujeitos que devem receber um tratamento de proteção conforme a disposição de tais normas. Escolhem-se aqueles que “preencheriam os requisitos”, porém, ao mesmo tempo separam-se aqueles dos quais não se daria recepção.

Com isso, o que se observa são objetivos padrões das posturas políticas adotadas pelos países nos dias atuais: primeiro, evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem; segundo, evitar a entrada dos imigrantes nos países destinatários, e; terceiro, forçar os imigrantes a saírem dos territórios para os quais migraram²²⁹.

Essa é a facilidade que permite o trabalho com a ideia de uma exceção e um inimigo social a ser enfrentado. À identidade dessas pessoas perpassa a estranheza, a falta de comunicação, a desconfiança, a cultura, a crença do fanatismo religioso, característico de alguns locais originários desses fluxos.

Isso permite o tratamento com a exceção, sob a característica de inimigos a serem abordados pelas políticas criminais de impureza e exclusão.

Na lógica do Estado de Exceção, tais pessoas estão sendo incluídas, porém somente através do seu caráter de exclusão.

É inegável que encaixados à totalidade racional da Teoria do Direito Penal do Inimigo, aqueles que migram se tornaram os indesejáveis do sistema, a serem tão somente eliminados.

²²⁹ WERMUTH. 2011, p. 56-57.

Com isso, a violência radical que se vê diante do cenário do migrante “inimigo”, tem a ver com uma violência implícita em uma instrumentalização biopolítica. Essa violência radical, com características de uma racionalidade contemporânea biopolítica, opera por dois grandes veículos, quais sejam: meios de interferência sobre o corpo humano, compreendendo as potencialidades cognitivas, afetivas e criativas dos indivíduos e, estratégias de interferência sobre as populações. Tanto em uma quanto na outra, há uma violência radical que captura a vida humana e a banaliza sob a forma de uma objetivação utilitária da vida natural²³⁰.

Chamado a intervir nas questões de irregularidades na migração, assim o Direito Penal se expande e permite que a condição pessoal de “ser” imigrante, o caracterize como “ilegal”, que, por si só, se constitui num delito. Ou seja, considerado para justificar medidas punitivas mais radicais, que priorizam a inocuidade do sujeito, proporcionando, assim, uma atuação do direito punitivo que claramente afronta a direitos e garantias fundamentais²³¹.

Isso torna possível a observação de que vivemos em um período em que há um descompasso entre o que deve ser protegido e o que deve ser sacrificado. A partir disso que entramos em contato com a transformação do conceito do bem jurídico - exposta no início deste capítulo - para algo dá espaço a uma relativização dos reais objetivos da tutela do Direito Penal.

O atual modelo punitivo, fortemente ancorado nos ideais da prevenção geral positiva, está apostando a retomada do equilíbrio dos ordenamentos em uma restauração da capacidade da sociedade de confiar nas instituições, hoje estremecida por conta da crescente sensação de insegurança social e o medo abstrato dos males que possam vir a ocorrer.

Para essa linha de pensamento, tudo se resume na capacidade das normas de estabelecerem um equilíbrio do sistema. Ou seja, na necessidade de uma afirmação valorativa pela sociedade a ela submetida. A prevenção geral positiva dessa forma, é muito bem aceita e funciona, pois dá, justamente, as bases para a aplicação de um sistema de coerção. Esse sistema defende a utilização do exemplo da punição para atingir a consciência coletiva e garantir, assim, a estabilidade da vigência das normas. Garantir a fidelidade dos indivíduos ao sistema de normas.

²³⁰ RUIZ. 2016, p. 66.

²³¹ WERMUTH. 2011, p. 88.

O problema é que essa matriz de pensamento, observada em teorias como a do Direito Penal do Inimigo, só se concretiza com a existência de um clamor social que aceita, ou sequer tem uma real consciência da prevalência de uma racionalidade que relativiza garantias e direitos fundamentais.

Assim, feita uma digressão sobre os conceitos de bem jurídico e as funções do Direito Penal, buscou-se demonstrar que o Direito Penal do Inimigo é um exemplo preciso do discurso em que se pode visualizar a ingerência da linguagem biopolítica na esfera jurídica.

Não se pretende aqui, como dito na abertura desta seção, promover um estudo conceitual isolado sobre bens jurídicos e Direito Penal do Inimigo. O que se quer aqui é justamente termos uma breve noção conceitual, porém, para compreendermos como que o discurso biopolítico está se materializando e a que a racionalidade por trás desses discursos está nos levando, análise que se seguirá no capítulo final.

Dessa forma, no terceiro e último capítulo, abordaremos o tema de como a vida humana é facilmente instrumentalizada para determinados fins. Porém, com enfoque nas atuais características dessa instrumentalização, que estão desviando a forma da biopolítica para uma realidade de necropolítica. Isso através da aceitação da produção da morte e a fixação de alicerces de uma racionalidade totalitária de banimento social.

CAPÍTULO 3

3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA VIDA HUMANA, DIMENSÕES DO PODER E POSSIBILIDADES DE DESCONSTRUÇÃO DA LÓGICA DO "INIMIGO"

O último capítulo da presente pesquisa terá como objetivo principal o estudo de algumas lógicas que pretendem afastar a racionalidade que dá espaço a teorias como a do Direito Penal do Inimigo no atual cenário político mundial.

Como já destacamos anteriormente, não é o objetivo da presente pesquisa, desenvolver um trabalho relativo a uma análise única do contexto da migração, seus conceitos ou a legislação internacional. O que se pretende aqui é compreender qual é a racionalidade seja bio ou necropolítica, que está utilizando do sistema jurídico para instalar-se e estabelecer a existência permanente de um “diferente”, um “inimigo” para quem as leis e ordenamentos são simplesmente relativizados sem qualquer oposição.

Com a análise a ser feita a seguir trar-se-ão conceitos para pensarmos sobre qual política queremos utilizar para tratar da alegada “crise da migração”, que nos parece muito mais uma crise humanitária do que um próprio problema no fluxo de pessoas pelo mundo.

Nesse sentido, abordaremos temas como a transformação da biopolítica para aquilo que Achille Mbembe denomina de necropolítica. Ou seja, a existência de uma realidade que não tem a política como um instrumento para administração da vida, mas sim, que gere indivíduos e os coordena através da produção da morte.

Mais importante, não é essa a morte do cidadão comum, mas sim a morte daquela vida nua, denominada por Giorgio Agamben, de *homo sacer*, que o sistema exclui e até mesmo prevê o descarte. Âmbito onde podemos introduzir a figura do migrante, e verificarmos o campo do estado de exceção permanente.

Com isso, se buscará compreender qual formato de gestão e de que maneira é possível desconstruir tal racionalidade. Pois somente assim se chegará a um pensamento que não produz a exclusão e a materializa através do direito, mas sim, que busca a união dos povos e tem o direito como o maior defensor da vida humana.

3.1. Estado de Exceção e vidas descartáveis: paralelos com o "inimigo migrante"

O espaço humano, vivido concreta ou simbolicamente, pode instituir o sustentáculo de políticas de governamentalidade ou a resistência a elas. No entanto, nos últimos tempos e essencialmente nos grandes centros urbanos, o fenômeno da sensação geral de insegurança tem recrudescido as relações comunitárias e intervindo na estruturação e na utilização do espaço pelas formas de governo, que (de)formam as cidades na perspectiva da segurança e permitem a deflagração de uma “guerra urbana”.²³²

Com a narrativa anterior dos principais pontos que caracterizam a Teoria do Direito Penal do inimigo, vimos que a tese defendida por Jakobs se constitui nessa mesma linha da tendência das políticas de inimizade que vêm percorrendo os mais diversos cenários do globo nas últimas décadas. O teórico buscou, de forma clara e sem meios termos, o reconhecimento de um Direito Penal de guerra, em uma formulação ao estilo dogmático-penal, onde o Estado combate um inimigo sem qualquer forma de restrição garantista, limitando séculos de atuação do Poder Punitivo²³³.

Jakobs propôs, manifestamente, a suspensão do ordenamento jurídico, em especial o texto constitucional, perante a existência do inimigo, que não pode ser considerado pessoa (condição que autoriza a não aplicação dos princípios basilares e limitadores do Poder punitivo). Esse seria então, um Direito paralelo ao ordenamento jurídico, onde se tornariam regras as normas de guerra que dele seriam próprias²³⁴.

A maior problemática da teoria de Jakobs está no fato de que se defende a norma, independente do conteúdo que esta carregue. Isso cria uma insegurança jurídica, pois a norma pode possuir qualquer valor quando possui qualquer conteúdo. Ela pode refletir um Estado Democrático ou encobrir um Estado totalitário. Por isso que necessitamos ter sempre uma referência conceitual acerca da definição

²³² SCHMITT, Paula Helena. Espaços de Exceção / a produção biopolítica do medo e do inimigo. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Biopolíticas*. Curitiba: iEA Academia, 2015. 436p. 223-240, p. 225.

²³³ NETO. 2012, p. 03.

²³⁴ NETO. 2012, p. 03.

do bem jurídico, pois, só assim se pode evidenciar ou pôr à visibilidade, o que realmente se preserva com o Direito²³⁵.

Ademais, a definição dada por Jakobs, no sentido de a teoria definir uma reação de combate, do próprio ordenamento jurídico a indivíduos potencialmente perigosos, que significa, em verdade, o processamento instrumental de determinadas fontes de perigo por parte do Estado para com a ameaça não de cidadãos, mas de seus inimigos, carece no ponto de que sempre terá uma definição incompleta. Isso porque, a teoria se ajusta de forma parcial à realidade (política, legislativa e da opinião pública)²³⁶.

É o caso da busca pela criminalização dos sujeitos migrantes “perigosos” da sociedade, tema desta pesquisa. Sob a racionalidade da existência de inimigos sociais, se direciona a prática para um caminho onde não há prudência ao se propagar operações de combate. Despidos muitas vezes até do conceito mais “leve” de criminoso (cidadão que se desvia, porém, que ainda pode regressar ao sistema), o que se percebe é uma cruzada contra malfeitores de características de extrema crueldade (os imigrantes). É como se estivéssemos diante de inimigos mais em sentido pseudo-religioso, do que no sentido tradicional-militar do termo²³⁷.

Isso significa que, ao apontar o inimigo, o ordenamento penal, à primeira vista, pode transparecer a simples ideia de qualificação deste como o “outro” representante do perigo a ser neutralizado, como parte de um fenômeno social natural. Porém, com tal atitude busca, na realidade, atribuir tão somente perversidade, mediante sua demonização.

Isso acarreta num desvio do inicialmente teorizado por Jakobs, ao passo que o Direito Penal do Inimigo não estabilizaria normas, através da já referida prevenção geral positiva, como quer fazer parecer, mas sim, nomearia grupos de infratores, tão somente. Deixaria de ser um Direito Penal do fato, para se tornar um Direito Penal do autor, o que também não aparece com nitidez quando inserido nos textos das leis, porém, facilmente diferenciado quando estudado conceitualmente²³⁸ enquanto forma de racionalidade.

²³⁵ BUSATO. 2013, p. 790.

²³⁶ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 71.

²³⁷ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 71.

²³⁸ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 75-76.

Assim, quando se debate quais os fenômenos que fazem o Direito Penal do Inimigo reagir, concluímos que são aqueles que colocam a própria existência da sociedade em risco. Ou, que a própria auto exclusão do conceito de pessoa, do indivíduo enquanto sujeito de risco, gera uma necessidade de se proporcionar especial segurança cognitiva frente a estes. Ignora-se a circunstância de que o risco, como estuda a sociologia, advém de uma construção social que não se relaciona de forma real às verdadeiras dimensões da ameaça²³⁹.

Os fenômenos, frente aos quais reage o Direito Penal do Inimigo, não têm essa especial periculosidade terminal (para a sociedade), como se apregoa deles. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a criminalidade organizada, nem as máfias de drogas, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos militares que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível. Isto é especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos pessoais experimentadas por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações criminais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da normalidade.²⁴⁰

Assim, com base nas teses contratualistas, Jakobs prevê um Direito que teoricamente vai facilmente posicionado enquanto conceito, embora evidente todas garantias a que fere sua planificação. O que ocorre, no entanto, é que posto em prática, a racionalidade de tal corrente nada mais significa do que a instauração de zonas de anomia, onde as medidas não são leis, mas possuem força de lei, uma vez que governadas pelos soberanos fora do sistema legal.

Com isso, de forma sutil, ampla e difusa, os soberanos passam a controlar e reger as populações através do gerenciamento da vida, como um verdadeiro metabolismo biológico. Porém, esse formato de gestão política biológica que permite a consolidação de uma violência semi-invisível, dispersa e imprecisa, exercida por diversas práticas e produções culturais, institucionais ou não – uma violência biopolítica.

Nesse contexto, no lugar da ampliação dos direitos individuais e políticos, associados com o crescimento econômico regular – ambos pilares constitutivos da composição do Estado de Bem-Estar Social – um período de retrocesso histórico se

²³⁹ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 76.

²⁴⁰ JAKOBS; MELIÁ. 2005, p. 76-77.

inicia: no campo dos direitos adquiridos, o neoliberalismo fomenta continuamente a derrubada deles, e, no âmbito da economia, as crises passam a se produzir com intervalos cada vez menores.²⁴¹

Isso nos leva a uma necessidade de análise dos conceitos desenvolvidos que explicam a biopolítica, uma vez que nas sociedades modernas, a distinção entre *zoe* e *bios* está a se diluir e mudar completamente o objetivo da política²⁴². Essa interpretação nos permitirá também interpretar o vínculo entre os direitos do homem e a nova determinação biopolítica²⁴³, de suma importância para a compreensão do que ocorre hoje no contexto das migrações.

Como um dos principais pensadores da biopolítica, nos últimos anos de sua vida, Michel Foucault começou a orientar sua pesquisa para o desenvolvimento deste conceito, a fim de analisar a ligação da vida natural do ser humano às engrenagens e cálculos do poder²⁴⁴.

Como analisa Castor Ruiz, na metade da década de 1970, Foucault entabulou um novo campo de pesquisa acerca da genealogia das formas de poder modernos em relação ao governo da vivência humana. Destacou que no século XVII, surgiu uma nova existência a ser governada, a população. Assim, a biopolítica foi definida por Foucault como uma forma de poder contemporâneo formado por dispositivos e técnicas de governo que, em princípio, intentam e depois gerenciam a vida como um recurso natural útil. O filósofo demonstrou que os novos dispositivos de poder não focalizavam as riquezas ou os territórios. A vida humana tornou-se o objetivo principal de gestão, como forma governo utilitário da vida e não unicamente de exercício da autoridade soberana, diferente do que ocorria na era do poder soberano. Assim, os objetivos da biopolítica estariam na administração da vida a partir da governança de suas potencialidades naturais.²⁴⁵

Tornando, nessa conjuntura, a vida humana um recurso natural útil, fazendo de sua utilidade a sombra hermenêutica da valoração social da vida, em conjunto à construção do Estado e do mercado, inúmeras técnicas foram desenvolvidas. Este

²⁴¹ HILÁRIO, Leomir Cardoso. Da Biopolítica à Necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. *Sapere aude* – Belo Horizonte, v. 7 – n. 12, p. 194-210, Jan./Jun. 2016, p. 195.

²⁴² RUIZ. 2016, p. 66.

²⁴³ AGAMBEN . p. 127.

²⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2010, p. 116.

²⁴⁵ RUIZ. 2016, p. 56.

cuidado biopolítico da vida humana, contudo, fez surgir um paradoxo que até hoje persiste: cuida-se da vida enquanto esta tiver utilidade, abandonando-a quando não mais o tiver. Ou seja, uma versão instrumental da biopolítica que utiliza do utilitarismo sua principal forma de ideologia.²⁴⁶

Nessa lógica instrumental, o cuidado da vida se tornou, para a biopolítica, algo paradoxal à vida humana, pois a captura de seu valor produtivo, com a consequente rentabilização de suas potencialidades biológicas significou toda sua razão de existir. Nesse raciocínio o paradigma da instrumentalização biopolítica se constituiu base e marco de uma forma própria de violência estrutural. E com isso se implantou uma condição de violência radical que trivializa o descarte das vidas inúteis, tornando regular a banalização do sofrimento humano como uma consequência paralela, necessária às estratégias de governo.²⁴⁷

É essa ordem jurídica que inicia dando pilares a disciplina de quem é o inimigo. O não cidadão, despido de garantias e cidadania, sem direitos constitucionais se torna um instrumento submetido ao poder político exercido sem qualquer arbitragem.

Essa é a racionalidade que ganha força e puxa a lógica racional-abstrata da Teoria do Direito Penal do Inimigo pra si. O desenvolvimento e abordagem dos conceitos apresentados por Jakobs transformaram a própria teoria no veículo da racionalidade extremada de violência que vemos aplicada ao contexto da migração.

A partir de análises sobre os estudos de Michel Foucault, Giorgio Agamben apresenta o seguinte raciocínio sobre a biopolítica. Isto é, com a fundação da Cidade ou Estado, verificou-se uma exclusão inclusiva da *zoé* na *pólis*. Isso significa que ao tentarem retirar a *zoé* (vida orgânica, animal, natural) da esfera política, terminaram por politizá-la. Contudo, a incorporação da *zoé* na Cidade (politização da vida natural) produziu-se uma vida nua, a vida virtualmente matável. Retirou-se a *zoé* e, imediatamente, produziu-se uma vida nua interna a *pólis* como princípio jurídico-político original. Baniu-se a violência de todos contra todos, incluindo-se essa mesma violência na imagem da violência soberana, expondo, permanentemente, todos os portadores da vida nua.²⁴⁸

²⁴⁶ RUIZ. 2016, p. 59.

²⁴⁷ RUIZ. 2016, p. 59

²⁴⁸ AGAMBEM. 2010, p. 12.

A biopolítica tem como uma de suas principais necessidades redefinir incessantemente, na vida, as fronteiras que separam e articulam aquilo que está dentro do que está fora do sistema. Uma vez que a vida natural, transformada em alicerce da soberania, ultrapassa os murados da *ôicos* e permeia mais a fundo na cidade, ela se torna também em um fio em movimento que deve ser permanentemente redesenhado. Na *zoé*, onde foram politizadas as declarações, é que devem ser redefinidas as articulações e os princípios que permitirão isolar uma vida sacra. E quando a vida natural, como já se vê hoje, passa a fazer parte, integralmente, da *pólis* esses limites passam para além das sombrias fronteiras que desmembram a vida da morte, para aí reconhecerem um novo morto vivente, o novo homem sacro.²⁴⁹

Nas sociedades modernas, estes conceitos se agregaram e permitiram a construção de uma nova ciência política. O objetivo da política não está mais na criação de uma vida melhor, senão o gerenciamento eficaz desta, reduzida agora à própria *zoe*. A política hoje pensada por indicadores econômicos não considera mais a condição humana, mas sim, os resultados de sua instrumentalização. Regida por uma racionalidade instrumental que somente se preocupa com resultados e eficácia, a vida humana não é mais a finalidade para a qual se submetem os critérios de gestão²⁵⁰.

Há uma violência estrutural, radical, embutida no deslocamento do humano para o biológico, da *bíos* para a *zoe* que banaliza a descartabilidade da vida humana. Essa violência radical permanece como raiz indutora de banalização de muitos processos de exclusão assim como de várias formas de violência normalizadas de diversos modos. O enraizamento instrumental desse tipo de violência confere-se a uma certa invisibilidade. Ela não é detectável, num primeiro momento, como violência, pois aparece como algo normal, banal. A objetivação naturalizada da vida humana propicia sua instrumentalização através da banalização de múltiplas formas de violência econômica, social, política, cultural, etc., legitimadas pelo caráter utilitário dos seus meios e fins. A estratégia de reduzir a vida humana a mera vida natural, para melhor instrumentalizá-la como recurso útil, produz uma violência radical através da qual se violenta a via como algo natural e se naturaliza a violência estrutural como algo normal, banalizando o descarte da vida.²⁵¹

²⁴⁹ AGAMBEM. 2010, p. 128.

²⁵⁰ RUIZ. 2016, p. 66.

²⁵¹ RUIZ. 2016, p. 67.

Estes constantes cortes, entre o que está “dentro” (bios) e o que está do lado de “fora” (zoe), são essenciais para revelar a vida politicamente relevante da vida sacra, apta a ser impunemente dizimada – e os registros cada vez maiores de migrantes mortos em seu propósito migratório são prova disso e do contexto a que se quer chegar com essa pesquisa. Ademais, a vida sacra, ao tempo que não é anulada, deve ser articulada, por meio da permanência indeterminada da exclusão, de maneira a colaborar para a obtenção dos objetivos da biopolítica.²⁵²

Isso significa que, lado a lado com o processo que permite à exceção tornar-se regra em todos os lugares, o local da vida nua, situado inicialmente à margem do ordenamento, vem gradualmente coincidindo com o espaço político, e inclusão e exclusão, interno ou externo, *Zoé* e *bios*, fato e direito ingressam em uma área de rígida indistinção²⁵³.

Uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*), ofereceu assim a chave graças à qual não apenas os textos sacros da soberania, porém, mais em geral os próprios códigos do poder político podem desvelar os seus arcanos. Mas, simultaneamente, esta talvez mais antiga acepção do termo *sacer* nos apresenta o enigma de uma figura do sagrado aquém ou além do religioso, que constitui o primeiro paradigma do espaço político do Ocidente²⁵⁴.

Na figura que Giorgio Agamben tem por *homo sacer*, então, está não tanto a condição de sua presumida ambiguidade originária da sacralidade que lhe é própria, mas, acima de tudo, o caráter peculiar da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência a que está exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer indivíduo pode lhe cometer – não é denominada como sacrifício, homicídio, execução de um castigo, muito menos como sacrilégio. Retirando-se dos formatos reconhecidos dos direitos humanos e divino, é a figura que escancara uma esfera do agir humano que não é a da ação sagrada e nem a da ação herética²⁵⁵.

Diferente de Foucault, Agamben aponta que se a vida nua se apresenta como algo tão arcaico quanto o poder soberano, o “nascimento moderno” da biopolítica não assinala o declínio do poder soberano, somente aponta uma adjacência entre

²⁵² WERMUTH. 2014, p. 190.

²⁵³ AGAMBEN. 2010, p. 16.

²⁵⁴ AGAMBEN. 2010, p. 16

²⁵⁵ AGAMBEN. 2010, p. 84

estes poderes. Ademais, não seria a vida natural que teria sido subjugada às técnicas e regulações biopolíticas, como defendia Foucault, mas sim, a vida nua tão somente.²⁵⁶

Esse limite do agir humano é mantido tão somente com uma relação de exceção. Esse campo é o da decisão soberana, que suspende a norma no estado de exceção e assim insere a vida nua nele, a vida do *homo sacer*.²⁵⁷

Com isso, Agamben defende que o marco inicial da biopolítica moderna se apresenta com o estado de Exceção concebido numa zona por ele determinada de *campo*. O campo, por sua vez, é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política se torna biopolítica e o *homo sacer* se torna indistinguível do cidadão.²⁵⁸

O nascimento do campo se produz quando o sistema político do Estado-nação moderno, que fundado pelo nexos funcional entre uma determinada localização (o território) e um certo ordenamento (o Estado), intermediado por regras reflexivas de inscrição da vida (o nascimento ou nação), entra em crise permanente, e o Estado escolhe assumir como função própria sua, as incumbências da vida biológica da população. Assim, se três são os elementos que definem a estrutura do Estado-nação, assim, território, ordenamento, nascimento, a ruptura com as velhas regras de condutas não se dá nos dois aspectos que o constituía (localização e ordenamento), mas na zona que marca a inscrição da vida nua (o nascimento) em seu interior²⁵⁹.

O campo é assim, quando algo não funciona nas formas tradicionais, o regulador oculto do assentamento da vida nua no ordenamento – ou, previamente, o sinal da incapacidade do sistema de atuar sem tornar-se uma máquina letal. Um exemplo disso se observa quando da instituição das leis sobre cidadania e desnacionalização emanados dos estados europeus, entre 1915 e 1933, que fizeram com que o Estado de Exceção, que antes tinha caráter de suspensão temporária do ordenamento, se tornasse a nova e fixa disposição espacial, na qual passou a viver

²⁵⁶ AGAMBEN. 2010, p. 85.

²⁵⁷ AGAMBEN. 2010, p. 84.

²⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. Means Without Ends: notes on politics. 2000, p. 51 Disponível em: https://monoskop.org/images/3/3c/Agamben_Giorgio_Means_without_end_notes_on_politics_2000.pdf

²⁵⁹ AGAMBEN. 2010, p. 170.

a vida nua que, em proporção progressiva, jamais voltou a poder ser inscrita no ordenamento²⁶⁰.

O deslocamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo, e aquilo que chamamos de *campo* é o seu resíduo. A um ordenamento sem localização (o estado de exceção, no qual a lei é suspensa) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo, como espaço permanente de exceção) o sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma *localização deslocante* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas. O campo como localização deslocante é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses [...]. Este é o quarto, inseparável elemento que veio a juntar-se, rompendo-a, à velha trindade Estado-nação (nascimento) – território.²⁶¹

Em seus estudos sobre os judeus mantidos em Auschwitz, Agamben aludiu que o campo representa justamente o lugar em que o Estado de Exceção se ajusta, de forma perfeita, com a regra, e a conjuntura extrema se converte no próprio paradigma do cotidiano.²⁶²

Observamos hoje, a criação de novos campos ao observarmos o migrante como a figura da vida nua da nossa sociedade. Com leis e normas vemos a instauração de campos dentro das próprias cidades e a existência concomitante de vidas nuas em meio aos mais democráticos ordenamentos.

Com a figura de um Estado de Exceção de caráter permanente, este se tornou um paradigma e converteu-se em uma figura espacial ambulante, a *localização deslocante*, que é capaz de surgir nos mais diversos lugares, sempre que conveniente for²⁶³.

Assim, desprovidos de todos os direitos e possibilidades normalmente relacionada à existência humana, e biologicamente ainda vivos, os migrantes pertencem a um espaço-limite entre a vida e a morte, entre o que é interno e o que é externo. Excluídos de um estatuto político normal, eles são abandonados, em estado de exceção, às mais intensas odisseias e sofrimentos.²⁶⁴

²⁶⁰ AGAMBEN. 2010, p. 171.

²⁶¹ AGAMBEN. 2010, p. 171.

²⁶² WERMUTH. 2014, p. 38.

²⁶³ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência*. Florianópolis, n. 71, p. 177-196, dez. 2015, p. 190.

²⁶⁴ WERMUTH. 2014, p. 190-191.

3.1.1. A racionalidade por trás da migração: o inimigo enquanto representação

O mito científico profundamente enraizado na consciência da nossa sociedade ocidental é a história moralmente edificante do gênero humano surgindo do barbarismo pré-social. Essa crença estimulou e popularizou inúmeras teorias sociológicas e relatos históricos influentes, delas recebendo em troca um apoio sofisticado e intelecto. Nessa perspectiva, diversos são os teóricos sociais contemporâneos que defendem que os atributos mais cruciais do surgimento e duração das grandes civilizações são o aumento da violência militar e o uso vertiginoso da coerção como formas de estabelecimento²⁶⁵.

Unida a essas constatações, está também a racionalidade científica e tecnológica. Não se pode negar os benefícios da ciência para raça humana nos mais diversos âmbitos. Da mesma forma, sua potencialidade emancipadora do ponto de vista sanitário, alimentício e trabalhista, bem como na possibilidade de uso, administração e manejo de dados e capacidade de mobilidade e transporte transfonteiriço. Essas mudanças alteraram, sobretudo, a forma com que a sociedade se comporta cotidianamente e vê o mundo a seu redor²⁶⁶.

A forma de fazer ciência, com base na ética, não é, contudo, o formato preponderante de sua prática. Assim, uma ciência destituída de consciência ou preocupação com os seus efeitos sobre a vida humana e natural ganhou cada vez mais força no contexto da modernidade. Isso se demonstra de forma extrema, quando em prol do progresso e da razão autoriza-se a eliminação de vidas humanas. Julgadas por integrarem um bem maior, são submetidas a uma verdade incondicional que vai estabelecida pelo critério da racionalidade científica e pelo seu resultado mais estimado, a tecnologia.²⁶⁷

Esse contexto moderno se assemelha muito ao visto quando da instauração do Holocausto, onde a racionalidade permitiu com que os seres humanos tolerassem um genocídio, justificado politicamente e aceito como interno a ordem das possibilidades humanas e sua agressividade inata. Não somente isso, o Holocausto pode fornecer um *insight* de outros “aspectos”, despercebidos, mas que

²⁶⁵ BAUMAN. 1998, p. 31

²⁶⁶ RUBIO, Davi Sánchez. A imigração e o tráfico de pessoas. *Revista da Faculdade de Direito UFG*. Sevilha. v. 39, n. 1, p. 13-51. Jan/jun. 2015, p. 30

²⁶⁷ RUBIO, 2015, p. 30-31.

até os dias de hoje estão entronizados nos princípios societários modernos²⁶⁸, vejamos:

À medida que o quadro completo emerge da pesquisa histórica, surge também uma interpretação alternativa do Holocausto – possivelmente de mais crédito – como um evento que revelou a fraqueza e fragilidade da natureza humana (a abominação do assassinato, a aversão à violência, o medo da consciência culpada e a responsabilidade pelo comportamento imoral) quando confrontada com a simples eficiência dos mais acalentados produtos da civilização; sua tecnologia, seus critérios racionais de escolha, sua tendência a subordinar pensamentos e ação à praticidade da economia e da eficiência. O mundo hobbesiano do Holocausto não veio à tona saindo de sua sepultura rasa demais, ressuscitado pelo tumulto das emoções irracionais. Apareceu (de uma forma formidável que Hobbes certamente desautorizaria) num veículo de produção industrial, empunhando armas que só a ciência mais avançada poderia fornecer e seguindo um itinerário traçado por uma organização cientificamente administrada. A civilização moderna não foi a condição suficiente do Holocausto; foi, no entanto, com toda a certeza, sua condição necessária. Sem ela, o Holocausto seria impensável. Foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto²⁶⁹.

Esse formato de racionalidade ainda persiste e é considerada real. Pelo menos na perspectiva de que, de fato, ocorrendo e empiricamente fundamentando-se, conforme vai concebida e evidenciada em textos de normas, programas, planos, fórmulas, declarações, relatórios oficiais e anúncios ministeriais. É um processo de sistematização que defende produzir conhecimentos incontestáveis, no sentido de que tais conhecimentos são sistematicamente racionalizados. Contudo, justamente pelo fato de eles serem experimentalmente formulados em redações e práticas de governo, temos hoje, ao invés de governos que governam pelo social, governos que governam através dos indivíduos.²⁷⁰

Aliam-se a esse formato de racionalidade, junto aos interesses econômicos, as ambições dos governos atuais. Com a ascensão de um espaço global ou um ciberespaço capaz de dominar as relações imateriais, acredita-se, apesar de debatidas teses sobre o fim dos territórios geográficos, que o território permanecerá como um fator essencial não somente de construção da identidade e, dessa forma, de subjetivação, mas sim, de exercício do biopoder e de expressão da violência política. As fronteiras assim, também se tornaram operadoras políticas por

²⁶⁸ BAUMAN. 1998, p. 32.

²⁶⁹ BAUMAN. 1998, p. 32.

²⁷⁰ O'MALLEY, Pat. Criminologia e Governamentabilidade. Organizadores: Ricardo Jacobsen Gloeckner, Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 37.

excelência, ao passo que agem na demarcação interna da produção de limites e inimigos²⁷¹.

O fato de a fronteira não operar mais apenas no nível internacional, voltando-se para o próprio interior nacional, implica um giro radical da política sobre o seu próprio eixo. Enquanto o objetivo da moderna soberania cingia-se a isolar a guerra fora do território – ou seja, entre Estados –, banindo assim o conflito do território civil, as atuais formas de guerra adquiriram características muito mais sutis. [...] A ideologia da segurança é altamente difundida, desde o nível microssocial (nos bairros, pelo medo da violência local) até o global (nos continentes americano e europeu, pelo medo do terrorismo), e autoriza a deflagração de um novo tipo de guerra, não mais entre entidades soberanas, mas entre Estado e população, e, num nível mais tênue, entre a população consigo mesma.²⁷²

Esse formato impõe uma guerra interna aos territórios e está a ocorrer em um tempo incerto, paralisado, vez que não possui nem começo nem fim. Diferente do tradicional Estado de Exceção que se impunha para fins de defesa da Constituição, sob as características da transitoriedade e extrema necessidade, o sítio das sociedades democráticas do século XXI é discreto e mais indefinido. Prolonga-se por tempo indeterminado e indeterminável.²⁷³

Na prática, significa o inimigo público deixando de ser aquele que no território internacional se localiza, para se apresentar e ser produzido internamente. Objetificado em sujeitos ou parcelas específicas o arsenal de guerra se substitui pela atuação da polícia e pelas guerras por esta instituição empreendidas. O inimigo antes externo, agora se confunde com a população tida como perigosa do lado de dentro, muito mais difícil de diferenciar²⁷⁴.

Isso nos aponta, no fim, uma desordem de valores, medidas e escalas que reduzem os fundamentos do contratualismo moderno e levam o exercício da soberania política a uma forma de administração de *déficits* e excessos. O contratualismo está a evanescer diante da desintegração do espaço nacional. Seja pela imposição da globalização dominante sobre o sistema comum de capacidades do Estado, seja pelo questionamento dos denominadores gerais do contrato social

²⁷¹ SCHMITT. 2015, p. 225.

²⁷² SCHMITT. 2015, p. 225-226.

²⁷³ SCHMITT. 2015, p. 225-226.

²⁷⁴ SCHMITT. 2015, p. 227.

que conduzem as lógicas de pertencimento social e reconhecimento, que comprometem a homogeneidade do Estado-Nação²⁷⁵.

Pré-contratualmente, significa dizer que as expectativas sobre inclusão estariam primorosamente defraudadas, tanto pela reprodução do estado de natureza e de exceção, quando da prática do exercício e da distribuição de direitos, quanto pela contração da própria proposta contratualista. A agregação das urbanidades em sistemas genéricos e mitificadores da constituição da soberania não respondem ao vocabulário de direitos impostos e às expectativas de inclusão do corpo social civil estranho e incivil. Do ponto de vista pós-contratual, os indivíduos antes compreendidos pelo contrato social veem-se selecionados para zonas de desproteção e fascismo social. A relevância dos direitos sofre um forte sobrepeso simbólico tendo de ser reformulado e reinterpretado pelos próprios grupos comunitários. Dessa forma, entram em confronto com o Estado e com as entidades privadas das quais a atuação nas zonas descontratualizadas é corrompida e viciosa.²⁷⁶

Estes são alguns dos aspectos, seguramente não todos, da incerteza pós-moderna. Unida ao colapso da discrepância entre realidade e sua simulação, entre o que é real ou representativo, está a falta de visibilidade e a dissolução da separação entre normal e anormal, o previsível e o imprevisível, o habitual e o inusitado, o dócil e o hostil – o conhecido e o estranho, “nós” e os estranhos. Esses estranhos já não são arbitrariamente pré-selecionados, definidos e isolados, como o eram nos tempos dos coesos e duradouros programas de constituição da ordem, gerenciados pelo estado²⁷⁷.

²⁷⁵ LAURIS, Élida. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória do acesso à justiça. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1., 412-454. 2015, p. 431.

²⁷⁶ LAURIS. 2015, p. 431.

²⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução Mauro Gama et alii. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 37

Agora, eles são tão instáveis e protéticos como a própria identidade de alguém, e tão pobremente baseados, tão erráticos e voláteis. [...] essa diferença que coloca o eu separado do não-eu e “nós” separados d’“eles”, já não é apresentada pela forma pré-ordenada de mundo, nem por um comando vindo das alturas. Ela precisa ser construída e reconstruída, e construída uma vez mais, e de novo reconstruída, nos dois lados ao mesmo tempo, nenhum dos lados se gabando de maior durabilidade ou exatamente da “gratuidade”, do que o outro. Os estranhos de hoje são subprodutos, mas também os meios de produção no incessante, porque jamais conclusivo, processo de construção da identidade²⁷⁸.

A peça principal dessa figuração é uma constância instável de poder, com as tensões que lhe são próprias. Também é essa a condição prévia determinante de qualquer estigmatização eficaz de um grupo de “estranhos”, por um grupo de “normais”, estabelecidos. Um grupo só consegue estigmatizar outro quando possui posições bem colocadas de poder, das quais o grupo estigmatizado é excluído.

Enquanto essa condição perdura, o estigma de desonra coletiva emprestado aos “estranhos” tem lugar. O descaso absoluto e a estigmatização unilateral e incurável dos “estranhos”, tal como é a estigmatização dos intocáveis na Índia, escravos africanos e seus descendentes na América, mostram um equilíbrio do poder bastante instável. Dar uma rotulagem de “valor humano inferior” a outro grupo é uma das táticas usadas pelos grupos superiores nas contendas pelo poder, como forma de manter a superioridade social. Essa estigmatização imposta pelo grupo dominante ao grupo de “estranhos”, costuma adentrar na autoimagem deste último e, assim, enfraquecê-lo e desarmá-lo²⁷⁹.

Os estranhos estão vivendo assim, e aqui vemos a figura do migrante plenamente adequada, num estado de extinção contida, sob a pressão da ambição moderna de fundação da ordem. Como forma de anomalia a ser reparada. Surpreendidos por uma realidade que contraria a ideia de temporariedade da condição de enfrentamento dos “estranhos”²⁸⁰.

Com isso, o desejo do inimigo, do *apartheid* e a concepção do extermínio estabelecem a linha de fogo, o decisivo teste do início deste século. Vetores de uma acefalia moderna obrigam, por todo lado, regimes democráticos a estabelecerem estruturas psíquicas difusas, concomitantemente a forças genéricas e passionais.

²⁷⁸ BAUMAN. 1998, p. 37.

²⁷⁹ ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000, p. 23-24.

²⁸⁰ BAUMAN, 1998, p. 30.

Assinalam um tom afetivo dominante do nosso tempo e aprofundam lutas e mobilização contemporâneas. Essas lutas e movimentos nutrem-se de uma visão ameaçadora e ansiosa do mundo, privilegiando lógicas de suspeição a tudo que é secreto, estranho, resulta de conspiração ou ocultismo. Carregada até as últimas consequências, terminam quase inexoravelmente no desejo de destruir – um sangue derramado, um sangue normatizado, numa contínua expressão da Lei de Talião, do Antigo Testamento²⁸¹.

Neste período depressivo da vida psíquica das nações, a necessidade um inimigo, ou mesmo o instinto de um inimigo, não é apenas uma necessidade social. Equivale a uma necessidade ontológica [...]. No quadro de rivalidade mimética exacerbada pela <guerra contra o terror>, dispor – de preferência, de modo espetacular – do seu inimigo tornou-se uma passagem obrigatória na constituição do sujeito e na sua entrada na ordem simbólica do nosso tempo. No entanto, tudo se passa como se a negação do inimigo [...] leva a que não exista uma espécie de relação de ódio que nos autoriza a dar curso a toda a espécie de desejos, de outro modo interditos. É não ter o demônio que tudo permite [...]. É também frustrar-se na sua compulsão de meter medo, na sua capacidade de diabolizar [...].²⁸²

Dessa forma, o inimigo antes, tradicionalmente externo, hoje se mescla a um perigo interno. Com fronteiras que já não são mais delimitadas somente de forma geográfica entre um território e outro, o tempo em que ocorre o fenômeno também é outro. A guerra gerada no território interno acontece num tempo indistinto, estático, porque não tem início nem fim²⁸³.

Com isso se torna mais fácil a compreensão, no caso dos imigrantes irregulares, da razão pela qual o direito está incluindo a vida através da ameaça da morte. O inimigo que se busca atualmente, não é o simples adversário ou concorrente, nem aquele que se odeia como um rival particular ou se tem antipatia. É aquele a quem é possível provocar morte literal, física, pois a ele se nega, de modo substancial, o nosso ser.²⁸⁴

Nas últimas palavras da política contemporânea, aquele que chega no território então, é o inimigo de que se tem a necessidade de neutralizar, como um simples desejo de afastar o perigo de contágio, do qual ele seria portador. Assim,

²⁸¹ MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Tradução: Maria Lança. Lisboa: Antígona. 2017, p. 81.

²⁸² MBEMBE. 2017, p. 81.

²⁸³ SCHMITT, 2015, p. 226.

²⁸⁴ MBEMBE. 2017, p. 82.

reproduz-se um sentimento alargado de terror que permite às democracias a continuarem a fabricar espantalhos destinados a impor medo à sociedade.²⁸⁵

Isso nos leva a uma realidade em que as figuras do migrante, do muçulmano, do estrangeiro são tecidas como imagens que, por associação se convocam umas às outras. Não importa para a sociedade que não haja nenhuma relação entre elas e a realidade, pois as fantasias primárias não reconhecem nem dúvida, muito menos a incerteza. A massa, como diz Freud, só é motivada por estímulos exagerados. Quem tem o intuito de agitá-la, não precisa fazer uso da lógica, apenas utilizar figuras mais fortes para desenhar, exagerar e redizer a mesma coisa sem parar.²⁸⁶

Para o historiador Achile Mbembe, a realidade contemporânea deve ser diagnosticada por colocar em prática o que ele chama de “nanorracismo”. Esse conceito significaria uma forma narcótica de preconceito em relação à cor expressa manifesta nos gestos inofensivos do dia-a-dia. Por isto ou aquilo, à primeira vista inconscientes, numa brincadeira, numa referência ou insinuação, num lapso, numa piada, num desentendimento, sendo necessário dizê-lo com uma maldade voluntária, com pensamento maldoso, de forma atropelada e como provocação deliberada. Com desejo sombrio de estigmatizar e, sobretudo, de violentar, machucar e humilhar, contaminar tudo o que é julgado como não sendo dos nossos.²⁸⁷

[...] quando só os nossos nos importam, já ninguém quer ouvir falar do outro, em maiúscula ou em minúscula, tanto faz. Que fiquem na terra deles, ouvimos dizer. Ou se eles ousam querer viver ao nosso lado, entre nós, deverá ser de rabo à mostra, com as calças para baixo, a descoberto. A época do nanorracismo é efetivamente a do racismo abismal, do racismo de navalha enferrujada, do espectáculo dos porcos a chafurdar na lama.²⁸⁸

A função dessa figura é colocar em condições intoleráveis um número crescente destas pessoas tidas por indesejáveis, rodeá-las no quotidiano, dar-lhes incalculáveis golpes e feridas racistas, furta-las de todos os direitos conquistados, joga-las para fora da colmeia e degrada-las até o ponto que não lhes reste alternativa que não a autodeportação²⁸⁹.

²⁸⁵ MBEMBE. 2017, p. 84.

²⁸⁶ MBEMBE. 2017, p. 85.

²⁸⁷ MBEMBE. 2017, p. 95.

²⁸⁸ MBEMBE. 2017, p. 95.

²⁸⁹ MBEMBE. 2017, p. 95.

Nesse sentido, a teorização do Direito Penal do Inimigo apresentada por Jakobs, por fim, nos leva a representação de um novo e relevante progresso na consolidação de condutas sociais de incompreensão da delinquência, de estranhamento social ao criminoso que, a partir de agora, se acha, em determinadas circunstâncias, destituído de seu caráter de cidadão e até mesmo de pessoa, para transfigurar-se em mero inimigo da sociedade – ou, no vocabulário de Agamben, em mero *homo sacer*.²⁹⁰

3.2 Biopolítica e Biopoder versus Necropolítica e Necropoder

Pode-se dizer, com tudo que foi descrito até agora, que o cenário de guerra se transformou num “regime de biopoder”, que nada mais é do que um formato de governo proposto a não só controlar a população, mas sim, engendrar e reengendrar todos os aspectos da vida em sociedade.²⁹¹

Nesse formato de gerenciamento, mais sutil, amplo e difuso, em que a vida passa a assumir uma posição nuclear da política, formando um metabolismo biológico, se consolida uma violência, no entanto, semi-invisível, dispersa e indefinida, praticada por uma série de condutas e produções culturais, institucionalizadas ou não, uma violência biopolítica.²⁹²

Não dispensando a importância das teorias críticas desenvolvidas de biopolítica, a realidade que se põe nos dias atuais faz mais referência às periferias do capitalismo de diversos países, do que à visão eurocêntrica apontada na maior parte dos estudos de Foucault, por exemplo.²⁹³ Isso nos leva à importância de atualizarmos alguns conceitos, analisando a possível adequação ou então a necessidade de transformação desses pontos de vista mais focados em determinadas realidades que se fecham em determinadas zonas e tempos históricos.

²⁹⁰ WERMUTH, 2014, p. 95.

²⁹¹ HARDT e NEGRI. 2005, p. 33.

²⁹² SCHMITT. 2015, p. 225.

²⁹³ HILÁRIO, Leomir. Da biopolítica à necropolítica: variações Foucaultianas na periferia do capitalismo. p. 197

Em uma de suas obras mais conhecidas, *Vigiar e Punir*, publicada em 1975, Michel Foucault verifica a forma pela qual o poder é apto a produzir passionalidades adequadas às formas sociais, em especial, à do capitalismo. Nesse contexto, o corpo se configura como a realidade política, por excelência, e o instrumento de atualização e legitimação do poder²⁹⁴. Para Foucault, o poder é sempre observado através de sua forma microfísica, manifestado sobre corpos individuais nas práticas cotidianas²⁹⁵.

Quando apresenta seu estudo sobre o biopoder, Foucault observa que no fim do século XVII, o declínio do poder soberano, se transformou em um poder recoberto por uma biopolítica, com objetivo de administração dos corpos através da gestão da vida. Esse novo poder viria para disciplinar, adestrar, extorquir força e docilizar o ser humano, para então, no século XVIII, assumir estrutura sobre processos biológicos vitais, mediante controles reguladores, fazendo surgir assim, a verdadeira biopolítica da população, onde o foco se tornou deixar morrer e fazer viver. Com isso, a biopolítica se transforma em uma cadeia de disciplinas, regulamentações e normas, todas voltadas à gerência da vida orgânica do ser humano²⁹⁶.

No entanto, com a desorientação apresentada na configuração do sistema capitalista, nas décadas de 1960 e 1970, Foucault voltou seu trabalho para o estudo do problema de governo como o ponto principal da teoria social crítica, as formas de instrumentalizar os comportamentos e as esferas práticas no objetivo de governar indivíduos e coletividades. Com isso Foucault altera seu foco da disciplina de corpos para a segurança das populações. É a ideia de produção da vida, porém, através das coletividades, momento então em que fixa a ideia de transformação de uma anátomo-política dos corpos para uma biopolítica da população,²⁹⁷ ou seja, a ligação da vida natural do ser humano às engrenagens e cálculos do poder²⁹⁸.

Com isso, o poder soberano que passou a gerir os corpos através de uma gestão calculista da vida, deu um elemento indispensável ao desenvolvimento do

²⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 243-244

²⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. P.

²⁹⁶ MARTINS, Lucas Moraes Martins. *Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica*. P. 186

²⁹⁷ HILÁRIO. 2016, p. 200.

²⁹⁸ AGAMBEN. 2010, p. 116.

capitalismo ao garantir a inclusão monitorada de corpos no aparelho de produção, o que ajustou a população aos processos econômicos em vigor.²⁹⁹

Todavia, necessário se faz entendermos a crise do capitalismo para chegarmos ao ponto em que a ciência política sofre drásticas alterações.

Na época de seu avanço e consolidação, entre os séculos XVI e XX, o capitalismo assimilou grandes massas humanas para o interior de grandes fábricas de produção de mercadorias, porém, com a transformação técnica, esse mesmo sistema passou a precisar cada vez menos da força humana de trabalho até que no século XX começou a jogar pessoas no desemprego estrutural, impelindo-as para as periferias das cidades, prisões ou unicamente aniquilando-as através da força policial, fossem oficiais ou não.³⁰⁰

Já na época atual, o próprio sistema passa a desfazer-se das massas em larga escala. Algo ocorre na ordem do sistema que ocasiona com que aquelas incalculáveis massas agora sejam dispensáveis ao seu formato de reprodução e produção de riqueza. Embora a produção de valor ainda seja própria do trabalho vivo, o capitalismo está a desenvolver cada vez mais no que Marx definia como “trabalho morto”³⁰¹. Ou seja, a força de trabalho que se concentra na forma de máquinas acarreta numa descartabilidade do indivíduo que agora, como supérfluo, ocioso e último, aponta para a culminância da tendência velada à própria dinâmica de reprodução social do capitalismo, a exclusão.³⁰²

Dessa forma, em termos políticos, a biopolítica conduz à existência do que Foucault chamou de uma tanatopolítica (cálculo do poder sobre a morte) ao mesmo tempo em que é considerada uma técnica de governo com objetivo principal de gestão utilitária das potencialidades substanciais do ser humano³⁰³.

Nessa concomitância de políticas, aquele “trabalho morto” como tendência para a produção de valor, encontra o “trabalho de morte” da polícia. Os indivíduos começam a restar diante do formato social atual, uma vez que não mais rentáveis, muito menos demandados a dispenderem sua força de trabalho em processos produtivos amplos. Assim, são expulsos e atirados ao mercado informal e inseguro,

²⁹⁹ HILÁRIO. 2016, p. 201.

³⁰⁰ HILÁRIO. 2016, p. 202.

³⁰¹ GORENDER, Jacob. Apresentação. In: MARX, Karl. *O capital*. P. 34

³⁰² HILÁRIO. 2016, p. 202

³⁰³ RUIZ. 2016, p. 28.

às margens das cidades. É nesse ponto que a crítica social foucaultiana se torna carente, pois para Foucault a política se assimila a um “trabalho de vida”, pois o que estaria em jogo continuamente seria a produção da vida, o que se transforma quando a crise sistêmica em que vivemos coloca o Estado de Exceção como regra e a política como aquela de “produção da morte”.³⁰⁴

Essa banalização da violência, em um contexto de hegemonia neoliberal, crise financeira e ruína do Estado de bem-estar social³⁰⁵, transparece a ciência política que o historiador e cientista político camaronês, Achille Mbembe denomina de Necropolítica, e que analisaremos a partir de agora.

Baseando seu ensaio nas relações conceituais de biopoder, soberania e o Estado de Exceção, Mbembe lança sua preocupação sobre as formas de soberania cuja proposta principal não é a luta pela emancipação dos indivíduos, mas a “instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e população”.³⁰⁶

Tais formas de soberania estão longe de ser um pedaço de insanidade prodigiosa ou uma expressão de alguma ruptura entre os impulsos e interesses do corpo e da mente. De fato, tal como os campos da morte, são elas que constituem o *nomos* do espaço político em que ainda vivemos.³⁰⁷

No intuito de resgate da potencialidade crítica, Mbembe condensa em sua noção de necropolítica também o desafio de o fazer a partir da análise da periferia do capitalismo, trabalhando a crise sistêmica atual, bem como a forma política da necropolítica, ao se adequar ao declínio da configuração social capitalista. Considerando que Foucault não dedica sua atenção à história dos povos coloniais ou de origem colonial, a leitura de Mbembe utiliza-se dos conceitos foucaultianos para elucidar as questões periféricas contemporâneas, o que nos autoriza à abertura de caminho para a compreensão das consequências fabricadas.³⁰⁸

Deixando de considerar que a modernidade faz parte do princípio de vários conceitos de soberania – e, dessa forma, da biopolítica, a avaliação política corrente

³⁰⁴ HILÁRIO. 2016, p. 203.

³⁰⁵ LAURIS. 2015, p. 433.

³⁰⁶ MBEMBE, Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução: Renata Santini. São Paulo: N-1 edições. 2018, p. 11.

³⁰⁷ MBEMBE. 2018, p, 11.

³⁰⁸ HILÁRIO. 2016, p. 196.

infelizmente privilegiou teses democráticas normativas e estabeleceu o conceito de razão como um dos fundamentos mais importantes tanto da concepção de modernidade, quanto do território da soberania. Isso significa dizer que a expressão máxima da soberania é a elaboração de normas comuns por um corpo (povo) formado por homens e mulheres livres e iguais. Nesse formato, a razão significa a verdade do indivíduo, e a política o exercício da razão na esfera pública. Nesse formato difundido, a política diferenciar-se-ia da guerra por possuir uma dupla definição: uma proposta de autonomia e realização de acordo em uma sociedade através de comunicação e reconhecimento. O romance da soberania, assim, formase na crença de que o sujeito é o autor essencial no controle do seu próprio significado³⁰⁹.

Sabe-se que a realidade não é assim. Com base nas experiências contemporâneas de destruição humana, Mbembe aponta que é possível ampliarmos a leitura da política, da soberania e do sujeito, de forma diversa da que foi herdada do discurso filosófico da modernidade. Para isso seria necessário considerarmos, ao invés da razão e da verdade do sujeito, outras categorias instituidoras menos abstratas e mais tangíveis, tais como a vida e a morte³¹⁰.

Unindo em sua análise o conceito de biopoder de Foucault, ao estado de exceção e de sítio, bem como as relações de inimizade na formação do direito de matar, Mbembe observa que o poder (não indispensavelmente o poder estatal) constantemente se refere e vale-se da exceção, da emergência e de um inimigo ficcional. Com isso questiona qual seria a relação entre política e morte que faz com que, nesse sistema, só funcione em um estado de emergência?³¹¹

O biopoder, na formulação foucaultiana, se apresenta como a divisão entre os indivíduos que devem viver e os que devem morrer. Manipulando com suporte em uma divisão entre vivos e mortos, esse poder se determina em relação a um campo biológico, do qual atribui-se o controle e se inscreve. Esse controle presume a distribuição da raça humana em grupos e a formação de uma censura biológica entre uns e outros, o que vai nomeado por Foucault como “racismo”. Hanna Arendt, por sua vez, sugere que a política de raças, em uma última análise, relaciona-se,

³⁰⁹ MBEMBE. 2018, p. 09-10.

³¹⁰ MBEMBE. 2018, p. 11.

³¹¹ MBEMBE. 2018, p. 17.

manifestamente com a política da morte. Assim, nas conclusões de Foucault, o racismo seria a tecnologia que permite o exercício do biopoder, regulando a distribuição da morte e tornando possível a função assassina do Estado, é a aceitabilidade do fazer morrer.³¹²

Assim, diferente do que muito se difundiu, que as características da fusão total de guerra e política (racismo, homicídio e suicídio), até a zona em que se tornam indiscrimináveis uns dos outros, seria algo de característica pura do Estado Nazista e seus campos de concentração, foi, no entanto, característica tanto da primeira quanto da última modernidade. A apreensão da existência do “outro” como uma violação contra minha vida, uma ameaça mortal ou um risco pleno, do qual a eliminação biofísica fortaleceria minha possibilidade de vida e segurança, é o que permeia o atual receituário da soberania³¹³.

Custosamente, isso significa que a racionalidade atual da vida passa pela morte do outro e que a soberania equivale à vontade e capacidade de matar a fim de viver³¹⁴.

Não estamos hoje vivendo em uma racionalidade que se distancia da que foi implantada quando do estabelecimento do Estado Nazista. Mais ainda, de maneira civilizada estamos mostrando uma espantosa habilidade de coexistir harmoniosa e pacificamente com o assassinato em massa, o que nos leva a concluir que o próprio processo civilizador fracassou ao levantar uma única barreira que fosse contra possíveis genocídios. Não temos repulsa civilizada a desumanidade forte o bastante para encorajar resistência ativa às barbáries. Como o foi na época do Holocausto, reagimos como as normas “civilizadas” nos aconselham a agir diante de coisas desumanas e repugnantes: dirigir nossa visão para o outro lado³¹⁵.

³¹² MBEMBE. 2018, p. 18.

³¹³ MBEMBE. 2018, p. 20.

³¹⁴ MBEMBE. 2018, p. 20.

³¹⁵ BAUMAN. 1998, p. 135.

[...] as câmaras de gás e os fornos foram o ponto culminante de um longo processo de desumanização e de industrialização da morte, sendo uma de suas características originais a de articular a racionalidade instrumental e a racionalidade produtiva e administrativa do mundo ocidental moderno (a fábrica, a burocracia, a prisão, o exército). Mecanizada, a execução em série transformou-se em um procedimento puramente técnico, impessoal, silencioso e rápido. Esse processo foi, em parte, facilitado pelos estereótipos racistas e pelo florescimento de um racismo de classe que, ao traduzir os conflitos sociais do mundo industrial em termos racistas, acabou comparando as classes trabalhadoras e o “povo apátrida” do mundo industrial aos “selvagens” do mundo colonial.³¹⁶

Diferenciando-se da “ocupação colonial”, que visava a apreensão, demarcação e asserção do controle físico e geográfico pra inscrever em determinado terreno um novo composto de relações sociais e espaciais, Mbembe, aponta que a “colonização tardia”, combina disciplina, biopolítica e necropolítica em seu formato de composição³¹⁷.

Se para a “ocupação colonial” a inscrição de novas relações espaciais (territorialização) era o equivalente à criação de fronteiras e ordens, zonas e enclaves; alteração dos regimes de propriedade efetivos; classificação de indivíduos conforme diferentes classes; extração de recursos; e, por último, a produção de uma vasta reserva de imaginários culturais, a ocupação colonial tardia, baseada na necropolítica, como uma formação específica de terror, tem como primeira dinâmica a fragmentação do território espacial, a proibição do acesso a certas áreas e a expansão dos assentamentos, num claro formato de impossibilitar movimento e instalar uma segregação ao formato do Estado do apartheid.³¹⁸

Isso significa o reconhecimento da existência de territórios ocupados, hoje divididos em um complexo entrecruzamento de fronteiras internas e diversas células isoladas. Essa redefinição entre soberania e espaço fica evidente com a adoção de um princípio de criação de limites tridimensionais no interior dos territórios que se distanciam de qualquer conceito de divisão plana, constituindo uma “política da verticalidade” combinada com uma “soberania vertical”. Organiza-se o terreno de uma forma peculiar com a criação de inúmeras separações, limites precários que se relacionam através da vigilância e controle³¹⁹.

³¹⁶ MBEMBE. 2018, p. 21.

³¹⁷ MBEMBE. 2018, p. 39-41.

³¹⁸ MBEMBE. 2018, p. 39-43.

³¹⁹ MBEMBE. 2018, p. 45.

Sob condições de soberania vertical e ocupação colonial fragmentada, comunidades são separadas segundo um eixo de ordenadas. Isso conduz a uma proliferação dos espaços de violência. Os campos de batalha não estão localizados exclusivamente na superfície da terra. Assim como o espaço aéreo, o subsolo também é transformado em zona de conflito. Não há continuidade entre a terra e o céu. Até mesmo os limites no espaço aéreo dividem-se entre as camadas inferiores e superiores. Em todo lugar, o simbolismo do topo (quem se encontra no topo) é reiterado. A ocupação dos céus adquire, portanto, uma importância crucial, já que a maior parte do policiamento é feito a partir do ar. Várias outras tecnologias são mobilizadas para esse efeito: sensores a bordo veículos aéreos não tripulados, [...] helicópteros de assalto, um satélite de observação da Terra, técnicas de holografia. Matar se torna um assunto de alta precisão.³²⁰

Como pode ilustrar o caso da Palestina, a ocupação colonial tardia (contemporânea), demonstra a união de diversos poderes: disciplinar, biopolítico e necropolítico, que junto permitem ao poder colonial a dominação total sobre os habitantes do território ocupado. O “Estado de sítio”, por sua vez, é a instituição militar que autoriza uma modalidade de crime que é aquela que não distingue o inimigo interno do externo, tornando populações inteiras alvo do soberano. Comandantes militares decidem por seus próprios critérios sobre qual momento e em quem atirar, as populações sitiadas são privadas de suas fontes de renda e as execuções a céu aberto ocorrem numa somatória às matanças invisíveis ao demais³²¹.

As guerras nos tempos da globalização visam tão somente, forçar o inimigo à submissão. Nas características da nova era, o exercício do direito de matar já não é mais de monopólio dos Estados, e o “exército regular” não é mais a forma única de executar essas funções. Ao invés disso, dá-se lugar para um mosaico de direitos de governar imperfeitos e sobrepostos, dissimulados e emaranhados, nos quais surgem diferentes instâncias jurídicas de fato geograficamente intrincadas, de fidelidades plurais e assimétricas, numa organização pseudômina de direitos territoriais e reivindicações que tornam de pouco sentido distinguir os campos políticos em interno e externo, por limites claramente demarcados.³²²

Quando nos voltamos para os espaços de refugiados urbanos, vemos tal precisão combinada com táticas de sítio completamente mediáveis adaptadas a essa expansão de espaços. Como um plano orquestrado para sabotar a sistemática

³²⁰ MBEMBE. 2018, p. 46-47.

³²¹ MBEMBE. 2018, p. 48-49.

³²² MBEMBE. 2018, p. 52-53.

das bases de organização social e urbana e vira-la para a existência do inimigo, apropria-se dos recursos de terra, água e espaço aéreo.³²³

A necropolítica facilmente pode ser vista como a categoria que possibilita problematizar a justificação da política moderna a partir dos modos como se entrecruzam, por um lado, violência e direito e, por outro, soberania e exceção.³²⁴

As tecnologias de policiamento e disciplina estão sendo substituídas por alternativas mais aterrorizantes, dado o seu extremismo, e técnicas de destruição tornaram-se mais tangíveis, anatômicas e sensoriais, dentro da conjuntura em que a escolha se dá entre a vida e a morte. Se o poder depende ainda de uma autoridade direta sobre os corpos (ou de sua concentração em campos), as novas tecnologias de destruição estão parcamente preocupadas com a inscrição de corpos em aparelhos disciplinares do que em inscrevê-los, no instante conveniente, na ordem da economia máxima, neste momento representado pelo “massacre”.³²⁵

Assim, as guerras atualmente travadas no interior dos territórios geográfico cada vez mais envolvem grupos armados que atuam por trás da máscara do Estado contra grupos armados, que não tem Estado, mas que habitam territórios bastante distintos, no meio fica a população de civis desarmada ou organizada na forma de milícia. Nessa realidade radical, o horror experimentado sob a visão da morte se torna em satisfação quando ela ocorre com o outro. É o perecimento do outro, sua existência física como cadáver, que dá ao sobrevivente a sensação de sentir-se único. E cada inimigo morte somente faz aumentar a sensação de segurança do sobrevivente.³²⁶

Essa seria a figura do mártir, pois qual seria a diferença entre causar a morte utilizando de um helicóptero de mísseis ou o próprio corpo? O corpo já não esconde uma arma, mas também é a arma, fazendo com que a minha morte sempre ande de mãos dadas à morte do outro, homicídio e suicídio podem ser realizados no mesmo ato. Em medida expandida, resistência e autodestruição são equivalentes, pois matar o outro é reduzi-lo e a si mesmo, ao estatuto de pedaços de carne inertes, uma guerra de corpos contra corpos.³²⁷

³²³ MBEMBE. 2018, p. 46-47.

³²⁴ HILÁRIO. 2016, p. 205.

³²⁵ MBEMBE. 2018, p. 59.

³²⁶ MBEMBE. 2018, p. 62.

³²⁷ MBEMBE. 2017, p. 64.

Na lógica do mártir, surge um novo processo de significação para o assassinato que não se baseia necessariamente em uma relação entre forma e matéria. O corpo como uniforme não é apenas um objeto de proteção contra o perigo e a morte, o corpo em si não tem poder ou qualquer valor, somente quando se passa por um processo de abstração com fundamento do MBMEB P. 65-66

Com tudo isso, Mbembe expressa que vivemos em um período em que todas as formas que subjagam a vida ao poder da morte (necropolítica) reconfiguraram de forma profunda as relações entre resistência, sacrifício e terror, e a noção de biopoder já não é insuficiente para contemplar as formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte³²⁸. Não é suficiente deixar a multidão entregue à própria sorte, o que de certa forma provoca a aniquilação passiva dos sobrantes, mas sim, tornar-se agente ativo na sua aniquilação, de forma legítima, através da força policial, ancorada no Estado.³²⁹

Compreender o conceito de necropolítica nos possibilitaria, assim, observarmos criticamente os fenômenos próprios da violência na periferia do capitalismo, onde o desmantelamento de um fraco Estado de Bem-Estar Social se efetiva através da barbárie, numa prática em que a era de crescimento de direitos individuais e políticos alterada pela era do declínio e retirada desses mesmos direitos. Toda essa lógica de desfazimento da lógica do Estado de Bem-Estar Social ocorre também por meio da agudização das tendências que sempre foram lei nas periferias do capitalismo: exclusão, barbárie e autoritarismo.³³⁰

De diversas formas as necropolíticas através do necropoder estão dispostas com o objetivo de provocar a destruição máxima de seres humanos e criar “mundos de morte”, como formatos únicos e modernos de existência social, às quais inúmeras populações são sujeitadas à condições de vida que lhes verificam o estatuto de “mortos-vivos”, com fronteiras entre resistência e suicídio, sacrifício e redenção, mártir e liberdade, completamente embaralhadas pelas existência deste necropoder.³³¹

Assim, é possível observar que as políticas de morte perpetradas nos mais diversos países contra os imigrantes, parecem constituir a paisagem da necropolítica

³²⁸ MBEMBE. 2018, p. 63.

³²⁹ HILÁRIO. 2016, p. 208.

³³⁰ HILÁRIO. 2016, p. 205.

³³¹ MBEMBE. 2018, p. 71.

em vigência na periferia do capitalismo no quadro de desequilíbrio mundial moderno³³². Estamos entregando, através de racionalidades como a que gere a Teoria do Direito Penal do Inimigo, todas as ferramentas para a perpetuação de uma necropolítica.

3.3. A desconstrução do inimigo e a superação do limbo jurídico: pensando políticas de justiça ao migrante

Evidenciados os contornos biopolíticos das medidas adotadas pelos Estados no sentido do controle dos fluxos migratórios, estas medidas, no entanto, não possuem qualquer lógica disciplinar, visto que não possuem em seu corpo uma normalização reabilitadora que atenda e opere a esses sujeitos individuais. Longe disso, numa lógica necropolítica, políticas de expulsão e exclusão não objetivam sequer a administração do indivíduo concreto, mas sim a normalização do conjunto inteiro de imigrantes - tantos daqueles em situação regular quanto dos em situação irregular -, seja pelo exemplo ou pela disseminação do medo. Até mesmo porque, a dissipação do medo, a virtualidade da morte é que torna possível, em última instância, o controle absoluto sobre os corpos, seu extermínio³³³ e, assim, a formação e concretização desta necropolítica que rege nossos dias atuais.

Isto também ocorre porque o ensinamento disciplinar que antes se via na base do controle biopolítico da população, não tem mais sentido na sociedade moderna e, com isso, as instituições que foram concebidas na modernidade, com esse intuito, perderam a razão de existir, dando lugar a territórios de mero “armazenamento” daqueles sujeitos que se tornaram supérfluos e que, por conta disso, devem ser administrados por meio de medidas de neutralização. Isso justifica o êxito que teorias como a do Direito Penal do inimigo possuem em nossos tempos, ao pugnarem por uma “neutralização” de indivíduos perigosos³³⁴, mais especificamente, aqueles que decidimos que os são.

³³² HILÁRIO. 2016, p. 208.

³³³ WERMUTH. 2014, p. 188.

³³⁴ WERMUTH. 2014, p. 109.

Evidenciou-se, também, que enquanto espécie de Estado de Exceção, o Direito Penal do Inimigo revela a fragilidade dos conceitos normativos de pessoa e da limitação do discurso diante do biopoder. Cabe-nos agora considerar se o Estado de Exceção, na prática, não possui estratégias muito mais “discretas” do que aquelas teorizadas por Jakobs, pois, se a teoria em si nos dá formas, que numa explicitude não deixam dúvidas sobre suas finalidades, passíveis de ser confrontadas com facilidade pela argumentação jurídica tradicional e fundamental, a questão gira em torno da possibilidade de, aí sim, confrontarmos as formas veladas que o Direito Penal do Inimigo apresenta, sem qualquer nomenclatura ou cisão explícita.³³⁵ Isso nos permitiria chegar ao ponto em que a teoria não teria mais lugar na adequação ao sujeito migrante, auxiliando na derrubada de políticas de “combate” ao estrangeiro enquanto potencialidade inimiga.

Faz-se necessário, assim, enfrentar o problema desde sua origem, por suas raízes estruturais, para que seja possível contra-argumentar todas as caracterizações que – embora não tão explícitas – possam estar alicerçadas na mesma forma de racionalidade proposta por Jakobs. Isso significa confrontar o Direito Penal do Inimigo enquanto técnica jurídico-penal, como forma de política criminal do Inimigo³³⁶ e, de forma mais precisa, enquanto ciência necropolítica do Inimigo.

É na confrontação permanente com o Rosto do Inimigo – aquilo que se traz como oferta de paz e não se reduz aos nossos esquemas intelectivos-representacionais – que se procura finalizar os processos desconstrutivos. Na facticidade do mundo concreto, os conceitos de Jakobs não apenas são criticados pela sua hiperbolização inconsciente, mas pelo que significam no plano ético, no tempo e diante de um Outro que se vê sufocado em uma narrativa totalizante que o reduz a uma representação (“personalidade contrafática”, “inimigo”).³³⁷

Retomando assim a confrontação à racionalidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo, poderemos chegar a uma desconstrução desta figura em que o migrante hoje é adequado. Para isso precisamos regressar a estrutura da teoria e compreender que sua consistência e sistematização é totalmente baseada e surge a partir da existência da categoria “inimigo”. Ou seja, é a partir dessa categoria que o

³³⁵ NETO. 2012, p. 68.

³³⁶ NETO. 2012, p. 69.

³³⁷ NETO. 2012, p. 71.

mesmo pode ser reduzido a pó, pois ela se move segundo a ideia representacional do “outro”, à proporção que somente com “segurança cognitiva” se pode partilhar dos direitos na sociedade.³³⁸

Isso nos dá a chave para traçar um itinerário através dos elementos que compõem a arquitetura do Direito Penal do Inimigo: no primeiro aspecto temos a ordem, enquanto totalidade que quer homogeneizar, pelo medo, neutralizando as diversidades sob o argumento de eliminar “ervas-daninhas” do jardim funcional. No segundo, está a representação que expressa a substituição da unicidade do Outro, por uma imagem própria da mente, de um indivíduo que pretende subsumir nossa totalidade, consumando-se na metáfora do “assassinato”. Por fim, a esses suportes argumentativos que são os pressupostos de desencadeiam o discurso do Direito Penal do Inimigo, o terceiro aspecto, o da autoconservação.³³⁹

Isso significa dizer que há uma necessidade se investigar o fato de que, Jakobs defende que a norma deve garantir uma segurança cognitiva ao sujeito. Servindo-se da separação entre “ser” e “dever ser”, característica do pensamento Kantiano, o teórico alemão, diz que no plano da teoria, a princípio, não há conflito pela não confirmação da norma jurídica. Porém, no plano prático, isso geraria nas pessoas elevada preocupação com o próprio corpo, o que justificaria então medidas mais drásticas. Ou seja, a manutenção do próprio corpo exigiria, em contrapartida, a neutralização dos inimigos.³⁴⁰

Com isso o Direito Penal do Inimigo nada mais significa do que a pura tradução do individualismo contemporâneo, fazendo com o que o Direito Penal seja apenas uma ferramenta de eliminação do *estranho* interposto no caminho daqueles que só se preocupam com o próprio corpo. A aflição já não é mais a ideia retributiva como justiça da pena, e sim, a pura “neutralização” do Outro, o que acarreta no sentimento de que enquanto o neutralizado for este que não sou eu, posso me manter indiferente.³⁴¹

Estamos aqui no domínio dos direitos e deveres, não dos que a política administra e aspira governar, mas sim, aqueles com que a moral se relaciona, se preocupa e aspira codificar. A negação da moral em si parece não constituir mais a

³³⁸ NETO. 2012, p. 134.

³³⁹ NETO. 2012, p. 191.

³⁴⁰ NETO. 2012, p. 191-92

³⁴¹ NETO. 2012, p. 221-222.

pior das ameaças que assombram os padrões éticos sobre os quais nossa casa compartilhada nesse planeta em globalização está assentada, mas sim a deficiência de fontes e números que admitam propagar a futilidade das convicções morais e de sua observância.³⁴²

A mais assustadora e terrificante das múltiplas ameaças à moral situa-se em outro lugar: no território em expansão dissimulada, porém permanente e implacável, da “adiaforização”: a área das interrelações e interações humanas isentas da avaliação moral – e tratada na prática como “moralmente indiferente”, “além do bem e do mal”, sujeita apenas à apreciação por sua eficiência em “produzir resultado”.³⁴³

Partindo das descrições fornecidas por Emmanuel Levinas, Zygmunt Bauman, em *Estranhos à nossa porta*, aponta que, numa posição mais partidária (e radical), quando na disputa entre moral e ontologia (quer dizer, o pressuposto domínio das preocupações e da administração políticas), dá-se prioridade, não indiscriminada e incondicional, à ética. Com isso, a ontologia (condição existencial humana, que compreende a sociedade, objeto da administração política) é que necessita (tem de, é obrigada a, se incumbe de) se sujeitar à avaliação e ao julgamento da ética – e não o inverso.³⁴⁴

O que ocorre na atualidade – em uma destacada oposição ao espaço, em permanente expansão, da mutualidade humana – é a contração do domínio das obrigações morais que poderíamos reconhecer, de qual responsabilidade podemos assumir e aceitar como o instrumento de nossa atenção e ações corretivas, cotidianas. Não apenas durante momentos determinados de festividades que celebram a solidariedade humana e tem curta duração, desencadeadas por conta das tragédias sucessivas e espetaculares apresentadas pela mídia de quando em quando, que mostram a realidade da interminável saga dos migrantes.³⁴⁵

O problema está no decurso prolongado do tempo que separam esses eventos morais de solidariedade, pois temos a tendência a viver num mundo distintamente separado, em expressão de irreversibilidade, entre “nós” e “eles”. Uma negação que não demanda uma “negação moral em si”, longe disso, diariamente, e

³⁴² BAUMAN. 2017, p. 78.

³⁴³ BAUMAN. 2017, p. 78.

³⁴⁴ BAUMAN. 2017, p. 76.

³⁴⁵ BAUMAN. 2017, p. 79.

em densa escala, nos apresenta uma brecha que gera esforços exaltados para colocar impulsos morais – nunca findos, porém adormecidos na grande maioria do tempo – à disposição da divisão e do antagonismo social e político.³⁴⁶

Assim, conforme propusemos ao longo deste tópico, a desconstrução do Direito Penal do Inimigo passa seguramente pelo resgate da moral e da ética em si.

Em um tópico especial de seus estudos, Moysés Pinto Neto, trabalhando com algumas leituras de grandes pensadores e nos apresenta a hospitalidade como o ponto principal para transpormos a ordem da crueldade racionalizada.

Assim, o que exporemos nos próximos parágrafos é uma breve análise, deste autor, que para trabalhar o contexto da desconstrução da figura do inimigo, buscou em alguns pontos dos complexos estudos de Jacques Derrida e Emmanuel Levinas formas de contribuição para seu entendimento.

Neto trabalha com a desconstrução da teoria de Jakobs através do conceito de hospitalidade. Explica que devemos afastar a ideia de uma hospitalidade condicionada, e trabalhar, com o conceito de uma hospitalidade absoluta, aquela que acolhe, dá lugar, antes mesmo que o Outro possa se identificar. Antes mesmo que ele tenha seu lugar como sujeito, sujeito de direitos, com um nome e uma identidade.³⁴⁷ Seria esta assim, uma hospitalidade genuína.

A lei da hospitalidade condicional trava um conluio entre hospitalidade e o poder. Para receber, hospedar, quero ser, em primeiro lugar, senhor em casa. E, nesse caso, recebo quem desejo. O estrangeiro é definido como indesejável, virtualmente *inimigo*; quem quer que “pisoteie meu *chez-moi*, minha ipseidade, minha soberania de hospedeiro. Assim, no sentido clássico, não existe hospitalidade sem senhorio, soberania de si para consigo, mas como não há hospitalidade se finitude, “a soberania só pode ser exercida filtrando-se, escolhendo-se, portanto, excluindo e praticando-se violência. [...] A inscrição da hospitalidade no direito pode ser, por isso, perversa e paradoxal. É essa hospitalidade condicional, perversível e paradoxal, que se rompe ao entrarmos na hospitalidade incondicional.³⁴⁸

Significa a possibilidade de um acolher incondicional, o dizer “sim” ao que chega, seja ele um estrangeiro, seja um imigrado, um convidado ou um visitante inesperado, seja ele um cidadão ou não de outro país, um ser humano, bicho ou

³⁴⁶ BAUMAN. 2017, p. 79.

³⁴⁷ NETO. 2012, p. 251-52.

³⁴⁸ NETO. 2012, p. 252-53.

celestial, um vivo ou um falecido, masculino ou feminino, por fim, o apelo do que manda sem comandar sobre a lei das leis, a lei da hospitalidade incondicional.³⁴⁹

Com as inovações de Jacques Derrida sobre as concepções de cosmopolitismo e hospitalidade, criaram-se paradigmas para o entendimento dessa hospitalidade, pois colocando-a na perspectiva do estudo de sua ética, aporias e das próprias cidades-refúgio, a incondicionalidade, entre outros aspetos³⁵⁰, que conseguiremos atingir o ponto fim para desconstrução da racionalidade do inimigo.

Assim, a ideia de hospitalidade incondicional ultrapassa as noções ordinárias ligadas às formas jurídicas e políticas, pois há uma transcendência inclusive à lógica da troca e do direito, sendo um salto absoluto para além do saber e do poder, da norma e da regra, portanto, a condição de viabilidade do mundo ético e político.³⁵¹

Na prática, representaria uma forma de irresignação contra toda e qualquer política que impõe exigências ou simplesmente excluem os que se colocam como estrangeiros. Essa ideia da hospitalidade não se dá de forma casual, vez que os grandes problemas da humanidade moderna dizem respeito às políticas de migração³⁵² que aqui queremos debater, através da investigação das racionalidades presentes nas atuais estruturas de direitos contemporâneas.

O Direito Penal do Inimigo é a antítese simétrica da política de hospitalidade, no qual o Outro, ao invés de ser recebido como Outro, é precisamente excluído por isso. É a proposta de institucionalização de um Estado não apenas com a pretensão – tão robustecida pelos discursos iluministas – da neutralidade ética, mas de um Estado antiético. Eliminar a diferença – ainda que uma diferença hostil – sob pretexto de manutenção da funcionalidade do sistema é a síntese da pretensão de Totalidade que, como Levinas percebe, jamais se instaura. No momento em que está colocada a interioridade, está-se diante de um momento de decisão em que é possível romper a Totalidade, subvertendo a ordem para reconhecer e acolher a transcendência.³⁵³

Isso significa dizer que pensar a hospitalidade enquanto política, seria ouvir e não somente falar sobre uma marginalidade que causa traumas, irrupções insuportáveis e violentas de disparidade ao que se recusam a se abrir ao Outro. A hospitalidade quer dizer, enquanto metáfora política de não-indiferença, o

³⁴⁹ NETO. 2012, p. 254.

³⁵⁰ FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. *Derrida e a Ética: hospitalidade e relações internacionais*. Projeto de Pesquisa de Pós-doutorado. 2015, p. 06.

³⁵¹ FERREIRA. 2015, p. 06

³⁵² NETO. 2012, p. 255-56.

³⁵³ NETO. 2012, p. 257.

reconhecimento de um *direito à visitação*, o direito aos que são atingidos pelo Poder Punitivo de usufruírem dos mesmos direitos e garantias dos que seriam os presumidos “donos da casa”. Donos que, conforme o entendimento de Levinas, perceberão que toda a residência é terra de asilo, todo aquele que se hospeda é um estrangeiro na sua própria casa, e toda forma de “senhorio”, é uma liberdade, no entanto, arbitrária.³⁵⁴

Assim, o direito à *hospitalidade*, colocado em sua extrema lógica, significa a ruptura com o modo usual de compreensão e respeito a determinadas prerrogativas soberanas. Com esse direito, afirma-se simplesmente que não é legítimo a um país deportar indivíduos, por exemplo, recém-chegados de outros territórios. E não se refere somente dos refugiados políticos, perseguidos, etc., trata-se aqui de todo e qualquer ser humano, o direito que qualquer imigrante tem de ir e vir, e estar em outro país.³⁵⁵

Dessa forma, para permitirmos uma construção com base na inteligência da hospitalidade incondicional, precisamos apontar para o positivismo Kelseniano³⁵⁶ e observar também sua ingenuidade jurídica. Isso porque, ela nos mantém distantes do intervalo que desliga lei e força de lei, e não nos permite dar o passo inicial para o combate do estado de exceção na excepcionalidade do concreto. Ou seja, é necessário sair dos mundos metafísicos do Direito, carregados de pressupostos “óbvios” que em nada são neutros e, atravessar o itinerário da “verdade acre” de que fala Nietzsche. Ou seja, a verdade que não diz respeito aos códigos jurídicos, mas ao estado de exceção que estamos inseridos. Mesclando o dentro e o fora do texto jurídico é que partiremos para a desconstrução. É percorrendo este caminho que estaremos transformando o Direito Penal do Inimigo, que é nossa atual realidade, em um Direito Penal de justiça, que só se averigua a partir da unicidade do Outro que ali está envolvido.³⁵⁷

Isso nos permitiria contaminar o Direito Penal do Inimigo, sua formulação asséptica, lógica e contínua com a complexidade e a concretude que foge dos gráficos lógico-abstratos pretendentes a desaparecer com a vida pulsante, pelo uso

³⁵⁴ NETO. 2012, p. 258.

³⁵⁵ FERREIRA, 2015, p. 07.

³⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³⁵⁷ NETO. 2012, p. 260.

de artifícios sistêmicos e conceituais, que deve ser irreduzível à racionalidade. O paradoxo de Emmanuel Levinas e Jacques Derrida pretende, assim, mostrar que também com uma racionalidade, porém de outra ordem, que reconhece o vácuo entre conceito e realidade, e admite a “infinitude” do Outro ante aos esquemas intelectuais³⁵⁸ é que seremos capazes de combater as atuais racionalidades que estão a entregar toda nossa realidade para a produção de uma necropolítica, que não precisa sequer se justificar perante os ordenamentos modernos. Ordenamentos que, frisa-se, possuem como base a proteção e garantia dos Direitos Humanos.

Assim, pensar uma ética do panorama do encontro. Desfazer a racionalidade que se alimenta pela raiz moderna instigada pelas inseguranças cotidianas típicas da nossa era: o medo do *encontro* (com o outro), nos permitiria recusar os artifícios e armadilhas que procuram “amenizar” o impacto e o choque da alteridade própria e inapreensível desse legítimo contato.³⁵⁹

Isso fará com que o Outro deixe de ser uma realidade inapreensível diante de nós. Permitirá um encontro livre de amarras, com um diálogo não instrumentado, que não se submete a representações racionais, fruto de teorias amenizantes, provocando, assim, o devido “trauma” e a perturbação.³⁶⁰

Tais hipóteses nos levam a outra conclusão. Com a troca de racionalidade também deveremos nos deparar com uma nova perspectiva que nos fará assumir que a ordem estatal não rejeita a(s) barbárie(s), em essência, mas, sobretudo, as legítimas. Isso transformará completamente o formato de pensamento e análise atual. A visão de “estado” passará de níveis de problematização que colidem no limite máximo de uma verificação de “mal necessário”, em entendimento “crítico”, para um verdadeiro questionamento de suas legitimidades e raios de atuação.³⁶¹

O “medo” é a atual síntese de uma exteriorização cultural que dá início a transformações e se fixa de uma forma hegemônica de elaboração de políticas. Visualizar uma forma nova à própria ordem jurídica, é entender que talvez precisemos coexistir com a traumática opção de se compreender que a adoção de um modelo contratual que possua a racionalidade que o Direito Penal do Inimigo

³⁵⁸ NETO. 2012, p. 261.

³⁵⁹ DIVAN, Gabriel. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 518.

³⁶⁰ NETO. 2012, p. 183.

³⁶¹ DIVAN. 2015, p. 516.

exprime, por exemplo, é justificar o controle estatal a partir de pressupostos totalmente carentes de revisão.³⁶²

O estudo desenvolvido utilizou do exemplo da migração, como um caso específico em que é notória a condução por racionalidade inicialmente biopolítica, mas que facilmente caminha para uma realidade de produção da necropolítica. Fazendo uso do aparelho jurídico esse formato de racionalidade se instituiu em relação ao “diferente”, aquele que por assim ser, já é o inimigo, e se encaixou perfeitamente na figura do migrante atual.

Porém, não podemos aceitar, pelo medo de uma proteção fraca, que se governe e eduque uma sociedade de sujeitos orgulhosos de ter uma vida capsular e que não tenham a capacidade de exercer qualquer tipo de tolerância ou vivenciar qualquer forma de abalo em sua ordem básica e prometida de direitos e interesses. A *expansão* do Direito Penal trabalha, nesse enfoque, como uma máquina de limitar diálogos, confrontos positivos, alternativas e descobertas. Diante de uma regularidade que visa tudo envolver, e não considera nenhum tipo de controvérsia como externa à sua competência, engessam-se vários elementos da vida em si e paralisam-se todos os ambientes de trocas culturais.³⁶³

Assim, a pesquisa quis desde o princípio demonstrar como as políticas-criminais atuais estão subvertidas, dentro de sua relação com as dimensões do poder, e hoje não passam de armas biopolíticas para a concretização de uma necropolítica, perfeitamente visível na realidade dos fluxos migratórios.

A ficção do “contrato social” mascara a existência de uma realidade de exercício, conservação e dinâmica de poder que não se coaduna em *estilo* adotado com a racionalidade das bases políticas mansamente aceitas. É preciso que se investigue os contornos reais de uma “vivência” estatal que fora mal interpretada – ou dissimulada – no sentido de que a verdade crua da hipótese *hobbesiana* nada mais é do que a constatação de que o “*Estado de natureza*” não é nem pode ser um momento hipotético verificado antes da constituição da “cidade” enquanto si própria, mas o é *nela e com ela*.³⁶⁴

Dessa forma, não se objetiva a proposição de uma situação jurídica relevadora e solucionadora de toda a problemática da migração, mas sim a análise e

³⁶² DIVAN. 2015, p. 514-515.

³⁶³ DIVAN. 2015, p. 525.

³⁶⁴ DIVAN. 2015, p. 514-515.

questionamento do que está por trás da incapacidade jurídica e a do descompasso que se criou ao confiar ao Direito a tarefa de proteger a vida.

Verificamos que o Direito está contaminado por uma racionalidade violenta que aceita a descartabilidade e aniquilação de indivíduos e todos compactuamos com esse formato de gestão.

Em uma análise geral, é possível dizer que se as políticas criminais e não só as que trabalham o cenário da migração, essa realidade somente se reverteria se as mesmas tivessem um ponto de vista macroscópico. Pois aí elas englobariam não apenas o composto legislativo, prático e teórico que responde pelo sistema jurídico-penal, mas sim, toda e qualquer atitude oficializada do estado que busque (em maior ou menor medida) a gestão de relações, interesses e conflitos sociais que tenham ligação frontal ou mediamente prevista como uma pertinência penal.³⁶⁵

Talvez assim, poderíamos caminhar para uma mudança da racionalidade extrema que gere as atuais políticas globais e afastaríamos a necropolítica de seus fins. Isso permitiria a derrubada dos incontáveis discursos que hoje tornam o próprio direito um instrumento do poder e engrenagem para eliminação de vidas.

³⁶⁵ DIVAN. 2015, p. 539.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa sugerida, puderam-se observar alguns pontos específicos que nos direcionaram a uma determinada conclusão dentro da proposta de hipótese inicialmente apresentada.

Após ter sido lançado o questionamento sobre se seria o Direito capaz de, com base em suas premissas de garantias fundamentais, afastar a racionalidade de teorias como a do Direito Penal do Inimigo dos atuais formatos de gestão governamentais, percebeu-se que responder a essa hipótese nos daria a oportunidade de voltar ou não a confiar ao direito, sua maior tarefa, a de proteção da vida.

Expostas algumas das principais características da migração no século XXI, concluiu-se que, de fato, a migração é um fenômeno social, histórico e geograficamente inevitável. Faz parte da própria conduta humana enquanto corpo social.

Com um cenário de mundo com diversos focos de conflitos e deficitário em grande parte de seus territórios no que tange ao alcance das condições básicas de subsistência aos povos, o fluxo de pessoas é algo que naturalmente ocorre e continuará ocorrendo.

O problema se concentra no fato de que, com a autoridade soberana em declínio, os Estados estão dando lugar a uma hegemonia supranacional de soberania. Isso gera um cenário de guerra global e proporciona o aumento das políticas de violência, que colocam as nações sob uma realidade de um constante e interminável estado de guerra.

Com isso os Estados passam a recrudescer seus sistemas penais e, sem qualquer preocupação, relativizam garantias e direitos fundamentais daqueles que consideram os indesejáveis a seus ordenamentos.

Isso nos remete ao tratamento legal dado ao controle da migração irregular, que cada vez mais é pautada em medidas penais, estigmatizando o indivíduo que migra, assimilando-o a diversas formas de criminalidade. Com isso o próprio processo de construção social determina o migrante como o delinquente que deve ser alvo de sanções legais, políticas, “shows” midiáticos e todas as formas de

discursos racistas, xenófobos e nacionalistas possíveis.

Essa realidade nos permitiu seguir no estudo, direcionando-o para uma busca sobre como a racionalidade que induz a produz da necropolítica, hoje se adapta perfeitamente à figura do migrante e demonstra a evidente utilização do aparelho jurídico-estatal para se instituir em relação ao “diferente”, ao “inimigo” que se precisa combater.

Por isso se destaca o estudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo na presente investigação. É necessário se compreender que esta teoria está a aparecer não como um símbolo de todo esse contexto que defende a exclusão e supressão de pessoas, mas sim, como uma corrente sensível a ele. Mesmo que com uma lógica racional-abstrata plausível, a tese de Jakobs acaba tendo seu desenvolvimento transformado no principal veículo de uma racionalidade de violência extrema que vai aplicada nas mais diversas formas de administração governamentais mundo afora.

Isso significa, que diferentemente do que propusemos como hipótese inicial, o direito não é o bastante para provocar a desconstrução de tal racionalidade. Isso porque, em seu formato atual, está sendo justamente seu maior facilitador. Ao relativizar os bens jurídicos a que deve proteção, o Direito autorizou a instauração de brechas nos ordenamentos em que tal racionalidade se instala e lá a deixa gerir todos os ditos “indesejáveis”, os “diferentes” dos quais não queremos sequer a aproximação.

O trabalho quis, assim, justamente observar como os preceitos da biopolítica que têm levado o direito à produção de uma necropolítica, adentram na esfera jurídica através de discursos que se escoram em teses como a de Jakobs.

Com isso observou-se também, com base nas exposições de Moysés Pinto Neto, que tal racionalidade só se constrói ao passo que se permite a criação da figura de um “inimigo”, motivo pelo qual devemos combater sua existência através da prática de uma hospitalidade incondicionada, onde o outro não causa medo e não é o estranho que deve ser combatido pelo sistema, principalmente penal.

Somente aí poderemos afastar-nos das promessas políticas que utilizam o discurso de endurecimento da legislação criminal como forma de prover a segurança, para fazermos prevalecer a realidade de que o direito penal não tem o dever de proteger coisas que não estão no seu patamar de *ultima ratio*. Ou seja, é

necessário que o ser humano enfrente o desconhecido e reaja de forma natural, como já o fez em diversos momentos da história, para conviver com seus semelhantes e fazer prevalecer, sobretudo, o real significado da proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACNUR (UNHCR). **Desperate Journeys** – January to March 2018. Disponível em: https://data2.unhcr.org/en/documents/details/63039#_ga=2.235217601.1586409827.1532713518-1200744651.1532273589. Acesso em 22.07.2018.

ACNUR. **Refugiados**. Brasil. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em 21.07.2018.

ACNUR. **Situação no Mediterrâneo** – disponível em: <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>. Acesso em 22.07.2018.

AGAMBEN, Giorgio. **Means Without Ends: notes on politics**. 2000, p. 51
Disponível em: https://monoskop.org/images/3/3c/Agamben_Giorgio_Means_without_end_notes_on_politics_2000.pdf

AGAMBEN, Giorgio. **O Estado de Exceção como paradigma de governo**. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua** I. 2. ed. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição: ostentação do horror**. 3 ed. ver. e ampl. Florianópolis – SC: Empório do Direito, 2017, p. 55.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda e NETO, Orlando Faccini. **O Bem jurídico penal. Duas visões sobre a legitimação do Direito penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 18.

BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução Mauro Gama *et alii*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 03, p. 411-436, São Paulo: 2008, p. 412.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **RBCCrim - Revista IBCCRIM**. São Paulo: nº 66 / 2007, p. 322.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial. In: SHECAIRA, Sergio Salomao. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001, p. 156.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 66.

CONARE. **Refúgio em números**. Relatório 2018. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 22.07.2018.

DIVAN, Gabriel. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre, RS: Elegância Juris, 2015, p. 518.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. **Derrida e a Ética: hospitalidade e relações internacionais**. Projeto de Pesquisa de Pós-doutorado. 2015, p. 06.

FOUCAULT, Michel. O nascimento da medicina social. In. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003, p. 79-98.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade**

contemporânea. Revan: São Paulo. 2017, p. 67.

GORENDER, Jacob. Apresentação. In: MARX, Karl. **O capital.** P. 34

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 12ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p 03-57

GUIA, Maria João. **Imigração e criminalidade:** caleidoscópio de imigrantes reclusos. Coimbra: Almedina, 2008.

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

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. Da Biopolítica à Necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. **Sapere aude** – Belo Horizonte, v. 7 – n. 12, p. 194-210, Jan./Jun. 2016, p. 195.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo.** Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís. **Direito penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p, 115, p. 31-32.

JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José - Coordenação. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Org e trad. André Luis Callegari; Neureu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni e LAZARI, Rafael José Nadim de. Sistema penal funcionalista e direito penal do inimigo. In: **Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito.** UFRGS, v. 12, n. 1, 2017, p. 387.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KINGSLEY, Patrick. “O que causou a crise dos refugiados? Você perguntou ao Google - aqui está a resposta”. **The guardian.** Edição internacional. Dez., 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/09/what-caused-the-refugee-crisis-google>. Acesso em 22.07.2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003,

LAURIS, Élida. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória do acesso à justiça. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1., 412-454. 2015, p. 431.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboços de uma teoria geral**. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. 2016, p. 460.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito Penal do Inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.9, n.34, p.69-92. 2015, p. 04.

MARINUCCI, Roberto e MILESI, Rosita. **Migrações Internacionais Contemporâneas**. 2005. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/143-migracoes-internacionais-contemporaneas>. Acesso em 13.06.2018, às 14:21.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência*. Florianópolis, n. 71, p. 177-196, dez. 2015.

MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizade**. Tradução Marta Lança. 1ª ed. Portugal: Antígona, 2017.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Tradução: Renata Santini. São Paulo: N-1 edições. 2018, p. 11.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 137.

MIGUEL, Elcio Cardozo. A biopolítica e o Estado de Exceção na conjuntura brasileira do século XXI: o caso das upps e o tráfico de drogas. In: **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 136-150. Jul/dez. 2015, p. 141.

NARDELLI, Alberto. "A mídia precisa dizer a verdade sobre a migração e não vender mitos". **The guardian**. Edição internacional. Dez., 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/dec/11/the-media-needs-to-tell-the-truth-on-migration-not-peddle-myths>. Acesso em 22.07.2018.

NETO, Moysés da Fountoura Pinto. **Da exclusão ao inimigo: o Direito Penal do Inimigo enquanto estratégia de engenharia social contemporânea**. Disponível em: <http://sociologiajuricadotnet.wordpress.com/da-exclusao-ao-inimigo-o-direito-penal-do-inimigo-enquanto-estrategia-de-engenharia-social-contemporanea>. Acesso em 19 abril 2017.

NETO, Moysés da Fountoura Pinto. **O Rosto do Inimigo - Um Convite À Desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2012.

O'MALLEY, Pat. **Criminologia e Governamentabilidade**. Organizadores: Ricardo Jacobsen Gloeckner, Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 37.

PASOLD, Cesar. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015,

PAVIANI, Jayme. **Globalização e humanismo latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

PEREIRA, Camila Bonafini. **Direito Penal de Emergência e a base constitucional do sistema jurídico penal e processual penal**. Conteúdo Jurídico , v. 858, p. 16-36, 2018, p. 02.

PROGRAMA DAS NACOES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Informes sobre el desarrollo humano, 2009**. Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos. Nova Iorque, 2009.

REGHELIN, Elisângela Melo. Entre terroristas e inimigos... **RBCCrím - Revista IBCCRIM**. São Paulo: nº 66 / 2007, p. 284.

RUBIO, Davi Sánchez. A imigração e o tráfico de pessoas. **Revista da Faculdade de Direito UFG**. Sevilha. v. 39, n. 1, p. 13-51. Jan/jun. 2015.

RUIZ, Castor M. M. Bartolome. Banalização biopolítica de uma violência radical. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. São Paulo. n. 28, p. 51-70. 2016.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SCHMITT, Paula Helena. Espaços de Exceção / a produção biopolítica do medo e do inimigo. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Biopolíticas**. Curitiba: IEA Academia, 2015. 436p. 223-240, p. 225.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. **Emergência Penal e Garantias do Estado Constitucional de Direito: Estudo sobre uma insuperável contradição à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Dissertação em Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017, p. 07

TEDESCO, João Carlos. **Imigração e integração cultural: interfaces: Brasileiros em Verona – Itália**. Passo Fundo: UPF, 2003.

TEDESCO, João Carlos. **Entre raízes e rotas: identidades e culturas em movimento: aspectos da imigração brasileira na Itália**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais : brasileiros na Itália**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2010.

TEDESCO, João Carlos. **Imigração e integração cultural**: interfaces : brasileiros na região de Vêneto - Itália. 2. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência: a gramática dos imigrantes como “sujeitos de risco” e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem**. 2014. 276 p. Tese em doutorado (Tese em Direito Público) UNISINOS. São Leopoldo, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um Direito Penal do autor. In: CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45-88.