

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

**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**

SÃO LEOPOLDO

2014

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

**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**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

São Leopoldo (RS)

2014

W489p 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 / Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – 2014.
271 f. ; 30cm.
Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.
Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

1. Direito penal. 2. Imigração - Espanha. 3. Imigração - Brasil. 4. Biopolítica. 5. Estado de exceção. 6. Profanação. I. Título. II. Callegari, André Luís.

CDU343

À minha mãe...

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, pelas palavras de incentivo e pela compreensão diante das ausências.

Aos amigos conquistados no curso desta jornada, por terem-na tornado mais agradável, em especial ao Marcelo Oliveira de Moura e à Bárbara Costa.

Ao Paulo Favarin, pela motivação incansável.

Ao meu orientador, Dr. André Luís Callegari, pela compreensão, disposição, amizade e sabedoria, bem como pela fé depositada em meu trabalho.

À Vera Loebens, pelo tratamento atencioso sempre que necessário.

À UNISINOS, por ter viabilizado a realização do doutoramento.

A todos aqueles que acreditaram no meu sonho e me ajudaram, de uma forma ou de outra, a conquistá-lo.

“Comunidade. Somos cinco amigos, certa vez saímos um atrás do outro de uma casa, logo de início saiu o primeiro e se pôs ao lado do portão da rua, depois saiu o segundo, ou melhor: deslizou leve como uma bolinha de mercúrio, pela porta, e se colocou não muito distante do primeiro, depois o terceiro, em seguida o quarto e depois o quinto. No fim estávamos formando todos uma fila, em pé. As pessoas voltaram a atenção para nós, apontaram-nos e disseram: “os cinco acabam de sair daquela casa”. Desde então vivemos juntos; seria uma vida pacífica se um sexto não se imiscuísse sempre. Ele não nos faz nada mas nos aborrece, e isso basta: por que é que ele se intromete à força onde não querem saber dele? Não o conhecemos e não queremos saber dele. Nós cinco também não nos conhecíamos antes e, se quiserem, ainda agora não nos conhecemos um ao outro; mas o que entre nós cinco é tolerado não o é com o sexto. Além do mais somos cinco e não queremos ser seis. E se é que este estar junto constante tem algum sentido, para nós cinco não tem, mas agora já estamos reunidos e vamos ficar assim; não queremos, porém, uma união justamente com base nas nossas experiências. Mas como é possível tornar isso claro ao sexto? Longas explicações significariam, em nosso círculo, quase uma acolhida, por isso preferimos não explicar nada e não o acolhemos. Por mais que ele torça os lábios, nós o repelimos com o cotovelo; no entanto, por mais que o afastemos, ele volta sempre.”

(KAFKA, Franz. **Narrativas do espólio**. São Paulo: Cia das Letras, 2002)

RESUMO

O Direito Penal, eleito como instrumento privilegiado para o enfrentamento à imigração irregular por parte dos países nos quais esse fenômeno é mais evidente – destacando-se, na presente pesquisa, o caso da Espanha –, vivencia um momento de expansão, que decorre de um sentimento de “mixofobia” ou “medo de misturar-se” oriundo da construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco”. Essa “rotulação” decorre de alguns fatores principais como: a crise do modelo de Estado de bem-estar, que transforma os imigrantes em “parasitas” dos benefícios sociais destinados aos autóctones, a influência da mídia de massa na criação de pânico/alarma social a respeito de determinados temas relacionados à segurança, e os reflexos desses discursos midiáticos na política, particularmente após os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos no início deste milênio.

Isso permite afirmar que o Direito Penal espanhol, que se expande em termos *quantitativos* para responder com eficácia aos novos problemas sociais da contemporaneidade – dentre os quais a questão da imigração irregular assume cada vez mais relevância – experimenta um movimento de retrocesso *qualitativo*, uma vez que assume traços ínsitos a um modelo de Direito Penal de autor, assentado em medidas punitivas de cunho altamente repressivista e segregacionista voltadas aos imigrantes, o que resta evidenciado pela proliferação de tipos penais que preconizam a exclusão (expulsão) desse público-alvo em detrimento da sua integração, bem como pelos delitos de solidariedade. A obra de Michel Foucault e Giorgio Agamben, nesse rumo, é utilizada para a compreensão de como a vida do imigrante – particularmente aqueles que se encontram em situação irregular – se converte em *vida nua* em um ambiente biopolítico no qual o estado de exceção se converte em paradigma dominante de governo.

Essa análise visa a compreender os (des)caminhos das políticas migratórias brasileiras. O Brasil, ao se consolidar como uma das mais importantes economias mundiais, passa a atrair a atenção dos estrangeiros – particularmente em virtude do cerramento das fronteiras europeias. No entanto, situações recentes envolvendo a imigração no país demonstram que o país também vem adotando nesse setor uma política securitarista e autoritária, responsável pela transformação do migrante em *homo sacer*. Nesse rumo, a experiência espanhola pode servir como paradigma “negativo” para a compreensão do tema da imigração no Brasil, de forma a evitar influências derivadas do modelo gestado a partir da mixofobia. Nesse rumo, questiona-se se a lógica dos direitos humanos que subjaz à construção dos Estados Democráticos de Direito e dos marcos regulatórios minuciosos acerca do tema da imigração funcionam efetivamente ou se são, reflexamente, a principal fonte da produção de *vida nua*. A proposta de profanação agambeniana é então colocada como condição de possibilidade para uma nova perspectiva de análise da questão.

Palavras-chave: Imigração. Direito Penal. Biopolítica. Estado de exceção. Profanação.

ABSTRACT

The Penal Law, elected as a privileged instrument to deal with the irregular immigration on the part of countries in which such phenomenon is more evident –in the present research, the case of Spain is highlighted - , which experiences a moment of expansion, that derives from a “mix phobia” or fear of getting mixed originated from the construction of illegal immigrants as “subjects of risk”. This stereotype comes from some main factors like: the crisis on the Estate model of welfare, which transforms the immigrants into “parasites” of the social benefits designated to the autochthons, the influence of the mass media on creating the social panic regarding some topics related to security, and the reflexes of the discourse of the media in politics, particularly after the terrorist attacks occurred in large urban centers in the beginning of the millennium.

It allows the affirmation that the Spanish Penal Law, that expands itself in terms of quantity to respond effectively to the new social problems of today – among which, the matter of irregular immigration assumes more and more relevance – faces a backward movement in terms of quality, once it assumes trends strongly connected to a model of Penal Law of author, based on punitive measures highly reprimanding and segregationist towards the immigrants, leaving as evidence by the diffusion of penal types that argue in favor of the exclusion (deportation) of this target audience instead of its integration , as well as by the lack of solidarity. The work of Michel Foucault and Giorgio Agamben, in this direction, is used for comprehending how the life of the immigrant - particularly those that find themselves in irregular situation – converts itself in “naked” life in a biopolitical environment in which the state of exception becomes the dominant paradigm of govern.

This analysis aims at understanding the (mis)conceptions of Brazilian migratory policies. Brazil, as one of the most important economies in the world, starts attracting the attention of the foreigners – especially due to the closed European frontiers. However, recent situations involving immigration in Brazilian territory show that the country has been adopting an authoritarian safety policy, responsible for changing the immigrant into *homo sacer*. In this sense, the Spanish experience can work as a “negative” parameter for the comprehension of the theme of immigration in Brazil, so that, influences coming from a model of mix phobia can be avoided. Still, it is questioned if the logic of human rights subjacent to the construction of the Democratic Estates of Law and the detailed regulatory marks related to the topic of immigration effectively work, or if they reflect the main source for producing the naked life. The proposal of agambenian profanation is then brought as a condition to the possibility for a new perspective of analysis of the matter.

Key-words: Immigration. Penal Law. Biopolitics. Estate of exception. Profanation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A EXCEÇÃO COMO REGRA: a produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência no estado de “guerra global”.....	25
1.1 O combate ao terrorismo no estado de “guerra global” e a produção da vida nua.....	28
1.2 Os contornos biopolíticos da produção da vida nua e a expansão do Direito Penal.....	52
1.3 A nova <i>doxa</i> punitiva decorrente do processo de expansão do Direito Penal: do Direito Penal do Inimigo ao controle biopolítico dos excessos no contexto de desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social.....	78
2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE À IMIGRAÇÃO IRREGULAR NA ESPANHA COMO RETROCESSO RUMO A UM MODELO DE DIREITO PENAL DE AUTOR.....	113
2.1 Os fenômenos migratórios na Espanha: as condicionantes econômicas e a construção dos imigrantes irregulares enquanto “sujeitos de risco”.....	116
2.2 O Direito Penal espanhol em face da imigração como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor: a mixofobia e a consagração de um modelo biopolítico de exceção.....	152
3 O TRATAMENTO DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL: a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem.....	190
3.1 Os padrões migratórios no Brasil e os paradigmas orientadores da legislação brasileira sobre o tema: o problema da gestão da imigração a partir da lógica da “segurança nacional”.....	193
3.2 A profanação como condição de possibilidade para arrostar a mixofobia: em busca da comunidade que vem.....	225
CONCLUSÕES.....	250
REFERÊNCIAS.....	257

INTRODUÇÃO

A temática da “imigração” assume, na contemporaneidade, papel de destaque nas discussões dos mais diversos campos do saber. No âmbito jurídico, particularmente, a questão suscita acalorados debates, talvez, em parte, pelo fato de que os fenômenos migratórios colocam em xeque uma série de teses, concepções, conceitos e práticas que historicamente foram se acumulando na construção do edifício do “Estado Democrático de Direito”. Isso quando não provocam a constatação da sua ruína – total ou parcial.

Nesse sentido, a pesquisa que deu origem à presente tese partiu da formulação do seguinte problema: “De que maneira a construção dos imigrantes irregulares como ‘sujeitos de risco’ e a consequente mixofobia em relação a eles contribui para a criação/ instrumentalização – no que diz respeito ao controle dos fluxos migratórios na Espanha – de um modelo de Direito Penal de autor que pode ser utilizado como paradigma para a regulamentação do tema no Brasil?”

O que preocupava o pesquisador, inicialmente, era a tensão que o tema das migrações provocava em um modelo de Direito Penal assentado sobre a lógica das garantias penais e processuais penais, especificamente em face da constatação de que, no que tange à imigração, é possível verificar, em âmbito mundial – e, no caso da presente pesquisa, particular e especialmente no caso da Espanha –, o surgimento de medidas punitivas em absoluta dissonância com o modelo de Direito Punitivo típico/característico de um Estado Democrático de Direito.

Como hipótese básica, ou seja, como resposta preliminar ao problema proposto, referiu-se, no âmbito do projeto de pesquisa, que as políticas de imigração dos países centrais europeus – notadamente no que diz respeito à realidade espanhola – assumem na contemporaneidade traços altamente repressivistas e excludentes, uma vez que assentadas em práticas que

priorizam o controle das fronteiras no sentido de sua “impermeabilização”, bem como na perseguição e expulsão dos imigrantes que eventualmente conseguem transpô-las de forma irregular. Por outro lado, os cidadãos autóctones que eventualmente auxiliam os imigrantes no seu intento, também são punidos por meio dos chamados “delitos de solidariedade”.

Afirmou-se, ainda, que este recrudescimento punitivo voltado ao controle dos fluxos migratórios decorre do fato de que a imigração é vista como uma “ameaça” diante do enxugamento do Estado de Bem-Estar Social e do conseqüente “parasitismo social” representado pelos imigrantes. Com efeito, o desmantelamento do *Welfare State* diante do assalto das políticas neoliberais é acompanhado pelo sentimento de que os seus resquícios são privilégios que os cidadãos autóctones precisam defender e, nesse intuito, os discursos xenofóbicos novamente entram em cena.

Além disso, ficou consignado na resposta preliminar ao problema suscitado no projeto de pesquisa que a insegurança e o medo que passam a caracterizar a vida nos grandes centros urbanos na contemporaneidade – particularmente em decorrência dos atentados terroristas ocorridos no início do milênio – são canalizados para determinados focos, em âmbitos concretos ou em grupos que, independentemente do fato de serem precursores de mais delinquência ou não, são temidos pela sociedade em razão da criação de estereótipos, notadamente a partir da influência dos meios de comunicação de massa. Nesse rumo, os imigrantes também passam a ser associados à megacriminalidade típica da sociedade do risco. A “potencialidade terrorista” representada pelo *alien* contribui, nesse sentido, para a construção de uma imagem distorcida – principalmente no que se refere aos imigrantes irregulares –, que reflete nas respostas institucionais aos fenômenos migratórios.

Partia-se, na pesquisa, da constatação de que a construção dos imigrantes irregulares enquanto “sujeitos de risco” é funcional, uma vez que os poderes de Estado, diante do fenômeno da globalização, já não podem mais agir com eficácia para aplacar a incerteza que permeia as relações sociais, razão pela qual “mudam seu foco” para objetos alcançáveis, ou seja, para aquilo que pelo menos lhes propicia uma demonstração de sua capacidade de manejo e controle. O objetivo das políticas migratórias restritivas assentadas na implementação de medidas penais repressivistas e segregacionistas, então, é

restabelecer a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em afrontar os “riscos” da contemporaneidade por meio do Direito Penal, ainda que à custa de legislações que cumpram com um papel meramente simbólico de “tranquilização”.

Já no início da pesquisa, entendia-se que essas práticas implementadas no controle dos fluxos migratórios servem para reforçar o ambiente social pautado pela “mixofobia” ou, em outras palavras, pelo “medo de misturar-se” com os imigrantes, razão pela qual a sua gestão cada vez mais 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 a imigração irregular, em detrimento da integração dessa população.

Como consequência desse panorama, assinalou-se que há um franco processo de expansão do Direito Penal, que é chamado a intervir nas questões atinentes à imigração, mais especificamente no que se refere ao controle dos fluxos migratórios. Afirmou-se, então, que, particularmente na realidade espanhola, assiste-se, hodiernamente, à construção de um modelo de Direito Penal de autor, visto que em muitos casos a condição pessoal de “ser” imigrante ilegal vem sendo, por si só, convertida em delito, ou então considerada enquanto causa de justificação de medidas punitivas mais drásticas que priorizam a neutralização do indivíduo, propiciando assim uma atuação do direito punitivo em clara afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Esse panorama – afirmou-se no projeto de pesquisa – impunha a reflexão sobre o estado d’arte da questão no Brasil. Em primeiro lugar, porque o país vem se consolidando como uma das economias mundiais mais importantes, e começa a atrair a atenção dos imigrantes. Em segundo lugar, porque o Brasil ainda não possui uma regulamentação jurídica adequada do tema, razão pela qual os imigrantes aqui residentes – em especial os que se encontram em situação irregular e sem qualificação suficiente para o mercado de trabalho – tem enfrentado uma política securitarista e autoritária – notadamente por meio da atuação da Polícia Federal – que se aproveita da margem discricionária que o “vácuo legislativo” acerca do tema proporciona.

Levou-se em consideração, para tanto, que o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) em vigor no país, além de anacrônico, demonstra muitos

pontos de incompatibilidade com o Texto Constitucional – até porque fundamentado em preocupações relativas à segurança nacional típicas do período em que o Brasil viveu sob regime ditatorial. Por outro lado, consignou-se que o Projeto de Lei nº 5.655/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados e que visa a substituir o Estatuto do Estrangeiro continua atrelado ao mesmo paradigma, ou seja, a uma concepção meramente utilitarista da imigração – condicionada a fatores econômicos – e, paralelamente, repressivista, ao partir do pressuposto de que, acima de tudo, é preciso defender os “interesses nacionais”.

Verificou-se que a inspiração da legislação brasileira tem sido o paradigma que coloca o imigrante em uma situação constante de suspeição, ou seja, como uma fonte potencial de riscos, criando situações de discriminação que violam o disposto no Texto Constitucional, particularmente no que se refere a um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV).

No projeto de pesquisa afirmou-se, então, que esse panorama aponta para a premência de um marco regulatório que responda adequadamente aos inúmeros problemas enfrentados pelos imigrantes, e que seja amparado no princípio de uma cidadania universal, aliada à proteção incondicional dos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Içadas as velas, era hora de partir. E o desenvolvimento da pesquisa levou o autor a oceanos profundos que, de certo modo, foram determinantes para uma mudança substancial da rota inicialmente traçada. Com efeito, o aprofundamento teórico de algumas questões – particularmente no que se refere ao estado de exceção e suas origens – fez com que os rumos do trabalho enveredassem para a busca de respostas situadas um pouco além do terreno “confortável”¹ da defesa incondicional dos direitos humanos e das instituições do Estado Democrático de Direito. E isso fica evidenciado quando da leitura da presente tese em cotejo com o projeto de pesquisa que a ela deu origem.

¹ Não se busca, com a utilização da expressão “confortável” desqualificar as pesquisas até então empreendidas nesse sentido, mas somente revelar que a perspectiva buscada na tese procura avançar no debate para além da lógica da defesa incondicional dos direitos humanos, refletindo sobre a temática pesquisada a partir de uma nova perspectiva.

Na construção da tese, optou-se por uma estrutura de três capítulos. No primeiro, busca-se a caracterização da contemporaneidade enquanto um tempo de guerra global, no qual a segurança surge e se consolida como paradigma de governo para administrar a “desordem” que foi implantada na agenda política mundial pelos eventos terroristas ocorridos no alvorecer do novo milênio.

A partir da análise da obra foucaultiana e agambeniana em relação à questão da biopolítica, ou seja, do movimento pelo qual, ao logo do século XIX, acontece uma espécie de “assunção da vida pelo poder” ou “estatização do biológico”, descortinou-se ao pesquisador um campo extremamente fértil para a compreensão de muitas questões relacionadas a essa temática. Isso porque a biopolítica representa justamente o movimento por meio do qual a vida passa a ser definitivamente inscrita nos cálculos do poder, que passa a ser exercido ao longo de todo o seu desenrolar.

Isso permitiu compreender uma nova perspectiva para a análise da questão afeta aos direitos humanos: na lógica desvelada pelos sobreditos autores, as declarações universais de direitos não podem ser compreendidas como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, mas sim em consonância com a função histórica que desempenham efetivamente na formação do moderno Estado-nação, qual seja, a passagem da soberania régia (de origem divina) à soberania nacional, tendo por função, portanto, assegurar a exceção da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do Antigo Regime.

Isso significa dizer que as declarações de direitos, ao mesmo tempo que podem ser compreendidas como instrumentos de garantia de direitos individuais e liberdades públicas, também podem ser vistas como instrumentos de resignificação e investimento político da vida nua no corpo do Estado-nação. Essas declarações possuem, por um lado, uma função emancipatória, mas, por outro, elas também integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder.

Essa nova perspectiva de análise das declarações de direitos permitiram compreender o *modus* pelo qual o Direito passou a permitir – em uma escala global – que a exceção se instaurasse nas incansáveis tentativas de administração da insegurança provocada pela “desordem”, admitindo que,

mesmo à luz de Constituições Democráticas, as maiores atrocidades contra o ser humano pudessem ser praticadas – utilizando-se, para tanto, o exemplo paradigmático da prisão de Guantánamo.

Em um segundo momento, fixado o marco teórico orientador da discussão, procura-se demonstrar como a exceção é produzida em relação à questão da imigração irregular no contexto espanhol. A escolha da realidade espanhola para discussão do tema se deu em razão do fato de que, naquele país, o Direito Penal assiste a um momento de franca expansão no que se refere ao tema da imigração, tensionando princípios e garantias constitucionais e estabelecendo, em relação aos migrantes em situação irregular, medidas de cunho altamente repressivista. Fica bastante clara na bibliografia apresentada na elaboração do segundo capítulo – nomeadamente no que tange aos espaços de discursividade jurídico-penal espanhol – a criação de uma espécie de “limbo” jurídico em relação aos imigrantes irregulares, ou seja, um espaço no qual, privados de direitos da cidadania, somente se afiguram como alvo de drásticas medidas punitivas, o que os transforma em exemplos privilegiados de *homo sacer* na contemporaneidade.

Estas constatações decorrem do fato de que a realidade espanhola revela uma compreensão da imigração a partir da lógica da mixofobia, que se origina da compreensão de que os imigrantes são os principais responsáveis pelo incremento dos gastos sociais e o debilitamento de alguns direitos sociais para os cidadãos nacionais. Esse fatores fazem com que a imigração seja construída socialmente enquanto um “risco” em face do qual é preciso, antes de qualquer coisa, defender-se.

A potencialidade terrorista dos imigrantes também é levada em consideração para a criação da mixofobia: a partir dos atentados ocorridos em 2004 em Madri – na esteira dos perpetrados em 2001 em Nova Iorque – o tema da imigração passou a ser explorado – principalmente pelos meios de comunicação de massa – como se os imigrantes fossem o principal fator de desintegração social. Nesse rumo, a associação constante dos imigrantes a situações de violência – conforme análise de inúmeras notícias veiculadas em periódicos espanhóis no segundo capítulo – os expõe ao público a partir de uma imagem estereotipada que impulsiona a população a propugnar por medidas cada vez mais severas no sentido de impedir que a “potencialidade”

se converta em situações concretas de perigo. Procura-se evidenciar, então, como a mixofobia se retroalimenta: quanto mais a lógica do afastamento e da segregação for utilizada, mais eficaz ela será.

Ainda, procura-se refletir sobre o fato de que a mixofobia alimenta a desconfiança em face do “estranho”, do “diferente”, impondo a necessidade constante de estabelecimento de um espaço de “segurança” que precisa ser delimitado em relação ao da insegurança, o que justifica, em grande medida, um dos objetivos precípuos da política migratória da Espanha: forçar os imigrantes a saírem do território nacional.

Nesse contexto, procura-se demonstrar que, ao Direito Penal espanhol gestado para o controle dos fluxos migratórios – particularmente no que se refere aos tipos previstos nos arts. 89, 270 e 318bis do Código Penal –, repugna não o ato delitivo em si, mas sim uma “forma de ser” específica do autor: sua condição de imigrante irregular. Este fato é que permite a relação com a discussão empreendida no primeiro capítulo, já que ela evidencia os contornos biopolíticos das medidas adotadas pelo Estado espanhol no controle dos fluxos migratórios.

Efetivamente, essas medidas não objetivam o controle do indivíduo concreto, mas a normalização do conjunto dos imigrantes – inclusive os regulares –, por meio da atemorização pelo exemplo e pela disseminação do medo da virtualidade da morte. Ou seja, o poder disciplina o *status* de quem não tem direitos de cidadania e se manifesta perante o Estado como um simples “corpo”. Como vida nua, portanto.

Em outras palavras: as leis excludentes que tratam da imigração na Espanha condenam boa parte dos imigrantes a uma situação de clandestinidade, contribuindo, assim, para a construção de uma categoria de seres humanos carentes de direitos e garantias, uma categoria de indivíduos sem direitos, mas submetidos constantemente a controle policial. Este movimento revela, então, o nexu originário entre direito e violência descortinado no primeiro capítulo, pois permite a compreensão de que os imigrantes são expostos às mais variadas formas de violação sem que possam invocar qualquer norma jurídica em sua defesa.

A análise do contexto espanhol viabiliza, no terceiro capítulo, a constatação de duas importantes questões. Em primeiro lugar, que o Brasil –

mesmo adotando uma retórica de acolhimento e garantia de direitos fundamentais dos migrantes – estabelece, no campo das políticas migratórias, medidas altamente seletivas e arbitrárias que não diferem em nada das práticas espanholas, situação agravada pela alta discricionariedade conferida às autoridades administrativas na gestão da imigração em decorrência do “vácuo legislativo” que se verifica sobre o assunto no país (essa análise levou em consideração principalmente a realidade de dois estratos de imigrantes residentes no país, quais sejam, os bolivianos e os haitianos). Em segundo lugar, aponta para a necessidade de se pensar alternativas para o tratamento da imigração que extrapolam os limites da defesa das instituições típicas do Estado Democrático de Direito.

Procura-se, ao final do trabalho, uma vez realizado o “dignóstico”, apontar o que vem depois dele. E se revela, então, bastante profícua a discussão estabelecida na obra agambeniana sobre a “comunidade que vem”, ou seja, um modelo de comunidade que supere a lógica soberana e as cesuras entre vida política (*bíos*) e vida matável (*zoé*) que lhe subjazem. Trata-se de um modelo isento de qualquer fator negativo no qual tudo passa a ser inclusão, pertencimento. Em última análise, trata-se de uma comunidade expropriada de todas as identidades para que possa se apropriar do pertencimento mesmo, ou seja, do pertencimento meramente existencial.

Em relação aos migrantes, isso significa o pensar de uma forma de considerá-los “tal qual são”, sem esperar que cumpram com esta ou aquela função no contexto de uma determinada sociedade. Em outras palavras: significa viabilizar que os migrantes sejam “potencialidades”.

A profanação, nesse sentido, é a categoria agambeniana apresentada como condição de possibilidade para que se revele a comunidade que vem, ou seja, para que haja uma reflexão sobre alternativas que signifiquem a resolução do nexo entre lei e vida, e, conseqüentemente, para a superação do bando soberano que aprisiona a vida no espaço da exceção.

Para a concretização da pesquisa, a metodologia de abordagem utilizada foi a *fenomenologia hermenêutica*. Sabendo-se que o método de abordagem visa a aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado, e atento à orientação metodológica que permeia parte das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito da

UNISINOS², cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta esta tese: o chamado “método” fenomenológico-hermenêutico (STEIN, 1979).

De acordo com esta metodologia, afirma-se que não se fará uma análise “externa” do tema pesquisado, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (ou seja, as suas descobertas e potencialidades). Este horizonte compreensivo foi o que se mostrou suficientemente fértil e adequado para a discussão da temática objeto desta investigação. Isso porque não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador: ele está no mundo onde os fenômenos migratórios – analisados na pesquisa – ocorrem. Aqui reside o significado do fenômeno.

Essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. A atribuição de sentido, que representa uma forma nova de construir a interpretação, se dá por meio da valorização da tradição e das experiências de vida já vivenciadas pelos pesquisadores e, num contexto maior, pela própria sociedade. A tradição é, nessa perspectiva, considerada como uma força vital inserida na cultura. Não é possível furtar-se à tradição ao realizar uma investigação científica: estamos sempre inseridos nela. O “modus operandi” filosófico gadameriano (2012) perpassa, portanto, pela recuperação e pelo resgate de ideias reprimidas e esquecidas. Desta forma, se tem a pré-compreensão – forjada no horizonte da tradição histórica de vida do ser humano, que ilumina a compreensão, a interpretação e a aplicação dos resultados da pesquisa científica, da qual esta tese é um produto.

Nesse rumo, convém salientar que, na hermenêutica filosófica “o todo da cultura humana deve ser compreendido como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude.” (STEIN, 2011, p. 23). Nesse rumo, a compreensão deixa de ser um conceito metodológico e passa a ser “a *forma originária de realização da pre-sença*, que

² O “método fenomenológico” aplicado ao Direito vem sendo desenvolvido no PPGD da UNISINOS, especialmente na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, de Lênio Luiz Streck (STRECK, 2009).

é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’.” (GADAMER, 2012, p. 347).

Logo, pode-se afirmar que compreender é o caráter original da própria vida humana. Ou, em outras palavras, pode-se dizer que todo compreender é, em última instância, um *compreender-se*. Como salienta Gadamer (2012, p. 349), “aquele que compreende projeta-se rumo a possibilidades de si mesmo.”

Isso representa uma absoluta ruptura do esquema sujeito-objeto típico da filosofia da consciência e seu “cogito”, dado que o compreender não é mais uma mera homogeneização entre o conhecedor e o conhecido sobre a qual se assentava o “método” das ciências do espírito³. A partir de então, passa-se a considerar que

a adequação de todo conhecedor ao conhecido não se baseia no fato de que ambos possuam o mesmo modo de ser, mas que recebam seu sentido da *especificidade* do modo de ser que é comum a ambos. E esta característica consiste em que nem o conhecedor e nem o conhecido estão simplesmente dados ‘onticamente’. Eles se dão ‘historicamente’, isto é, possuem o modo de ser da historicidade. (GADAMER, 2012, p. 350).

Em outras palavras, isso significa que só nos é possível fazer história na medida em que somos nós mesmos seres históricos. Logo, “a historicidade da pre-sença humana em toda a sua mobilidade do lembrar e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do passado em geral.” Assim, não existe compreensão ou interpretação que não implique “a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas ler ‘o que está aí’ e extrair das fontes ‘como realmente foi’.” (GADAMER, 2012, p. 350-351).

³ Nesse sentido, Côttes (2006, p. 281) menciona que “a hermenêutica gadameriana rejeita a pretensão de verdade contida no método científico porque entende que *a consciência subjetiva não é o fiat inaugural da empresa cognoscente. Quer dizer, não existe um cogito absoluto* ou uma razão transcendental que, instalados como princípios primeiros da inteligibilidade do mundo, ou declara “penso, logo existo”; ou estabelece a crítica aos limites da razão para, *a priori* da experiência, definir todas as condições de possibilidade do conhecer, do juízo estético ou do agir moralmente orientado. Para Gadamer, essas atitudes teóricas são insuficientes como fundamentos da inteligência compreensiva, pois, na medida em que desconhecem a historicidade da consciência e (pior ainda) ignoram o caráter histórico das suas próprias incursões epistêmicas, acabam promovendo uma fuga metafísica que imagina ser capaz de se despojar dos apelos da realidade e da tradição, desenraizando a consciência do mundo.”

Em linhas gerais, portanto, pode-se dizer que a contribuição da hermenêutica filosófica para a elaboração da presente tese foi demonstrar que as condições que tornam o pensamento possível não são autogerados, mas são estabelecidos bem antes de nos engajarmos em atos de introspecção, ou seja, que nós já estamos envolvidos no mundo bem antes de nos separarmos do mundo teoricamente para procurar entendê-lo filosoficamente. Quer dizer: “en nuestra relación con la tradición pertenecemos a una comunidad interpretativa que está continuamente en un proceso de formación y de cambio.” (ROLDÁN, 2012, p. 26). Não há, portanto, terminantemente, qualquer possibilidade de cisão entre sujeito e objeto.

Com isso, desafia-se o “mito do dado”, ao demonstrar que não viemos ao mundo como tábula rasa e, com o tempo, desenvolvemos um senso do mundo como sendo coerente, contínuo e aberto ao pensamento racional, mas que começamos de envolvimentos práticos no mundo, de atividades e formas de socialização. Em outras palavras, pode-se afirmar que é impossível, do ponto de vista hermenêutico, falar em um “marco zero” de compreensão, no qual as coisas são acessíveis em si mesmas. Na hermenêutica – assevera Gadamer (2007, p. 182) – tudo “é um diálogo infinito que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim.”

Logo, o pertencimento do intérprete ao seu objeto de investigação agora obtém um sentido que pode ser demonstrado concretamente por meio da hermenêutica:

a pre-sença, que se projeta para seu poder-ser, já é sempre ‘sido’. Este é o sentido do existencial do estar-lançado. O fato de que todo comportar-se livremente com relação ao seu ser não possa remontar para além da facticidade desse ser constitui o núcleo central da hermenêutica da facticidade e sua oposição à investigação transcendental constitutiva da fenomenologia de Husserl. (GADAMER, 2012, p. 353.)

Gadamer passa então a analisar a significância do círculo hermenêutico para Heidegger, como um prelúdio à sua própria tomada de posição. Com efeito, sempre existe uma versão parcial do círculo hermenêutico em operação nos entendimentos cotidianos do mundo, e isso não passa despercebido pelo filósofo, que dá importância a essa “especie de dialéctica continua en el

movimiento de comprensión que va de la parte al todo, y viceversa.” (ROLDÁN, 2012, p. 25).

Portanto, o filósofo adverte que toda interpretação correta sempre tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas, bem como da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, voltando sempre seu olhar para “as coisas elas mesmas”. Portanto, precisamos ter antes de termos, ver antes de podermos ver e conceber antes de qualquer concepção. Ou seja: o indício real para a compreensão do círculo hermenêutico é o conjunto de interpretações preexistentes que fazem com que sejam possíveis outras interpretações (GADAMER, 2012)

O que importa, assim, ao interpretar, é manter a vista atenta à coisa “através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem.” Afinal, a pessoa que deseja compreender um texto sempre realiza um projetar. Nesse caminho, “logo que aparece um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo”, uma vez que quem lê o texto o faz a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um determinado sentido. A elaboração desse projeto prévio, então, é imprescindível para a compreensão do que está no texto. E esse projeto “tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. (GADAMER, 2012, p. 356).

O autor adverte para o fato de que quem busca compreender sempre está sujeito a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Logo, “elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, é, então, a tarefa constante da compreensão”, que só vai alcançar sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia a tarefa não forem arbitrárias. Em virtude disso, “faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.” (GADAMER, 2012, p. 356).

Portanto, é imprescindível compreender que diante de qualquer texto, não é tarefa do intérprete a inserção direta e acrítica de seus próprios hábitos extraídos da linguagem. Pelo contrário, deve-se reconhecer que a tarefa do

intérprete é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor. Alerta Gadamer (2012, p. 357) que

de modo algum podemos pressupor como dado geral que o que nos é dito em um texto se encaixe sem quebras nas próprias opiniões e expectativas. Ao contrário, o que me é dito por alguém, numa conversa, por carta, num livro ou de outro modo, encontra-se por princípio sob a pressuposição de que o que é exposto é a sua opinião e não a minha, da qual eu devo tomar conhecimento sem precisar partilhá-la. Todavia, essa pressuposição não representa uma condição que facilite a compreensão; antes, representa uma nova dificuldade, na medida em que as opiniões prévias que determinam minha compreensão podem continuar completamente desapercibidas.

Nesse rumo, o autor salienta (2012, p. 358) que “a tarefa da hermenêutica se converte por si mesma em um questionamento pautado na coisa em questão.” Em outras palavras, afirma o autor que “compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e *com uma tradição* de onde a ‘coisa’ possa me falar.” (GADAMER, 2006, p. 67).

Em virtude disso, o intérprete que deseja efetivamente compreender não pode entregar-se ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, sem considerar a opinião do texto “da maneira mais obstinada e conseqüente possível”. Afinal, é preciso estar disposto a deixar que o próprio texto diga algo. Portanto, “uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto”, com a particularidade de que essa receptividade não significa uma “neutralidade” em relação à coisa e tampouco uma anulação de si mesma: “implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.” Em síntese, é preciso “dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.” (GADAMER, 2012, p. 358).

Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica, portanto, busca não apenas realizar antecipações, mas, prévia e principalmente, tornar essas antecipações conscientes para poder exercer controle sobre elas e obter, assim, uma compreensão correta a partir das coisas elas mesmas. Logo, a questão nodal “não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto”. Pelo contrário, “trata-se de manter afastado tudo que

possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão.” (GADAMER, 2012, p. 359).

Essa breve digressão metodológica demonstra que o fio condutor da pesquisa foi o “método” fenomenológico, compreendido como “interpretação ou hermenêutica universal”, isto é, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental. Por meio dele, é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a *práxis* humana, como existência e faticidade, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada a partir de um sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade.

Tal mudança deve-se ao fato de que o modelo de conhecimento subsuntivo próprio do sistema sujeito-objeto foi suplantado por um novo paradigma interpretativo, com a invasão da filosofia pela linguagem a partir de uma pós-metafísica de reinclusão da faticidade que passa a atravessar o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão. A ênfase, a partir de então, passa para a compreensão, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. Passa-se de um modelo sujeito-objeto para um modelo sujeito-sujeito (STRECK, 2009).

Quanto ao procedimento, optou-se pelo método monográfico⁴, uma vez que não se pretendeu aqui um estudo enciclopédico, um manual, mas um estudo direcionado a uma temática bem delimitada e específica, o que proporcionou mais segurança à elaboração da pesquisa. Todavia, o fato de se fazer uso do método procedimental monográfico não significou a não utilização, paralelamente, de uma visão panorâmica de outras temáticas correlatas, pois necessárias e imprescindíveis ao estudo da temática escolhida, na medida em que informam, justificam, estruturam e dão sentido ao tema central.

⁴ Segundo Eco (2012, p. 10), “uma monografia é a abordagem de um só tema, como tal se opo a uma “história de”, a um manual, a uma enciclopédia. [...] quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou a uma enciclopédia. [...] Mas deve-se ter em mente que fazer uma tese rigorosamente monográfica não significa perder de vista o panorama[...]”, pois “[...] uma coisa é usar um panorama como pano de fundo, e outra elaborar um quadro panorâmico [...]”.

Outrossim, considerando a temática objeto da pesquisa, imprescindível a utilização, concomitantemente ao método monográfico, dos métodos *histórico*⁵ e *comparativo*⁶.

Por outro lado, no que diz respeito à técnica de pesquisa, optou-se pelo emprego de vasta pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina existente acerca da temática proposta – livros e periódicos –, do fichamento e do apontamento, bem como da legislação.

Por fim, não se descuidou, na elaboração da tese, em realizar, a cada capítulo, uma relação do tema abordado com a arte. Essas relações caracterizam a transdisciplinariedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, que mantém, inclusive – mediante apoio institucional –, o Programa Direito & Literatura, veiculado em rede nacional, já com mais de 100 programas editados, que estão à disposição da comunidade acadêmica nacional também pelo *site* do programa⁷. Esta relação estabelecida no início de cada capítulo entre o tema nele discutido e uma obra cinematográfica serve para fixar, por meio de imagens, a “tônica” do assunto a ser abordado.

⁵ O método histórico consiste na investigação de acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na contemporaneidade, diante da constatação de que as instituições alcançaram sua forma atual por meio de alterações de suas partes componentes, o que se dá ao longo do tempo e por influência do cultural particular de cada época (SIMIAND, 2003).

⁶ Por meio do método comparativo realiza-se comparações com o objetivo de averiguar semelhanças e explicar divergências. Pode ser utilizado tanto para comparações de grupos no presente, no passado, ou entre os existentes e os do passado quanto entre sociedade de iguais ou de diferentes estágios de desenvolvimento (LAKATOS; MARCONI, 1991).

⁷ Disponível em: <<http://www.unisinos.br/mestrado-e-doutorado/direito/presencial/sao-leopoldo/direito-e-literatura>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

1 A EXCEÇÃO COMO REGRA: a produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência no estado de “guerra global”

“A lei nasce das batalhas reais, das vitórias, dos massacres, das conquistas que têm suas datas e seus heróis de horror; a lei nasce das cidades incendiadas, das terras devastadas; ela nasce com os famosos inocentes que agonizam no dia que está amanhecendo. Mas isso não quer dizer que a sociedade, a lei e o Estado sejam como que o armistício nessas guerras, ou a sanção definitiva das vitórias. A lei não é pacificação, pois, sob a lei, a guerra continua a fazer estragos no interior de todos os mecanismos de poder, mesmo os mais regulares. A guerra é que é o motor das instituições e da ordem: a paz, na menor de suas engrenagens, faz surdamente a guerra. Em outras palavras, cumpre decifrar a guerra sob a paz: a guerra é a cifra mesma da paz. Portanto, estamos em guerra uns contra os outros; uma frente de batalha perpassa a sociedade inteira, contínua e permanentemente, e é essa frente de batalha que coloca cada um de nós num campo ou no outro. Não há sujeito neutro. Somos forçosamente adversários de alguém.”
(Michel Foucault)



A imagem⁸ escolhida para abrir a discussão objeto desta tese foi extraída do filme “Salò, ou 120 dias de Sodoma” (*Salò, o 120 giornate di Sodoma*), dirigido pelo cineasta italiano Pier Paolo Pasolini (1922-1975) e considerado emblemático para a discussão do estado de exceção. Filmado na mesma época em que Foucault dava seus primeiros cursos sobre biopoder e biopolítica (“Em defesa da sociedade”, curso no *Collège de France*, 1976), o último filme produzido por Pasolini antes de ser assassinado, apresentado ao público pela primeira vez no Festival de Paris, em 1975, representa uma crítica contundente ao fascismo ainda operante no mundo do pós-guerra, particularmente na Itália⁹.

O roteiro do filme, inspirado na obra “Os 120 dias de Sodoma, ou a Escola da Libertinagem”, do Marquês de Sade, busca retratar metaforicamente o fascismo, abordando um exercício de poder que anula o homem,

⁸ Disponível em: <<http://spectrumculture.com/2010/09/revisit-salo-or-the-120-days-of-sodom.html/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁹ “Para Pasolini os valores morais da Itália dos anos 1970 estavam tão mais corrompidos do que no período da guerra. Pois, antes este poder era visível, materializado na figura de Hitler ou de Mussolini, em um período de perseguições, censuras e genocídios generalizados. Progressivamente, nas décadas do pós-guerra, através de um acelerado processo de desenvolvimento, este poder se tornou cada vez mais abstrato, a censura cedeu lugar ao controle e se infiltrou na sociedade de consumo, em uma nova fase de um capitalismo de serviços, pós-industrial.” (BRITO, 2009, p. 5).

transformando-o em mero objeto. A película, que se passa em 1944, expõe a captura e apreensão em uma mansão de 16 jovens (entre homens e mulheres) por quatro oficiais (o magistrado, o duque, o bispo e o presidente), que fazem as suas vítimas sofrerem as piores humilhações e torturas, até a morte.

Na obra, portanto, está presente a principal característica do estado de exceção, qual seja, a criação de um espaço no qual a vida humana e a norma entram em um limiar de indistinção: o ordenamento “normal” é suspenso de modo a permitir todo e qualquer tipo de atrocidades. Com efeito, o filme apresenta imagens de grande impacto, principalmente quando retrata a violência sexual sistemática à qual as vítimas são submetidas: como nos filmes anteriores de Pasolini, os corpos nus (perfeitos, sedutores) ainda povoam a tela, mas em *Salò* o sexo está dissociado da alegria, do prazer, porque relacionado à obrigação e à morte – em uma das cenas, dois jovens, logo após o “casamento”, são obrigados a copular diante de todos os “convidados”. Em outras cenas, assiste-se às mais cruéis formas de humilhação humana: os prisioneiros são obrigadas a andar nus e como cães, bem como a comer qualquer coisa, até mesmo pregos e, em primeiro plano, praticar coprofagia.

O filme retrata uma situação de campo – espaço por excelência do estado de exceção – no qual os habitantes são despojados de seus direitos e reduzidos a meros “objetos” de uma ação política, reduzidos a zoé, ou seja, mera vida natural. A morte não acontece nos primeiros estágios porque, ao matar, o poder se auto-suprime. No entanto, na medida em que as vítimas são submetidas a uma situação de fome e degradação, o poder ganha tempo. E, com isso, o poder funda um terceiro reino entre a vida e a morte, atestando o seu triunfo sobre a humanidade do homem (AGAMBEN, 2008). Privados de todos os direitos e expectativas que habitualmente são atribuídos à existência humana, mas ainda vivos biologicamente, os jovens capturados na mansão vivem em uma zona-limite entre a vida e a morte, entre o interno e o externo. Nessa situação, são apenas vida nua.

É por isso que esses jovens são submetidos a sucessivos processos de cesuras (o filme é dividido em três partes: o ciclo das manias, o ciclo da merda e o ciclo do sangue), até o ponto que chegam ao estado de meros *homines sacri*. Esse período de tempo que medeia a condenação à morte e a execução delimita um limiar extratemporal e extraterritorial, no qual o corpo humano é

desligado de seu estatuto político normal. Na exceção, esse corpo é abandonado ao poder: o experimento, como um rito de expiação, pode restituí-lo à vida ou entregá-lo definitivamente à morte (à qual já pertence desde o momento da captura no limbo da exceção).

Na sequência final do filme, Pasolini coloca os espectadores na posição de observadores privilegiados das mais terríveis e escatológicas cenas de violências e mutilações contra o corpo e a vida humanos, ao som de “*O Fortuna*”, da obra “*Carmina Burana*” de Carl Orff. Os corpos das vítimas, depois de usados à saciedade pelos seus algozes, são agora descartados. E não causa espanto o fato de o filme terminar com a chacina de todos os jovens, em um chocante contraste com a alegria e a dança grotesca dos quatro oficiais diante dos gritos agonizantes de suas vítimas. Afinal, após o limite, só a morte. Como nos campos de concentração nazistas. O último estágio é a câmara de gás.

A partir das imagens que nos foram legadas por Pasolini nesta obra, o presente capítulo pretende discutir – em seus contornos biopolíticos – a figura da exceção na contemporaneidade e a produção da vida nua no patamar de indistinção que se verifica entre direito e violência no contexto de “guerra global”. O objetivo é, em um segundo momento, situar o debate que orientará o restante do trabalho, qual seja: a transformação dos imigrantes irregulares em *homini sacri*.

1.1 O combate ao terrorismo no estado de “guerra global” e a produção da vida nua

Os atentados terroristas que ocorreram em grandes centros urbanos no início do novo milênio – particularmente os ataques em Nova Iorque, em 2001, e em Madri, em 2004 – deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas efetivas a esses problemas. Invariavelmente, os discursos de enfrentamento ao que se convencionou chamar de “terrorismo internacional” perpassam pela necessidade de relativização dos limites da dominação que pode ser exercida pelos órgãos estatais. A flexibilização de garantias como, por exemplo, o direito à liberdade e à intimidade, passou a ser tolerada e até mesmo defendida como imprescindível em nome da eficácia que o “combate” ao terrorismo requer.

Contudo, a partir do momento em que ditas flexibilizações passaram a ocorrer de modo sistemático, contaminando as legislações de diversos países, verifica-se que o estado de exceção encapsulado a duras penas no bojo dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos vem sendo paulatinamente desvelado. Não é raro que, na busca por formas eficientes de combate às novas formas assumidas pela criminalidade, os Estados lancem mão da tortura, do sequestro e do campo extralegal como instrumentos para a garantia da “segurança”. Libera-se, dessa forma, a violência dominante de suas limitações, o que conduz à constatação de que as democracias ocidentais não parecem capazes de enfrentar o terrorismo internacional sem a utilização de instrumentos e estratégias que minam os valores sobre os quais encontram-se assentadas (ESPOSITO, 2006).

Nesse rumo, a perspectiva da “manutenção da ordem” passa a ser englobada por uma problemática muito mais ampla: trata-se da “segurança”, que se funda na ideia de proteção dos indivíduos em relação aos riscos de qualquer natureza aos quais eles porventura estejam expostos. Isso significa que a temática da segurança conduz a uma “*concepção extensiva da manutenção da ordem*”, ligada ao aparecimento de novas ameaças.” (CHEVALLIER, 2009, p. 64-65).

A preocupação com essas novas ameaças pode ser compreendida como uma consequência inarredável do desenvolvimento do capitalismo. Afinal, como Beck (2010, p. 23) denuncia, na modernidade tardia “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”. A modernização é “reflexiva”, ou seja, converte-se a si mesmo em tema e problema: “atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, *confrontada consigo mesma*.” (BECK, 2010, p. 275). Nesse rumo, o autor em questão (2010, p. 24) menciona que “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.”

Nesse ambiente, o terrorismo pode ser visto como um dos “novos riscos” que mais obrigou o Estado a se reinvestir nas suas funções eminentemente estatais, inclusive com limitações consideráveis ao exercício de determinadas liberdades públicas pelos cidadãos, por ocasião da colocação da segurança

como uma das prioridades da agenda política. Ocorre que, paradoxalmente, o terrorismo também foi o responsável por ressaltar as falhas dos sistemas de proteção existentes e ampliar, conseqüentemente, o sentimento de insegurança em âmbito global.¹⁰

Sobre o tema, Virilio (2011) sustenta que o medo e o pânico passam a ser os grandes argumentos da política moderna¹¹. Ao refletir sobre o fenômeno da *metropolarização*, ou seja, o ressurgimento da cidade-Estado diante do declínio do Estado-nação no bojo do processo de globalização, o autor (2011, p. 83-84) refere que “*la catástrofe más grande del siglo XX ha sido la ciudad, la*

¹⁰ Na lição de Hard e Negri (2005), o terrorismo na contemporaneidade transforma-se em um conceito político que pode designar, dependendo do contexto, três diferentes fenômenos, que podem se apresentar em separado ou conjuntamente. Em primeiro lugar, designa as revoltas ou rebeliões contra um governo legítimo; em segundo, designa o exercício da violência política por parte de um governo, que implica violação a direitos humanos (e inclusive a violação ao direito de propriedade, na opinião de alguns); por fim, designa a prática da guerra sem observância às regras de combate, até mesmo com ataques a civis. O problema, segundo os referidos autores (2005, p. 38-39), é que essas definições “variam de acordo com aquele que esteja definindo seus elementos principais: quem pode determinar, por exemplo, o que é um governo legítimo, o que são os direitos humanos e quais as regras da guerra?” Desse modo, “até mesmo os Estados Unidos poderiam ser considerados um Estado terrorista.” E é em razão dessa instabilidade de sua definição, que “o conceito de terrorismo não fornece uma base sólida para entender o atual estado de guerra global.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 39).

Sobre as diferentes definições de “terrorismo” no discurso político contemporâneo, é bastante elucidativa a lição de Butler (2007, p. 229): “Da mesma forma que se traça uma distinção entre violência legítima e ilegítima conforme os combatentes sejam ou não vinculados a Estados, várias formas de violência política são hoje comumente chamadas de “terrorismo”, não porque haja atributos de violência distinguíveis, mas como uma forma de deslegitimar violência empregada por ou em nome de autoridades que são consideradas ilegítimas por Estados constituídos ou que, com efeito, ameaçam a hegemonia do próprio Estado-nação. Desse modo, temos a indiscriminada desqualificação da intifada palestina como “terrorismo” por Ariel Sharon, cujo uso da violência de Estado para destruir lares e vidas é indubitavelmente exacerbado. O uso do termo “terrorismo” serve portanto para deslegitimar certas formas de violência praticadas por entidades políticas não vinculadas a Estados e ao mesmo tempo para sancionar reações violentas por parte de Estados constituídos. Obviamente, essa é uma tática de longa data, empregada por Estados coloniais para lidar com palestinos e irlandeses, bem como para combater o Congresso Nacional Africano. Mas a nova forma que esse tipo de argumento está tomando, com o status naturalizado que assume, só irá intensificar as conseqüências imensamente desastrosas da luta palestina pela autodeterminação. O Estado de Israel se vale dessa formulação para justificar a violência de Estado contra os palestinos em nome de uma concepção de autodefesa infinitamente extensiva. Assim, ao passo que “terrorismo” vem a designar a violência empregada pelos ilegítimos, “guerra legal” se torna prerrogativa daqueles que gozam de reconhecimento internacional como Estados legítimos. Na guerra em curso, soldados norte-americanos seriam abrangidos pelas Convenções de Genebra e teriam status de prisioneiro de guerra garantido, mas aqueles contra os quais combatem, considerados ilegítimos, não teriam nenhum recurso legal a essas proteções (com efeito, o próprio fato de Bush ter submetido essa política a revisão pareceu derivar de um receio de que soldados norte-americanos também pudessem ser sumariamente privados dessas proteções em solo estrangeiro).”

¹¹ Para o autor (2011, p. 75), “puesto que el miedo es el elemento esencial de lo fantástico, los grandes conflictos devastadores lo habrán alimentado de manera continua, de Verdun a Estalingrado, de Auschwitz a Hiroshima, sin omitir esse *equilibrio del terror* que ha desembocado en este esbozo de *guerra civil mundial* que observamos incrédulos desde el año 2001.”

metrópolis contemporánea de los desastres del Progreso”. Isso porque à hiperconcentração megalopolítica agrega-se não somente o hiperterrorismo de massas, “sino también una delincuencia pánica que reconduce a la especie humana a la danza de muerte de los orígenes, convirtiendo nuevamente a la ciudad en una ciudadela, o dicho de otro modo, en un blanco para todos los terrores, domésticos o estratégicos.” (VIRILIO, 2011, p. 88).

Na ótica do autor citado, o cidadão da contemporaneidade é chamado a cumprir funções de alerta policial e eventualmente funções militares. No entanto, esses cidadãos agem dominados pelo pânico diante da insegurança, o que anula qualquer possibilidade de reflexão. Cada pessoa torna-se, nesse processo, inimiga potencial da outra. A vida nas grandes cidades passa a ser então o terreno de uma luta de todos contra todos. Disso decorre o surgimento de uma ideologia da segurança, que age em todos os lados e sem demora para evitar surpresas, o que significaria um retorno ao Estado policial (VIRILIO, 2011).

No que diz respeito às consequências destes eventos terroristas na seara jurídico-penal, a tragédia envolvendo as torres gêmeas em Nova Iorque pode ser vista como o estopim de uma nova doxa punitiva, pautada pela noção de *guerra*. Segundo Delmas-Marty (2010, p. 12), “les dangers ont existé de tout temps et en tous lieux, mais les attentats du 11 Septembre en ont peut-être changé la perception, et ont en tout cas modifié les réactions.” Com efeito, os eventos de 11 de setembro de 2001, segundo Hardt e Negri (2005, p. 22-23), obrigaram ao reconhecimento de uma situação de “guerra global”, que se transforma em uma “condição geral”: “em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar.”

Nesse contexto, entra em crise a ilusão de segurança na qual vivia o “Primeiro Mundo”, ao ser exposta a vulnerabilidade originária do homem diante de outros seres humanos, vulnerabilidade esta que “se exacerba bajo ciertas condiciones sociales y políticas, especialmente cuando la violencia es una forma de vida y los medios de autodefensa son limitados.” (BUTLER, 2009, p. 55).

A consciência dessa vulnerabilidade pode ser convertida em base para uma solução pacífica dos problemas sociais, mas, por outro lado, a sua

negação por meio de fantasias (institucionalizadas) de dominação pode fortalecer os argumentos a favor da guerra (BUTLER, 2009). Nesse sentido, ao declarar “guerra ao terrorismo”, os Estados Unidos não fizeram outra coisa senão negar de forma absoluta a sua vulnerabilidade, exposta pelos atentados.

Em um contexto tal, o medo, compreendido como sentimento de vulnerabilidade, converteu-se em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos. Criaram-se “inimigos” com o objetivo único de eliminar toda resistência às estratégias das posições dominantes. Com efeito, antes de terem efetivamente inaugurado uma “nova era” da política internacional, os eventos de 11 de setembro de 2001 apenas trouxeram à tona processos que já se alastravam há longa data no cenário político. Muitas das medidas securitárias adotadas após os atentados foram gestadas muito antes de eles acontecerem. O que faltava para elas emergirem era apenas um bom pretexto. E a “guerra ao terrorismo” constituiu uma justificativa perfeita. Assim, assinala Pérez Cepeda (2007, p. 126) que

la guerra se convierte en un instrumento natural para preservar un orden igualmente natural que se identifica indisolublemente con los intereses neoliberales y con el instrumento decisivo de su ideario político: el dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo, reduciendo la mundialización a una dimensión, la económica.

Considerando-se, então, que “uma guerra para criar ou manter a ordem social não pode ter fim” e que ela “envolverá necessariamente o contínuo e ininterrupto exercício do poder e da violência” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 35), verifica-se, como uma consequência inarredável desse processo, a indeterminação, em termos espaciais e temporais, dos limites da guerra na contemporaneidade. De fato,

a guerra à maneira antiga contra um Estado-nação tinha claras delimitações espaciais, embora pudesse eventualmente disseminar-se por outros países, e seu fim geralmente era marcado por uma rendição, uma vitória ou uma trégua entre os Estados em conflito. Em contraste, a guerra contra um conceito ou um conjunto de práticas, mais ou menos como uma guerra de religião, não conhece limites espaciais ou temporais definidos. Tais guerras podem estender-se em qualquer direção, por períodos indeterminados. E com efeito, quando os dirigentes americanos anunciaram sua ‘guerra ao terrorismo’, deixaram claro que deveria estender-se por todo o mundo e por tempo indefinido, talvez décadas ou mesmo gerações inteiras. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 35).

Com isso, o estado de exceção – paradoxalmente – transforma-se na regra, ocupando o espaço da normalidade, o que faz com que se torne cada vez mais obscura a distinção tradicional entre guerra e política, dado que “a guerra vai-se transformando no princípio básico de organização da sociedade, reduzindo-se a política apenas a um de seus recursos ou manifestações.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 33).

Na teorização de Agamben (2004, p. 13), o estado de exceção “tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”. Para o autor (2010, p. 44), “o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção [...] irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível.”

Esse “transbordamento” do estado de exceção é visualizado por Agamben (2004) como uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, nas quais a declaração de um estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo¹². A ideia agambeniana é demonstrar que “o estado de exceção independe progressivamente da ameaça bélica, que originalmente o justificava, desloca-se até as situações de emergência econômica (crises econômicas, desvalorizações drásticas) e finalmente converte-se em uma prática habitual.” (CASTRO, 2012, p. 77).

Em razão disso, pode-se afirmar que “a democracia permanece vulnerável quando o meio escolhido para justificar sua existência não coincidir em ato com sua potência. Esse deslocamento é cada vez mais comum na condução dos estados democráticos atuais e mostra, na prática, a presença patente do estado de exceção.” (MARTINS, 2008, p. 165). Isso ameaça transformar radicalmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre

¹² De acordo com Castro (2012, p. 76-77), “a tese histórico-interpretativa sustentada por Agamben é, precisamente, de que, a partir de sua criação, a história do estado de exceção é a história de sua progressiva emancipação a respeito das situações de guerra, para converter-se em um instrumento extraordinário da função de polícia que exerce o governo e, finalmente, no paradigma de governo das democracias contemporâneas. ”

os diversos tipos de constituição, afinal, o estado de exceção não é outra coisa senão um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.¹³

¹³ A partir da teorização de Carl Schmitt – retomada por Agamben (2010, p. 22-23) – o soberano é quem tem a competência para decidir sobre o estado de exceção: “a exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual passam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é ‘direito aplicável a uma situação’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em um sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A exceção é mais interessante do que o caso normal. Este último nada prova, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção.”

É na figura do soberano, portanto, que reside o paradoxo: se ele tem o poder de manter a ordem ou declarar a exceção, isso significa que o ordenamento jurídico está à sua disposição. Zaffaroni (2007, p. 143-144) explica que essa “disponibilidade” do ordenamento jurídico pelo soberano na teoria de Schmitt decorre da compreensão de que, nos casos de emergência, é o Executivo, e não o Judiciário, que tem o poder de definir e enfrentar o inimigo. Nesses casos, o soberano estaria habilitado a decidir sobre a suspensão dos limites e garantias estabelecidos na Constituição na medida em que julgasse necessário, e isso sem controle algum por parte do Judiciário. Para tanto, parte-se da compreensão da Constituição enquanto “um conjunto de leis e que umas têm prioridade sobre outras”, justamente o que permitiu “a hierarquização de normas constitucionais e, com isso, legitimou a implosão da Constituição de Weimar”, dado que, em virtude dessa justificativa, “pode-se violar impunemente a Constituição e argumentar-se que isso é feito para manter sua vigência; pode-se usurpar o poder constitucional e afirmar que se permanece dentro do direito, isto é, que se legitima qualquer de golpe de Estado e, em particular, o chamado *auto-golpe* ou assunção de poderes absolutos pelo Executivo, cancelando o legislativo e o judiciário.” Nesse rumo, “bastaria sempre ao soberano magnificar uma situação de emergência para invocar a necessidade e estabelecer a ditadura, que, ademais, seria *jurídica*.”

Sobre o tema, Bercovici (2004, p. 65-66) salienta: “‘Soberano é quem decide sobre o estado de exceção’. Com esta célebre frase, que inicia o livro *Teologia política*, Carl Schmitt destacou a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. O sentido concreto da controvérsia sobre a soberania se dá sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e o do Estado, a segurança e a ordem públicas. [...] A soberania é a ‘competência’ imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. Para Schmitt, a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Deste modo, definir a soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei.”

No mesmo sentido é a observação feita por Ribeiro (2002, p. 63) quando da análise do contrato social hobbesiano: “Para montar o poder absoluto, Hobbes concebe um contrato diferente [...]. Observemos que o soberano *não* assina o contrato – este é firmado apenas pelos que vão se tornar súditos, não pelo beneficiário. Por uma razão simples: no momento do

Com efeito, por meio do estado de exceção, o soberano cria e garante uma situação da qual o direito tem necessidade para a sua própria vigência, ou, em outros termos, “somente porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade.” (AGAMBEN, 2010, p. 24). Pode-se afirmar, então, que o Estado moderno é “a um só tempo, constituinte e constituído, fundador de sua própria lógica jurídica e por ela mesma fundamentado”, de sorte que “o Estado moderno vive sob a constante ameaça de um ato extrajurídico, capaz de depô-lo de seu pedestal.” (MARTINS, 2008, p. 166).

Efetivamente, a exceção é uma espécie de exclusão singular, no que se refere à norma geral. O que a caracteriza, no entanto, é justamente o fato de que aquilo que é excluído não permanece, em razão disso, fora de relação com a norma, mas mantém esse relacionamento sob a forma da *suspensão*, o que significa dizer que “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.” Desse modo, o estado de exceção não representa “o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua supressão” ou, em outras palavras, “não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela.” (AGAMBEN, 2010, p. 24-25).

Para dar sustentação à sua teorização, Agamben (2010) salienta que a exceção é a forma originária do direito: na Lei de Talião evidencia-se claramente que a ordem jurídica, em sua origem, não se apresenta como sanção de um fato transgressivo, mas sim como repetição do mesmo ato sem sanção alguma. A repetição do ato não representa a sua punição, mas sim a sua inclusão na ordem jurídica, ou seja, a violência como ato jurídico primordial¹⁴.

contrato não existe ainda o soberano, que só surge *devido ao contrato*. Disso resulta que ele se conserva fora dos compromissos, e isento de qualquer obrigação.”

¹⁴ Em obra ainda inédita no Brasil, Agamben (apud Nascimento, 2012, p. 133) utiliza a polícia para exemplificar o nexos originário que se estabelece entre direito e violência: “a polícia, contrariamente à opinião comum que vê nela uma função meramente administrativa de execução do direito, é talvez o lugar onde se mostra com maior clareza a proximidade e o comércio constitutivo entre violência e direito que caracteriza a figura do soberano. [...] Se o soberano é, de fato, aquele que, proclamando o estado de exceção e suspendendo a validade da lei, marca o ponto de indistinção entre violência e direito, a polícia se move sempre, por assim dizer, em um similar ‘estado de exceção’. As razões de ‘ordem pública’ e de ‘segurança’, que devem por ela ser decididas em cada caso singular, configuram uma zona de indistinção entre violência e direito exatamente simétrica àquela da soberania.”

O paradoxo, aqui, é que a exceção representa justamente uma *exclusão inclusiva*: aquilo que em nenhum caso pode ser incluído vem a ser incluído na forma da exceção¹⁵. Como salienta Ruiz (2012, p. 21), “o estado de exceção criou-se como forma legal daquilo que não pode ser legal.” Logo, “o direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta.” (AGAMBEN, 2010, p. 34).

No estado de exceção, portanto, torna-se impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução: nele, o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem sem resíduos. A partir do momento em que o exercício da soberania deságua na deflagração do estado de exceção, o nexos original entre violência e direito é mantido. A violência exercitada no estado de exceção, portanto, não conserva nem simplesmente põe o direito, “mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele.” (AGAMBEN, 2010, p. 69). Em outras palavras,

é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor. (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

Nesse rumo, o estado de exceção designa um “estado da lei” no qual a norma está em vigor, porém não se aplica, porque não tem “força”. Por outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem essa sua “força”¹⁶. Logo, “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei.” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Isso significa que “para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção”, razão pela qual se pode afirmar que o estado de exceção “marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.” (AGAMBEN, 2004, p. 63).

¹⁵ Barsalini (2011, p. 3) apreende o paradoxo ao construir a seguinte sentença: “determinar a suspensão da regra (a exceção) significa garantir a continuidade da regra, na medida em que tal determinação se justifica pela ameaça que sofre o estado da não exceção.”

¹⁶ Como observa Nascimento (2012, p. 114), “o curioso é que a expressão *força de lei* se refira, no seu uso cotidiano e técnico, justamente aos atos que não possuem o *status* de lei. Não há sentido em dizer que uma lei tem força de lei. A expressão mostra a que veio quando dizemos que um decreto expedido pelo executivo ou uma medida judicial tem força de lei.”

Essas ideias de força de lei separada da lei, de vigência sem aplicação, são algumas das ficções das quais, na ótica de Agamben (2004), o direito lança mão no intuito de incluir em si sua própria ausência, apropriando-se do estado de exceção ou, pelo menos, assegurando uma relação com ele. A força de lei sem lei, ou “força de lei” – como designa o autor (2004) – representa, portanto, a antítese da lei, uma vez que obriga mesmo não reunindo as condições formais para tanto. Nas palavras de Nascimento (2012, p. 114), no estado de exceção a “aplicação divorcia-se da norma. O que resta é somente um excesso de aplicação inconsistente e materialmente opressivo, sem qualquer referência à norma.”

Agamben não limita a discussão sobre o estado de exceção ao campo teórico: ao contrário, salienta que um dos interesses da sua pesquisa é justamente demonstrar – concretamente – de que modo a exceção se transforma no paradigma dominante da política contemporânea. E é justamente nas medidas adotadas pelos Estados Unidos no período pós-11 de setembro de 2001 no “combate ao terrorismo” – como a “indefinite detention”, o processo perante as “military commissions”, bem como o “USA Patriot Act”¹⁷ –, que o filósofo italiano busca argumentos para afirmar que “a novidade da ‘ordem’ do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Segundo o autor (2004, p. 14), os homens capturados no Afeganistão e presos em Guantánamo não gozam do estatuto de prisioneiros de guerra segundo a Convenção de Genebra, bem como não são considerados acusados pelas leis norte-americanas. Quer dizer: “nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma

¹⁷ O texto integral do *USA Patriot Act* pode ser acessado em: <<http://www.politechbot.com/docs/usa.act.final.102401.html>>. Um detalhe que chama a atenção, no texto, é a forma pouco clara como é feita a definição de que são atos considerados terroristas, uma vez que a natureza terrorista das infrações é ligada à intenção do autor e ao seu objetivo político de intimidar ou restringir o poder institucional, noções essas bastante vagas e sujeitas à discricionariedade, portanto, do agente que as aplica, o que representa um claro exemplo de uma legislação de emergência, típica de um estado policial. Daí a possibilidade de as autoridades, à luz da normativa, disporem do poder de prender e reter por tempo indeterminado estrangeiros suspeitos de contato com grupos terroristas. Além disso, o documento em questão autoriza “legalmente” inúmeras violações de liberdades civis, a exemplo do sigilo de correspondência e *e-mails*, de conversas telefônicas, dados bancários, registros médicos, etc.

detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.” (AGAMBEN, 2004, p. 14). Situações como a dos presos de Guantánamo reprimam os horrores dos campos de concentração nazistas, afinal, o campo não é outra coisa senão o “*espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra.*” (AGAMBEN, 2010, p. 164). Isso porque, no campo, o estado de exceção deixa de ser uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo e adquire uma disposição espacial permanente que se mantém, no entanto, estavelmente fora do ordenamento normal. O campo de concentração – conceitua Duarte (2010, p. 286) – é “todo espaço de exceção que escapa ao direito formal constituído, muito embora jamais seja pura exterioridade em relação ao direito.”

Nesse rumo, o campo é “a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente.*” Nele, questões de fato e de direito são indiscerníveis, de modo que qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que sucede no campo é absolutamente desprovido de sentido. Quer dizer: “*o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.*” (AGAMBEN, 2010, p. 166).

Em seu estudo acerca da situação dos judeus capturados em Auschwitz, Agamben (2008, p. 57) refere que o campo configura “exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide, de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano.” Logo, pode-se afirmar que

o campo é o espaço em que ordenamento está suspenso e em seu lugar se coloca a vontade soberana. No campo a vontade soberana coincide com a lei. No campo a lei é o arbítrio do soberano. Nesse caso, a vida humana que cai sob a condição da exceção se torna um verdadeiro *homo sacer*. É uma vida nua sobre a qual vigora a vontade soberana como lei absoluta e a exceção como norma de sua existência. (RUIZ, 2012, p. 14).

Ao comentar as fotografias dos prisioneiros de Guantánamo divulgadas pelo Departamento de Defesa dos EUA, Butler (2009, p. 104) refere que eles se assemelham a animais enjaulados, o que, segundo a autora, representa um processo de “*bestialización de lo humano*”, corroborado pelas afirmações de

Donald Rumsfeld no sentido de que os referidos prisioneiros não são como outros seres humanos em guerra, razão pela qual “no son ‘castigables’ para la ley, sino merecedores de una reclusión forzada inmediata y sostenida.” São, portanto, considerados “algo menos que humanos, que de algún modo asumen forma humana”. Pode-se afirmar, portanto, que eles representam “una equivocación de lo humano, lo que explica en buena parte el escepticismo acerca de la aplicabilidad de leyes e derechos.”¹⁸

A figura do muçulmano¹⁹ dos campos de concentração nazistas é então repristinada nos prisioneiros de Guantánamo: enquanto perfeita demonstração de uma situação extrema por excelência, o campo permite a decisão soberana sobre o que é humano e sobre o que não merece tal *status*. Os prisioneiros de Guantánamo, assim como os judeus capturados em Auschwitz, representam a imagem de “um ser indefinido, no qual não só a humanidade e a não-humanidade, mas também a vida vegetativa e a de relação, a fisiologia e a ética, a medicina e a política, a vida e a morte transitam entre si sem solução de continuidade.” (AGAMBEN, 2008, p. 56). Ao matar, o poder se auto-suprime, mas ao submeter as vítimas a uma situação de fome e degradação, o poder ganha tempo, o que lhe permite a fundação de um terceiro reino entre a vida e a morte, de forma a atestar o seu triunfo sobre a humanidade do homem. Tal afirmação significa que esse terceiro reino “é a cifra perfeita do

¹⁸ Como assevera Nascimento (2012, p. 207), as imagens dos prisioneiros de Guantánamo servem para ilustrar o fato de que “aqueles que não comungam do tipo de racionalidade dominante no mundo ocidental, quer porque se utilizam de táticas de combate diversas, quer porque não chegam a assimilar certos princípios aparentemente universais, têm sua humanidade esvaziada e são, mais adiante, recebidos como figuras do mal. Por tudo isso, os agentes americanos não se sentem obrigados a tratá-los como outros humanos, sujeitos aos mesmos princípios e direitos. Ao contrário, a divulgação das imagens de detentos sujos e maltrapilhos contribui para a conscientização da população em geral sobre o imenso fosso que os separa de seu mundo cultural e, do ponto de vista da luta contra o terrorismo, serve como exposição do objeto de vingança e atestado de vitória [...]. A partir de então, acreditar que os detidos sejam criminosos perigosos e incuráveis, prontos para cometerem todo tipo de selvageria assim que libertados de suas celas, não exige um elevado grau de abstração. O resultado é a concreção de uma cultura da suspeição contra o diferente, especialmente contra aqueles apontados como potenciais terroristas pelo governo oficial e suas fileiras.”

¹⁹ A expressão “muçulmano” era utilizada nos campos de concentração nazistas para designar os prisioneiros enfermos, uma vez que sua imagem prostrada, quando observados de longe, fazia lembrar de árabes em oração. “O muçulmano não causava pena a ninguém, nem podia contar com a simpatia de alguém. Os companheiros de prisão, que temiam continuamente pela própria vida, nem sequer se dignavam de lhe lançar um olhar. Para os prisioneiros que colaboravam, os muçulmanos eram fonte de raiva e preocupação; para as SS eram apenas inútil imundície. Tanto uns quanto os outros só pensavam em eliminá-los, cada um à sua maneira.” (RYN e KLODZINSKI apud AGAMBEN, 2008, p. 51).

campo, do não-lugar onde todas as barreiras disciplinares acabam ruindo, todas as margens transbordam.” (AGAMBEN, 2008, p. 56).

No campo, então, estão aquelas vidas que – na expressão de Butler (2009) – não merecem ser lamentadas. Com efeito, ao refletir acerca da diferença de tratamento dispensada às mortes provocadas pelos atentados terroristas nos EUA e as mortes perpetradas pelos EUA na luta contra o terrorismo, a autora busca discutir o que conta como humano, ou seja, as vidas que efetivamente contam como vidas e, em última instância, o que faz com que uma vida valha ou não a pena. Isso porque, para a autora, “la vida se cuida y se mantiene diferencialmente, y existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física del hombre a lo largo del planeta”. Isso porque “ciertas vidas están altamente protegidas, y el atentado contra su santidad basta para movilizar las fuerzas de la guerra. Otras vidas no gozan de un apoyo tan inmediato y furioso, y no se calificarán incluso como vidas que ‘valgan la pena’.” (BUTLER, 2009, p. 58).

A violência, nesses casos, é exercida contra sujeitos irrealis, considerando-se que não há dano ou negação possíveis a partir do momento que se está tratando de vidas já negadas, de vidas que já estavam perdidas para sempre, ou que nunca “foram”, razão pela qual devem ser eliminadas por viverem obstinadamente nesse estado moribundo. Em um contexto tal, a “desrealização” do “outro” quer dizer que não está nem vivo nem morto, mas em uma interminável condição de “espectro”. Assim, a paranoia infinita que vê a guerra contra o terrorismo como uma guerra sem fim se justifica incessantemente em relação com a infinitude espectral de seu inimigo, sem considerar se há ou não bases firmes para suspeitar da existência de células terroristas em contínua atividade (BUTLER, 2009).

Ao se debruçar sobre o caso específico da *indefinite detention*²⁰ em Guantánamo, Butler (2009) assevera que em nome de alertas de segurança e de um estado de emergência, a lei acaba sendo suspensa em plano nacional e internacional e, juntamente com esse ato, impõe-se um novo estado de

²⁰ A autora (2009, p. 97) considera a detenção indefinida “un ejercicio ilegítimo del poder” ao mesmo tempo que representa parte de “una táctica más amplia para neutralizar el estado de derecho en nombre de la seguridad.” A detenção indefinida, assim, não significa uma circunstância excepcional, mas sim o meio pelo qual o excepcional se converte em uma norma naturalizada.

soberania que não somente se exerce fora da lei, mas também contrói-se por meio da criação de uma burocracia administrativa na qual os funcionários, além de decidir quem será julgado e quem será detido, são também os que têm a última palavra acerca da detenção indefinida de uma pessoa.

Nestes casos,

la propia ley queda suspendida, o bien considerada como un instrumento que el Estado puede poner al servicio de constreñir y delimitar una población dada. El Estado no está sujeto al estado de derecho, pero la ley puede suspenderse o desplegarse táctica y parcialmente para cumplir con los requisitos de un Estado que busca cada vez más dotar de un poder soberano al Ejecutivo y a la administración. La ley se suspende en nombre de la 'soberanía' de la nación –entendida como la obligación de cualquier Estado de preservar y proteger su propia territorialidad–. Por este acto de suspender la ley, el Estado queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno (BUTLER, 2009, p. 85).

Por meio dessa ação de suspensão da lei, o Estado “*produce una ley que no es una ley, una corte que no es una corte, un proceso que no es un proceso*”, quer dizer, o estado de exceção “*retrotrae el funcionamiento del poder de un conjunto de leyes (judiciales) a un conjunto de normas (gubernamentales) que restablecen el poder soberano*”, sendo que essas normas “*no son obligatorias a causa de las leyes establecidas o de modos de legitimación, sino completamente discrecionales, incluso arbitrarias, ejercidas por funcionarios que las interpretan unilateralmente y que deciden las condiciones y la forma en que son invocadas.*” (BUTLER, 2009, p. 91-92).

Nesse contexto, a lei não é aquilo a que o Estado está sujeito, tampouco representa um critério de aferição da (i)legitimidade de um ato de governo: ela é compreendida como um mero instrumento, ou seja, um dispositivo de poder que pode ser aplicado ou suspenso à vontade. Por isso, a soberania consiste hoje “*na aplicación variable de la ley, en su tergiversación y en su suspensión. Bajo su forma actual, constituye una relación de explotación de la ley, instrumental, desdeñosa, sustitutiva, arbitraria.*” (BUTLER, 2009, p. 114).

É o Executivo, nesses casos, que avalia que determinado indivíduo ou grupo constituem um perigo para o Estado. No entanto, dita “avaliação” é realizada em um contexto de emergência, no qual o Estado pode exercer

prerrogativas de poder que compreendem a suspensão da lei. Nesses casos, são os decretos, as medidas emanadas pelo Poder Executivo que, mesmo não sendo leis, possuem força de leis, o que, na ótica de Agamben (2004) é uma constante dos séculos XX e XXI, nos quais o chefe do Executivo cada vez mais tem atuado de forma decisiva, promovendo uma verdadeira confusão entre a clássica divisão de poderes²¹.

Em um contexto tal, *avaliar* alguém como perigoso é suficiente para *convertê-lo* em perigoso e justificar sua detenção indefinida, ou seja, transformá-lo em um mero “objeto” nas mãos do Estado. Afinal, “si una persona es simplemente juzgada peligrosa, entonces deja de ser un problema decidir si cometió algún acto criminal.” (BUTLER, 2009, p. 106-107).

É por isso que Delmas-Marty (2010) assevera que os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001 marcaram uma reviravolta:

aux Etats-Unis, la proclamation de l'état de guerre a permis de suspendre l'Etat de droit, ce qui a conduit à légitimer la torture et des formes extrêmes de déshumanisation : on se souvient de ces hommes enfermés dans des cages à Guantánamo, ou des prisonniers tenus en laisse à Abou Ghraïb... Certes, l'état d'exception est supposé provisoire. Mais s'agissant d'un terrorisme global, qui n'a ni commencement ni fin, cet état tend à devenir permanent, d'autant que la “suspension” s'accompagne d'un “détournement” de l'Etat de droit, par transfert de pouvoirs à l'armée, voire à des sociétés militaires privées.

Evidencia-se, então, em pleno século XXI, uma repriminção da figura do *homo sacer*, obscura figura do direito arcaico romano resgatada por Agamben (2010) para retratar justamente a ambivalência que é característica do estado de exceção, bem como para dar conta da complexidade da situação do homem contemporâneo. O *homo sacer*, assim, é a figura encontrada pelo autor justamente por situar-se justamente na zona de indistinção entre a violência e o direito. O *bando*²² soberano, que exclui incluindo e que

²¹ Na análise de Agamben (2004, p. 32), isso representa um indicativo de que “o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim, governamental.”

²² De acordo com Giacoia Junior (2008, p. 283), “*bando* é a tradução portuguesa do termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; também o direito de *banir*. Como conceito, mantém íntima relação com o instituto da *Friedlosigkeit* do antigo direito germânico e a correspondente

representa, para o autor, a forma pura da lei, consoante já analisado, permite a compreensão dessa figura arcaica: como na exceção soberana a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, ou seja, retirando-se desse, o *homo sacer* é aquele ser que não é consagrado²³ – no sentido de passagem do *ius humanun* (profano) para o divino (sacro) – mas que também é posto para fora da jurisdição humana. Portanto, a vida sacra é aquela que, ao mesmo tempo em que é insacrificável, é também matável sem que o ordenamento jurídico sancione quem porventura a eliminar: “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra.” (AGAMBEN, 2010, p. 84). Daí a simetria entre o *homo sacer* e o *bando* soberano: enquanto o soberano é aquele em face do qual todos os homens são potencialmente *hominis sacri*, *homo sacer* é aquele em relação ao qual qualquer homem age como soberano²⁴.

Quer dizer, o que define a condição do *homo sacer* não é a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, mas sim o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e, conseqüentemente, a violência à qual se encontra exposto. Com efeito, essa violência não é classificada como sacrifício e tampouco como homicídio, não é a execução de

figura do *Friedlos*, que designam a condição daquele que, banido e proscrito, está excluído da esfera de proteção do ordenamento jurídico da comunidade de origem, e, portanto, impossibilitado de gozar do privilégio da *paz* assegurada por esse ordenamento. Nesse sentido, o *Friedlos* é o *sem paz*, o exposto às forças da natureza e à violência arbitrária de quem quer que seja.

Trata-se da figura do *excluído*, do pária cuja morte não constitui homicídio, ao qual o ordenamento que o penaliza se impõe sob a forma da suspensão de seus efeitos e da prerrogativa de sua invocação. É de se notar a homologia estrutural entre bando (*Bann*) exceção (*exceptio*, *ex capere*, ‘capturar fora’), paradoxo sobre o qual se constrói grande parte da argumentação de Agamben.”

²³ De acordo com Agamben (2007, p. 65-66), “consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano[...]. Pode-se definir como religião aquilo que subtrai coisas, lugares, animais ou pessoas ao uso comum e as transfere para uma esfera separada. Não só não há religião sem separação, como toda separação contém ou conserva em si um núcleo genuinamente religioso. O dispositivo que realiza e regula a separação é o sacrifício: através de uma série de rituais minuciosos [...] ele estabelece, em todo caso, a passagem de algo do profano para o sagrado, da esfera humana para a divina.”

²⁴ No direito romano, explica Nascimento (p. 157-158), lastreado nas lições de direito romano de Jhering, “se alguém perpetrasse delito merecedor da pena *sacer* esse, era considerado maldito e excluído da comunidade humana, privado de todos os seus bens em proveito dos deuses, podendo ser morto pelo primeiro que assim o quisesse, sem que esse último incorresse em qualquer ato ilícito. Tratava-se de uma pena especial, uma vez que não visava à purificação ou à reconciliação do delinqüente. O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso; estava perdido, desprezado. Sua pena era a mais grave que se podia imaginar e constituía o último grau de perseguição e humilhação: sua posição não decorria unicamente de uma privação que durava toda a vida, mas o que a agravava era o fato de ser para os deuses e para os homens um objeto de maldição, execração e aversão. O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito.”

uma condenação e tampouco um sacrilégio, de modo que a sua vida é “absolutamente e simplesmente matável, objeto de uma violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício.” (NASCIMENTO, 2012, p. 163). Nesse rumo,

o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa ao *bando* soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política. O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. *Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.* (AGAMBEN, 2010, p. 84).

A vida humana matável e insacrificável é a vida capturada no *bando* soberano. O préstimo original da soberania, portanto, é a produção da vida nua. Para a compreensão dessa distinção, Agamben (2010) faz uma releitura da filosofia clássica, a fim de trazer à luz os conceitos de *zoé* e *bíos*: nessa dicotomia, *zoé* designa o simples fato de viver, ou seja, a mera existência enquanto vida nua, ao passo que *bíos* designa a “vida qualificada”, ou seja, a vida do indivíduo ou do grupo. A retomada dessa dicotomia serve para ilustrar justamente a condição de determinados seres humanos na contemporaneidade, ou seja, para ilustrar a relação inclusão (daqueles que vivem uma vida “qualificada) *versus* exclusão (daqueles que são relegados à condição de banimento, ou seja, que vivem uma vida “desqualificada”) que caracteriza a política contemporânea.

Neste passo, se Guantánamo representa um lugar de não-direito, no qual a violação de direitos humanos torna-se sistemática, não se pode olvidar que aquele campo representa apenas um exemplo de uma prática que hoje é generalizada. A propósito, Agamben (2004, p. 131) salienta que o estado de exceção enquanto forma de governo continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da I Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias, quando atinge exatamente seu máximo desdobramento planetário²⁵.

²⁵ Já para Butler (2009, p. 84), “*un tiempo histórico que pensábamos que había pasado vuelve para estructurar el campo contemporáneo con una persistencia que demuestra la falsedad de la historia como cronología.*”

Com efeito, quando o regime nazista decidiu pela redução de todos os judeus a pura vida nua, viabilizando a sua morte sem punição, não houve nenhuma inovação em termos de barbárie contra a humanidade: apenas foi dada sequência a uma prática comum do Estado moderno, no entanto, em proporções tanatopolíticas jamais vistas até aquele momento. Portanto, segundo Ruiz (2012, p. 11), o que aterroriza no nazismo não é sua barbárie, “mas tê-la cometido dentro da legalidade que o estado de direito lhe permitia ao aplicar legalmente o estado de exceção permanente a não aboli-lo nunca.” Na expressão de Agamben (2008, p. 57), os nazistas “nunca revogaram o estado de exceção que haviam decretado em fevereiro de 1933, no dia seguinte à tomada de poder”, porque compreenderam muito bem o poder secreto presente nas situações extremas, de forma que “o Terceiro Reich pôde ser definido justamente como ‘uma noite de São Bartolomeu que durou 12 anos’.”

Quer dizer: o estado nazista não cometeu um ato de ilegalidade jurídica, mas apenas se utilizou da figura jurídica da exceção, prevista na Constituição de Weimar²⁶, fazendo da exceção norma e da vontade soberana o modo por excelência de governo da vida humana, ou seja, “tudo estava amparado no estado de direito que lhe dava a prerrogativa inicial de decretar o estado de exceção para tornar a vontade soberana lei absoluta.” (RUIZ, 2012, p. 11-12). Para demonstrar a veracidade de sua tese, portanto, Agamben parte de um exemplo do início do século, para ilustrar o vínculo entre estado de exceção e guerra civil, evidenciando, assim, como a mais impactante experiência totalitária da história apoiou-se justamente no instituto investigado.

Dando um salto na história, o autor então parte para a análise da *military order*, promulgada em 2001 por George W. Bush no combate ao terrorismo, para ilustrar como hoje, da mesma forma que no estado nazista, o aspecto normativo do direito pode ser “impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente,

²⁶ O art. 48 da Constituição de Weimar concedia ao presidente do *Reich* a prerrogativa de decretar o estado de exceção nos casos em que a segurança e a ordem públicas estivessem ameaçadas. Com o objetivo de tutelá-las, poderia então, no estado de exceção, disponibilizar das forças armadas e suspender total ou parcialmente direitos e garantias individuais. Ao tomar o poder, Hitler promulgou, em 28 de fevereiro de 1933, lastreado no art. 48 da Constituição de Weimar, o seu “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, suspendendo os artigos constitucionais que tratavam das liberdades individuais. O Decreto em questão permaneceu vigente até o final da guerra, em 1945.

pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.” (AGAMBEN, 2004, p. 131). A diferença, gize-se, reside na dimensão alcançada pelo estado de exceção na contemporaneidade.

Na ótica de Agamben (2010, p. 113), o que vislumbra atualmente é uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, pois “a sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea”, com a particularidade de que hoje ela se desloca “em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras” de forma que, em determinados aspectos, chega a “coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos.” E isso sim representa uma novidade: “se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*.” Portanto, o conceito de *homo sacer* apresenta-se, para Agamben, como figura ilustrativa do estatuto político do homem da contemporaneidade.

Isso porque, no paradigma político denunciado por Agamben, quando uma vida não se normaliza do modo imposto pelo direito, ela poderá ser catalogada como vida perigosa e, nesse caso, pode, a qualquer momento, sofrer uma suspensão do direito que a colocará numa forma de exceção e, conseqüentemente, em algum tipo de campo. Quer dizer: “uma vez que a política moderna é cada vez mais uma biopolítica, ninguém está a salvo de, num dado momento e por uma determinada circunstância, cair sob a exceção decretada por uma vontade soberana e tornar-se *homo sacer*.” (RUIZ, 2012, p. 14).

Isso demonstra que o Estado de direito jamais conseguiu abolir plenamente o estado de exceção, que permaneceu em estado latente, pronto para ser utilizado a toda vez que a ordem social estivesse ameaçada por qualquer pessoa ou grupo social. Nesse sentido, lembra Zaffaroni (2007, p. 170) que as “courageiras” que aprisionam o Estado de polícia no seio do Estado de Direito não o eliminaram de forma absoluta, apenas o encapsularam, razão pela qual “o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.” (ZAFFARONI, 2007, p. 170, grifos do autor).

No mesmo sentido, Ruiz (2012, p. 6) salienta que o Estado de direito não representa a supressão total da vontade soberana, já que o direito protege a vida parcialmente, uma vez que a cuida ameaçando-a: “nenhuma vida

humana está livre da exceção, exceto a vontade soberana, que já é uma exceção soberana. Todas as vidas, em caso de emergência ou necessidade, estão vulneráveis ao estado de exceção.”

Agamben (2010) também ressalta a contradição: o estado de direito, que pensa ter abolido a vontade soberana, apenas a encapsulou, ou seja, ela permanece oculta para ser utilizada quando for necessário²⁷. Segundo Nascimento (2012, p. 148), temos, aqui, uma preocupação com a governabilidade: “nos casos que exigem uma força fora do normal, a normalidade não pode ser um empecilho e precisa cair. Justifica-se então o estado de exceção. Mesmo no interior das democracias e em defesa do sistema democrático.”

Assim, quando uma pessoa ou um grupo populacional se transforma em uma ameaça à ordem, o Estado pode se utilizar da exceção jurídica para separar os direitos da cidadania da mera vida nua. Como assevera Ruiz (2012, p. 12), “essa separação possibilita expulsar para fora do direito a vida que se pretende controlar na forma de exceção.” E, “na exceção – segue o autor (2012, p. 12) – o direito suspenso torna a vida humana um *homo sacer* exposto à fragilidade da violação sem que o direito possa ser invocado para protegê-lo.”²⁸

²⁷ Nesse sentido, Giacoia Junior (2008, p. 294) destaca que “a sacralidade da vida significa que o poder soberano, como bio-poder, tomou a seu cargo a gestão política da vida biológica, que se tornou o campo de incidência das tecnologias sócio-políticas das disciplinas e da regulamentação. A modernidade é, portanto, em sua essência, bio-política, o que implica em identificar a sacralidade jurídica da vida com sua inclusão sem resíduos no âmbito de poder da decisão soberana.”

²⁸ Nessa mesma linha de raciocínio, ao abordar a relação da teoria de Agamben com a proposta hobbesiana de contrato social, Nascimento (2012, p. 126-127) refere que “tanto Agamben quanto Hobbes estão conscientes de que o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, configurando uma zona anômala dentro do estado civil – ainda que no caso da teoria hobbesiana o mais preciso seria dizer que a introjeção do estado de natureza no estado civil através da pessoa do soberano perfaz a condição de existência e subsistência da sociedade no seu estado de normalidade. O estado de natureza é sempre uma possibilidade virtual do estado de direito, uma vez que a realidade de anomia pode sempre reaparecer, e, na nossa tradição política, essa virtualidade possui um portador: a soberania. O estado de natureza deve então ser encarado como um princípio interno ao Estado, mantido de certo modo oculto, mas que sobressai no momento em que o consideramos como se fosse dissolvido. Minadas as forças do Estado, estando dissolvido em decorrência de guerra externa ou intestina, ‘todo homem tem a liberdade de proteger-se a si próprio por aqueles meios (*sic*) que sua prudência lhe sugerir’. O estado de natureza permanece como um núcleo no corpo do sistema político, pronto para se alastrar e abranger o espaço público num momento de necessidade, abrindo novamente um campo onde tudo se torna possível. Com uma grande diferença, podemos acrescentar: enquanto a necessidade do estado de natureza mantinha-se difusa, no estado de exceção ela será definida pelo soberano que o deflagra. Mas resta aí o nexos entre o estado de natureza e o estado de exceção. Não se trata evidentemente de um

A figura da exceção, em determinadas circunstâncias, permite, portanto, a suspensão do direito sobre certas pessoas ou grupos, transformando a vida em vida nua, ou seja, vida vulnerável, facilmente controlável. Ruiz (2012, p. 22) salienta, a propósito, que “o estado de exceção visa sempre o controle (bio) político da vida humana, tornando-se uma técnica biopolítica e policial muito eficiente para controlar e governar os grupos sociais perigosos”, razão pela qual os Estados modernos “não cessam de utilizar uma e outra vez a exceção jurídica como uma técnica política e policial de governar as populações que eles consideram perigosas.”

Ocorre que, na medida em que as decisões excepcionais vão se tornando mais habituais, a exceção tende a se transformar em normalidade e, nesse rumo, “o uso constante da exceção como forma de controle das vidas ‘perigosas’, torna-a uma técnica política de governo da vida humana amplamente utilizada pelos Estados modernos.” (RUIZ, 2012, p. 22).²⁹ A particularidade da exceção jurídica moderna reside justamente nesse ponto: na sua eficiente versatilidade como técnica de governo de grupos ou classes sociais considerados indesejados ou perigosos, segundo os critérios de quem tem o poder para assim considerá-los, ou seja, a vontade soberana.

É por isso que, na crítica de Butler (2009, p. 61) à paranoia americana na luta contra o terrorismo, não existem obituários para as baixas da guerra causadas pelos Estados Unidos contra os “inimigos combatentes”. E isso pelo simples fato de que ditos obituários não poderiam existir: “si tuvieran su obituario tendrían que haber sido vidas, vidas dignas de atención, vidas que valiera la pena preservar, vidas que merecieran reconocimiento.” Ou seja, não há obituário para a vida nua. O *homo sacer* não é digno de um obituário. Com efeito, o obituário não é outra coisa senão reconhecimento, ou seja, um instrumento por meio do qual uma vida chama a atenção, e passa a ser

simple retorno: o que antes havia sido barrado se materializa agora na forma do estado de exceção, a zona de indistinção criada pelo segundo gera um campo em que natureza e direito transitam um pelo outro.”

²⁹ Bartolomé Ruiz (2012, p. 5) salienta, a propósito, que “a vontade soberana que tem o poder de decretar a exceção não está circunscrita aos regimes absolutistas tradicionais. Agamben chama atenção para a presença latente ou real da vontade soberana na ordem moderna, inclusive do estado de direito. A presença da vontade soberana na sombra da ordem social coloca a vida humana, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Isso quer dizer que, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representasse para a ordem uma ameaça real ou suposta, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas.”

recordada com dor. Logo, “si el fin de una vida no produce dolor no se trata de una vida, no califica como vida y no tiene ningún valor. Constituye ya lo que no merece sepultura, si no lo insepultable mismo.”

Segundo Pérez Cepeda (2007, p. 134), isso representa uma mudança de paradigma, uma vez que não se valoriza o destinatário da norma como pessoa, postergando com isso sua dignidade humana ao convertê-lo em um inimigo do sistema. Ao criar-se o estatuto de “combatente inimigo” ou tratar de justificá-lo ou explicá-lo, evidencia-se uma fraude à lei, ao deixar fora do sistema jurídico interno e até mesmo fora da normativa internacional os suspeitos de terrorismo. Além disso,

el principio de enemistad tiende a aplicarse a cualquiera que amenaza al orden constituido. Por la otra, como modelo autoritario, utiliza la técnica de la emergencia o la excepcionalidad lejos de desaparecer han alcanzado su auténtico cenit, es decir, se habla de guerra permanente para otorgar un poder ilimitado al ejecutivo, no solo desestabilizando el equilibrio necesario entre los tres poderes del Estado, sino que este tipo de confusión entre actos del poder ejecutivo y los del legislativo es una de las características esenciales del Estado de excepción. Para esta legislación, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. Razón por la que esta legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria, como sucede en la lucha contra el terrorismo y/o delincuencia organizada, acaba convirtiéndose en el modelo de legislación normal, a la que inevitablemente contagiar.

Nesse rumo, a criação de uma atmosfera de medo dos “inimigos declarados” – personificados ora pelo “terrorista”, ora pelo “criminoso contumaz”, ora pelo “imigrante irregular” – converte-se em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos de um Ocidente que, na linguagem de Chomsky (2002), sempre foi bastante eclético na sua escolha de inimigos, sendo os critérios de escolha, basicamente, a subordinação e o servilismo ao poder. Delmas-Marty (2010, p. 120) assevera que “la ‘frénésie sécuritaire’ tend à transformer le contrat social en une sorte de contrat d’assurances tous risques qui caractérise les regimes de suspicion: chaque individu est un suspect potentiel.”

Hardt e Negri (2005, p. 55-56), nesse mesmo sentido, destacam que esta presença constante de um “inimigo” e a ameaça da “desordem” que ele

pode desencadear são necessárias para legitimar a violência despendida pelo Estado no seu encalço. Para os autores, não surpreende o fato de que “quando a guerra constitui a base da política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade”, razão pela qual é funcional que o inimigo deixe de ser concreto e localizável, a fim de se transformar em “algo fugidio e inapreensível”: “o inimigo é desconhecido e invisível, e no entanto está sempre presente, como se fosse uma aura hostil.” Logo, “a presença do inimigo demonstra a necessidade de segurança.”

Com efeito, as políticas de segurança contemporâneas são assentadas em uma lógica paranoica de controle total sobre uma ameaça futura e de ataques preventivos contra ela: “a perspectiva de um ato terrorista assustador é hoje evocada para justificar incessantes ataques preventivos”, razão pela qual se pode afirmar que “o estado em que vivemos hoje, da ‘guerra ao terror’, é o estado da ameaça terrorista eternamente suspensa”³⁰. Nesse Estado, “a Catástrofe (o novo ataque terrorista) é considerada certa, mas ela é indefinidamente adiada”, o que significa dizer que ainda que aconteça um ataque mais trágico do que os de 11 de Setembro, ainda não será considerado “aquele” que está por vir. Nesse rumo, olvida-se “que a verdadeira catástrofe já é esta vida sob a sombra da ameaça permanente de uma catástrofe.” (ŽIŽEK, 2003, p. 12).

³⁰ A propósito do tema, Hardt e Negri (2005, p. 42-43) asseveram que “um dos indícios do caráter ativo e constituinte da guerra é a mudança da política de ‘defesa’ para a de ‘segurança’ promovida pelo governo americano, especialmente como um dos elementos da guerra contra o terrorismo desde setembro de 2001. No contexto da política externa americana, a mudança de defesa para segurança significa transição de uma atitude reativa e conservadora para uma atitude ativa e construtiva, tanto dentro quanto fora das fronteiras nacionais: da preservação da atual ordem social e política interna para sua transformação, e assim também de uma atitude de guerra reativa, ante ataques externos, para uma atitude ativa destinada a prevenir um ataque. Devemos ter em mente que as modernas nações democráticas baniram unanimemente todas as formas de agressão militar, recebendo seus parlamentos, das respectivas constituições, poderes apenas para declarar guerras defensivas. Da mesma forma, o direito internacional sempre proibiu de maneira decisiva quaisquer ataques preventivos, de acordo com os direitos da soberania nacional. Entretanto, a atual tendência para justificar ataques e guerras preventivos em nome da segurança solapa abertamente a soberania nacional, tornando cada vez mais irrelevantes as fronteiras nacionais. Desse modo, tanto no interior da nação quanto fora dela, os partidários da segurança exigem mais que a simples manutenção da atual ordem, alegando que se esperarmos para reagir às ameaças, será tarde demais. A segurança exige que se esteja constante e ativamente *condicionando o ambiente através de ações militares e/ou policiais*. Só um mundo ativamente condicionado pode ser considerado seguro. Este conceito de segurança é portanto uma forma de biopoder, na medida em que encarna a missão de produzir e transformar a vida social em seu nível mais geral e global.”

Ao constatar que, na política contemporânea, na guerra ao inimigo, todas as armas são passíveis de legitimação, Agamben (2010, p. 26-27) dissente de Foucault, ao asseverar que o campo – e não a prisão – é que passa a funcionar como paradigma da política moderna: “enquanto o direito carcerário não está fora do ordenamento normal, mas constitui apenas um âmbito particular do direito penal, a constelação jurídica que orienta o campo é [...] a lei marcial ou o estado de sítio.” Quer dizer: “o campo, como espaço absoluto de reclusão, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão”, de modo que “é este espaço de exceção, no qual o nexo entre localização e ordenamento é definitivamente rompido, que determinou a crise do velho ‘*nómos da terra*’.”

Em Agamben, portanto, o campo não se limita a uma experiência pontual da barbárie nazista, porque constitui uma figura jurídico-política inerente ao Estado moderno³¹. Para o autor, a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e de criação de um espaço para a vida nua. Logo, nessa ótica, é possível constatar que todos se encontram virtualmente na presença de um campo cada vez que uma estrutura assim se cria, sendo citados alguns exemplos bastante emblemáticos disso:

será un campo tanto el estádio de Bari, donde en 1991 la policía italiana hacinó provisoriamente a los inmigrantes clandestinos albaneses antes de devolverlos a su propio país, como el velódromo de invierno en el que la autoridad de Vichy acogió a los judíos antes de entregárselos a los alemanes; tanto em campo de prófugos en la zona fronteriza con España en el que murió preso en 1939 Antonio Machado como las zonas de espera de los aeropuertos internacionales franceses en las que permanecían retenidos los extranjeros que pedían que se los reconociera con el estatuto de refugiados. En todos estos casos, un lugar aparentemente anódino (por ejemplo, el Hotel Arcades em Roissy) delimita en realidade un espacio en el cual el ordenamento normal es de hecho suspendido, y en cual los extranjeros pueden ser retenidos en la zona de espera antes de la intervención de la autoridad judicial. (AGAMBEN, 1998, p. 53-54).

³¹ Mesmo não sendo objeto da presente pesquisa, cumpre salientar que a proposta de Agamben, ao empreender a pesquisa *Homo sacer* (desenvolvida nas obras *Homo Sacer I – O poder soberano e a vida nua, Estado de exceção e O que resta de Auschwitz*) é justamente preencher uma “lacuna” deixada pelas investigações desenvolvidas por Michel Foucault e Hannah Arendt. Segundo Agamben (2010), Foucault, mesmo tendo definido o conceito de biopolítica, deixou de lado a análise do campo de concentração que, na sua ótica, como salientado, apresenta-se como expressão por excelência da biopolítica moderna; Arendt, por sua vez, mesmo tendo elaborado um aprofundado estudo acerca do fenômeno do totalitarismo, em nenhum momento debateu o assunto a partir de uma perspectiva biopolítica.

O campo configura-se, portanto, como um espaço fora do direito no qual a lei coincide com a vontade soberana. Encontra-se, aqui, uma diferença substancial entre o campo e a prisão: enquanto na prisão a vida interna encontra-se regulada pelo direito penal, de modo que a vida da prisão pode ser considerada uma vida condenada mas também protegida pelo direito penal, no campo, a vida depara-se com a ausência absoluta de qualquer proteção, já que no campo vigora o arbítrio de quem o governa e, por estar fora do direito, no campo tudo é permitido.

Assiste-se, portanto, em meio à paranoia securitária contemporânea em decorrência da busca pela prevenção a todo custo a novas investidas terroristas, a um incremento da biopolítica³², ou seja, da cada vez maior implicação da vida natural (zoé) do homem nos mecanismos e cálculos do poder. Com efeito, esta categoria foucaultiana (2008a, 2008b, 2010, 2012) assume o papel de uma importante ferramenta conceitual para o diagnóstico e a compreensão das crises políticas da contemporaneidade³³ e, como destaca Duarte (2010, p. 205), para antever os seus “inúmeros desdobramentos possíveis em relação ao futuro.” Afinal, segundo Agamben (2010, p. 118), esse irromper da biopolítica representa apenas a culminância de um processo: “antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo.”³⁴ É com essa tema que se ocupa o tópico que segue.

³² Segundo Revel (2011, p. 24), “o termo ‘biopolítica’ designa a maneira pela qual o poder se encaminha para a transformação, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, a fim de governar não só os indivíduos por meio de uma série de procedimentos disciplinares, mas também o conjunto dos seres vivos que compõem a população: a biopolítica – por meio dos biopoderes locais – se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade etc., na medida em que tais gestões se tornaram apostas políticas.”

Esposito (2006, p. 7), por sua vez, vai conceituar biopolítica, em termos amplos, como “la implicación cada vez más intensa y directa que se establece, a partir de certa fase que se puede situar en la segunda modernidade, entre las dinámicas políticas y la vida humana entendida en su dimensión específicamente biológica.”

³³ De acordo com Birman (2005, p. 30), a biopolítica constitui a “matriz epistêmica e política que delineou todo o processo de medicalização do Ocidente, confundindo-se mesmo com a modernização deste, iniciada na virada do século XVIII para o século XIX.”

³⁴ Um exemplo privilegiado disso pode ser buscado em Bartolomé Ruiz (2012, p. 16) quando o autor, ao analisar o caso da escravidão, destaca que ela “não é um fenômeno pontual, isolado da lógica biopolítica moderna. Os mais de três séculos comercializando seres humanos como política de Estado a serviço do mercado consolidaram a biopolítica como lógica da política moderna. Na escravidão, as nações modernas, na aurora de seu surgimento, já levaram ao paroxismo as consequências da lógica biopolítica. Mostraram que a lógica da racionalidade instrumental, quando tem a liberdade de agir segundo seus próprios interesses, conduz

1.2 Os contornos biopolíticos da produção da vida nua e a expansão do Direito Penal

Na concepção de Foucault (2010, p. 201), a biopolítica, ou seja, essa “assunção da vida pelo poder” ou “estatização do biológico” foi “um dos fenômenos fundamentais do século XIX” e representa um câmbio importante em relação à teoria clássica da soberania: se na teoria clássica da soberania o soberano, ao deter o poder em relação à vida e à morte do súdito, poderia fazê-lo morrer ou deixá-lo viver, a biopolítica é o fenômeno que vai completar esse velho direito de soberania “com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer.” (FOUCAULT, 2010, p. 202). Na mesma linha de raciocínio, “pode-se dizer que o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte.” (FOUCAULT, 2012, p. 150). Faz-se viver, e abandona-se à morte, portanto. *Laissez-faire!*

Foucault (2012) procura, então, demonstrar o importante deslocamento que ocorreu na passagem do século XVIII para o século XIX na forma de exercício do poder soberano: ele deixa de se afirmar enquanto um poder de “matar a vida” e passa a fazê-lo enquanto um poder que “gerencia a vida”, um poder que tem por objetivo o saneamento do corpo da população de modo a depurá-lo de todas as infecções internas. O poder, agora, passa a ser exercido sobre a vida, fixando-se ao longo de todo o seu desenrolar. A morte é o momento que escapa a esse poder, é o seu limite, ou seja, o momento mais “privado” da existência de uma pessoa³⁵.

inexoravelmente à barbárie. Ela reduz a vida humana a mero recurso natural, degradando-a ao extremo, quando tem liberdade para fazê-lo. O *homo sacer* está na origem do Estado e do mercado modernos, e a liberdade dos mercados tornou-se a racionalidade operativa que conduz essa lógica biopolítica.” O autor (2012, p. 11) também menciona que “as políticas migratórias dos sucessivos governos brasileiros, favorecendo a vinda de europeus brancos, italianos, alemães, ucranianos, letones, etc., aos que se lhes outorgava terras, ferramentas, alimentos, etc., enquanto se marginalizava a população negra descendente de escravos, condenando-a às favelas das periferias urbanas, expulsando-a para os confins das regiões mais pobres do Brasil, é mais um exemplo de biopolítica do Estado moderno.”

³⁵ Foucault (2012, p. 151) busca explicar, assim, de que modo o suicídio se transformou em uma das primeiras condutas que entraram no campo da análise sociológica no século XIX. Com efeito, o suicídio “fazia aparecer, nas fronteiras e nos interstícios do poder exercido sobre

Segundo o autor acima referido (2003, p. 80), o capitalismo³⁶ que se desenvolvia no final do século XVIII e no início do século XIX foi o responsável pela socialização de um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, de trabalho. Nessa ótica, a formação do capitalismo ocasiona justamente a entrada da vida humana na história. No sistema capitalista de produção, instrumentalizar o saber sobre a vida é imprescindível, uma vez que viabiliza tanto o controle quanto a inserção das pessoas nos processos de produção. Há, com isso, um ajuste dos fenômenos naturais (nascimento, reprodução, morte) aos processos econômicos. O objetivo é controlar as consequências dos fenômenos naturais de modo que elas signifiquem ganhos econômicos. Segundo Barbosa (2013, p. 5), “em lugar da morte, o poder passa a gerir a vida, de forma positiva, para que cresça e se multiplique, sob controles precisos e regulações de conjunto.” O acoplamento entre a biopolítica e o capitalismo, assim, é viabilizado/evidenciado: por meio de controles diversos sobre a vida (demografia, higiene pública, projetos de urbanismo, etc) transforma-se os indivíduos em população, ou seja, produz-se um grande – e produtivo – “corpo mecânico”.

Isso evidencia que “o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo,

a vida, o direito individual e privado de morrer.” Daí a preocupação: “essa obstinação em morrer, tão estranha e contudo tão regular, tão constante em suas manifestações, portanto tampouco explicável pelas particularidades ou acidentes individuais, foi uma das primeiras surpresas de uma sociedade em que o poder político acabava de assumir a tarefa de gerir a vida.”

³⁶ A partir da ótica foucaultiana (2012, p. 153-154) o biopoder “foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas, o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como *instituições* de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de bio-política, inventados no século XVIII como *técnicas* de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo as relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do bio-poder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento.”

com o corpo”, afinal, “o corpo é uma realidade bio-política.” Portanto, “é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo.” (FOUCAULT, 2012, p. 155).

A propósito dessa dimensão biopolítica do corpo, Butler (2009, p. 52) salienta que

la piel y la carne nos exponen a la mirada de los otros, pero también al contacto y a la violencia, y también son cuerpos los que nos ponen en peligro de convertirnos en agentes e instrumentos de todo esto. Aunque luchemos por los derechos sobre nuestros propios cuerpos, los cuerpos por los que luchamos nunca son lo suficientemente nuestros. El cuerpo tiene una dimensión invariablemente pública. Constituido en la esfera pública como un fenómeno social, mi cuerpo es y no es mío. Entregado desde el comienzo al mundo de los otros, el cuerpo lleva sus huellas, está formado en el crisol de la vida social.

Retomando esse tema, Agamben (2010, p. 122) refere que a grande metáfora hobbesiana do Leviatã, cujo corpo é formado pelos corpos de todos os indivíduos que compõem a sociedade, deve ser lida sob esta luz, uma vez que “são os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente.” Para Esposito (2006, p. 8),

es quizás con Hobbes, es decir, en la época de las guerras de religión, que la cuestión de la vida se instala en el corazón mismo de la teoría y de la praxis política. Para su defensa es instituido el Estado Leviatán, y, a cambio de protección, los súbditos le entregan aquellos poderes de los que están naturalmente dotados. Todas las categorías políticas empleadas por Hobbes y por los autores, autoritarios o liberales, que le siguen (soberanía, representación, individuo), en realidad sólo son una modalidad lingüística y conceptual de nombrar o traducir en términos filosófico-políticos la cuestión biopolítica de la salvaguarda de la vida humana respecto de los peligros de extinción violenta que la amenazan.

O sobredito autor observa que, com efeito, nunca, na época antiga e medieval, a conservação da vida enquanto tal constituiu o objetivo prioritário da atuação política como ocorreu precisamente na Idade Moderna (ESPOSITO 2006). E é a partir dessa perspectiva que, segundo Agamben (2010, p. 124-125) as declarações de direitos não podem ser compreendidas como meras proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos (por meio das quais o legislador restaria vinculado ao respeito pelos princípios éticos eternos), mas que devem ser compreendidas de acordo com a função histórica que desempenham efetivamente na formação do moderno Estado-nação: elas

representam, nesse rumo, “o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional” sua função é assegurar “a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*.” O fato de que “através delas, o ‘súdito’ se transforme [...] em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.” Para o autor, portanto, as declarações de direitos – desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – são o *locus* da inscrição moderna da biopolítica

Em Agamben (2010, p. 125), o corpo do “sujeito soberano”, fundamento do novo Estado-nação, representa a reunião dos princípios de natividade e de soberania que haviam sido separados no *Ancien Regime*, no qual o nascimento dava lugar ao *sujet* (súdito). Em razão disso, não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, “se esquecermos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio de soberania.” Há, aqui, uma ficção implícita de que o “*nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum.” Desse modo, “os direitos são atribuídos ao homem [...], somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão.”

Isso significa dizer, portanto, que as declarações de direitos, ao mesmo tempo em que podem ser compreendidas enquanto instrumentos de garantia de direitos individuais e liberdades públicas, também podem ser vistas como instrumentos de ressignificação e investimento político da vida nua no corpo do Estado-nação. Assim, “ao lado da função emancipatória das declarações de direitos fundamentais, seria também indispensável perceber que elas integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder.” (GIACCOIA JUNIOR, 2008, p. 284).

Esse pensamento evidencia-se particularmente no caso dos refugiados. O refugiado representa aquela figura que perdeu os seus direitos e garantias efetivos em virtude do fato de ter sido banido do seu território estatal, ou que se

aventura fora desse território sem estar de posse da documentação exigida. Ou seja: o refugiado ilustra o fato de que “o suporte fundamental da cidadania permanece sendo a vida natural, o fato puro do nascimento no território de um Estado-nação determinado.” (DUARTE, 2010, p. 298).

Em virtude disso, Agamben (2010, p. 128) considera que se os refugiados – cujo número nunca parou de crescer ao longo do século XX – representam, para o ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento inquietante, isso se deve ao fato de que “rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre *nascimento* e *nacionalidade*, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna.” Os refugiados trazem à tona o resíduo entre nascimento e nação, fazendo surgir “por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto.” Nesse sentido, o autor concorda com a afirmação da Hannah Arendt, no sentido de que o refugiado seria, verdadeiramente, o “homem dos direitos”, afinal, ele é “a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre”, razão pela qual “a sua figura é tão difícil de definir politicamente.”

Em razão disso, Agamben (2010, p. 130) assevera que

o refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que um conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-nação, do nexos nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma política em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos.

O processo de inscrição da vida nua na política por meio da biopolítica é um dos temas sobre os quais a análise foucaultiana (1987, 2003, 2012) dos mecanismos de poder³⁷ vai se debruçar. Para o francês, a biopolítica nasce no

³⁷ Aqui, é importante referir que “o conceito de poder para Foucault não deve ser equivalente aos conceitos de repressão, lei, soberania, instituições e aparelhos do Estado como comumente é analisado. Foucault não se refere a uma forma de sujeição realizada por leis e regras, nem a um sistema de dominação de uns sobre outros. Ao contrário, poder é entendido como multiplicidade de correlações de forças, como jogo, estratégias móveis. Ou seja: poder visto como potencialidade criadora, própria do ser humano, que se faz aparecer nas práticas e nas relações humanas. Falamos de poder enquanto relação de forças, enquanto prática, enquanto poder circulante, não estático nem centralizado em um ponto. Falamos de exercício de poder e não de aquisição do mesmo. O poder também não pertence a alguém, isto é, não provém de uma relação entre dominados e dominadores; não é uma instância dual, binária, mas sim uma instância onipresente, isto é, se produz a cada instante, em todos os pontos, em todas as relações.” (BOFF, 2008, p. 190).

rastrado da disciplina, com a particularidade de que, enquanto esta, nos séculos XVII e XVIII, era voltada essencialmente ao corpo individual, colimando a sua adaptação ao trabalho – tecnologia disciplinar do trabalho, portanto –, aquela representa uma segunda tomada de poder, não mais sobre o corpo individual, mas sobre as massas. Passa-se, a partir da segunda metade do século XVIII, do homem-corpo para o homem-espécie, no momento em que a dicotomia homem-sociedade passa a ser agregada a noção de *população*. Segundo Duarte (2010, p. 222), “o que se produziu por meio da atuação específica da biopolítica não foi mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas a própria gestão calculada da vida do corpo social.”

Torna-se possível, diante do exposto, a afirmação de que Foucault chega aos conceitos de biopolítica e biopoder quando vislumbra um câmbio operado ao longo do século XVII e XVIII – sobretudo na virada para o século XIX – da forma como se estrutura o poder: se antes ele era a soma de micropoderes disciplinares que tinham por objetivo a administração do corpo individual, ou seja, que partiam de uma visão do corpo enquanto máquina – o que se vislumbra pela gradativa formação de instituições como a escola, o hospital, o exército e a fábrica, cujos objetivos centravam-se no adestramento dos corpos individuais e na extorsão de suas forças paralelamente ao crescimento de sua utilidade e docilidade, de modo a integrá-lo a sistemas de controle eficazes³⁸ –, agora o poder disciplinador e normalizador já não mais é exercido sobre os corpos individualizados, mas sim sobre o corpo-espécie, e tampouco se encontra disseminado em instituições sociais. Ele passa a se

Sobre esse tema, Duarte (2010, p. 212) assevera que, em Foucault, “o poder é sempre plural e relacional, exercendo-se em práticas heterogêneas e sujeitas a transformações no interior de instituições sociais determinadas. O poder se dá em um conjunto de relações e práticas sociais constituídas historicamente, que atuam por meio de dispositivos estratégicos dos quais ninguém escapa, pois não há região da vida social que esteja isenta de seus mecanismos.”

³⁸ Foucault (1987, p. 153) refere que o poder disciplinar é um poder que “em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] ‘Adestra’ as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. [...] O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.”

concentrar na figura do Estado e se exerce a título de política estatal que objetiva a administração da vida e do corpo da população.

Na lição de Revel (2011, p. 25), “enquanto a disciplina sucedia como ‘anátomo-política’ dos corpos e se aplicava basicamente aos indivíduos, a biopolítica representa, portanto, essa grande ‘medicina social’ que se aplica à população com o propósito de governar sua vida: a vida faz, daí em diante, parte do campo do poder.” Da disciplina – cujo objetivo era o adestramento dos corpos – passa-se ao biopoder – cujo objetivo é o adestramento da população, ou melhor, da *vida* da população. Da “*anátomo-política do corpo humano*” parte-se para “*uma bio-política da população.*” (FOUCAULT, 2012, p. 152).

Para Foucault (2010, p. 206), “a biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder.” Logo, os fenômenos que passam a ser levados em consideração, aqui, são os coletivos, ou seja, aqueles “que só aparecem com seus efeitos econômicos e políticos, que só se tornam pertinentes no nível da massa”, o que significa dizer que “a biopolítica vai se dirigir, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração.” (FOUCAULT, 2010, p. 206-207).

Por biopoder, portanto, Foucault vai designar a inclusão da vida mesma no âmbito de ação estatal por meio de políticas sanitárias, urbanísticas ou educativas. O soberano, aqui, aprende a dizer *sim*, passando do *não proibitivo* ao *sim governativo*. O poder passa a ser visto como condução de si mesmo e dos outros, uma intensificação e totalização da dominação que é acompanhada, paradoxalmente, por sua limitação. Na obra na qual inaugura a discussão acerca da biopolítica, Foucault (2012, p. 156) destaca: “o homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”

A biopolítica, ao contrário dos mecanismos disciplinares, não vai buscar a alteração do indivíduo, não se ocupa dos fenômenos individuais, dos homens isoladamente considerados. A partir de previsões, estimativas, estatísticas e medições, ela vai priorizar as *intervenções* nos fenômenos em nível global, com o escopo de estabelecer mecanismos reguladores que, “nessa população

global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações”. Quer dizer: vai se preocupar em “instalar mecanismos de previdência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos” de forma a “otimizar [...] um estado de vida.” (FOUCAULT, 2010, p. 207).

É nesse momento, portanto, que se percebe “a potência da vida humana que é ‘aproveitada’ pelo Estado e pelas instituições como elemento de poder”, ou seja, passa-se a incluir a vida humana nos cálculos do poder, sendo a lógica do biopoder justamente “cuidar da vida humana a fim de que ela seja produtiva.” (BOFF, 2008, p. 193). A potência da morte que outrora simbolizava o poder soberano, portanto, passa a ser recoberta pela administração dos corpos, pela gestão calculista da vida³⁹.

O foco, na biopolítica, deixa de ser o corpo individual, a consideração do indivíduo no nível do detalhe – como na disciplina. Esses mecanismos disciplinares – que visavam à docilidade dos corpos, ou seja, ao disciplinamento dos corpos, e também do tempo e do espaço, de modo a adaptá-los e torná-los úteis ao sistema de produção vigente – são substituídos por mecanismos globais que objetivam estados globais de equilíbrio, de regularidade, “de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação.” (FOUCAULT, 2010, p. 207).⁴⁰ Com efeito, na medida em que

³⁹ Brandariz García (2007, p. 30) refere que esse processo marca o “tránsito desde una lógica del poder centrada en exclusiva en la soberanía, esto es, en el desarrollo de mecanismos de mera perpetuación del poder, a otra que cabe calificar de “*gobernalidad*” o “*gubernamentalidad*”, en la que, sin abandonar la finalidad de la autoconservación, se desarrolla una verdadera ciencia del gobierno, en la articulación entre saber y poder, que da vida a los planteamientos disciplinarios, orientados a la gestión de las poblaciones en función de los flujos productivos que las atraviesan. En esa nueva lógica, las consideraciones productivas se introducen en la Razón de Estado, de modo que una de las funciones del ejercicio del poder será gestionar territorios y poblaciones maximizando las potencialidades productivas, es decir, intentando articular – en cierta medida, recuperar – la cooperación productiva humana. Se passa de una forma de poder externa a los procesos sociales que simplemente prohíbe (operando a través de la muerte), a otra interna que regula y ordena (gestionando la vida).

⁴⁰ Foucault (2010, p. 209-210) estabelece um interessante paralelo entre a disciplina e a biopolítica: “temos, portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa

se “normaliza” a população, em que se “regulamenta” a população, torna-se mais fácil controlá-la e otimizar a sua produtividade.

Isso explica, por exemplo, como podem estabelecer-se relações entre sistemas que são à primeira vista absolutamente incompatíveis entre si, como as democracias parlamentares e o estados totalitários. Na medida em que a vida se transforma no centro das intervenções políticas, esses liames se explicam porque se passa a buscar justamente a organização que se revela mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. Logo, as dicotomias tradicionais – como, por exemplo, direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, público e privado – perdem sua clareza, entrando em uma zona de indeterminação ao mesmo tempo que a vida nua se transforma em seu referencial (AGAMBEN, 2010).

Na perspectiva foucaultiana, torna-se importante analisar a forma como ambos os mecanismos de poder – o disciplinar e o regulamentador –, se relacionam: em que pese não estarem no mesmo nível, não há um processo de auto-exclusão, mas de articulação. A origem das “sociedades do controle” contemporâneas está justamente nas técnicas disciplinares de padronização dos corpos nas instituições ao longo dos séculos XVII e XVIII e que nos séculos XX e XXI espraia-se para a sociedade como um todo, objetivando a normalização dos indivíduos em diversas instâncias, induzindo comportamentos – como, por exemplo, determinados padrões de consumo – e fabricando subjetividades não autênticas.

O que vai permitir essa articulação entre as duas formas de exercício de poder identificadas é a *norma*, uma vez que ela “é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar.” Logo, a sociedade de normalização não é outra coisa senão “uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço”, ou

viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa portanto não o treinamento individual, mas, pelo equilíbrio global, algo como uma homeóstase: a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos. Logo, uma tecnologia de treinamento oposta a, ou distinta de, uma tecnologia de previdência; uma tecnologia disciplinar que se distingue de uma tecnologia previdenciária ou regulamentadora; uma tecnologia que é mesmo, em ambos os casos, tecnologia do corpo, mas, num caso, trata-se de uma tecnologia em que o corpo é individualizado como organismo dotado de capacidades e, no outro, de uma tecnologia em que os corpos são recolocados nos processos biológicos de conjunto.”

seja, “uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação.” Por meio desses mecanismos – disciplina e regulamentação – o poder, a partir do século XIX, passa a incumbir-se da vida, quer dizer, “ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra.” (FOUCAULT, 2010, p. 213).

É a norma, portanto, que passa a regulamentar a vida humana, a partir da lógica segundo a qual quem segue a norma pode considerar-se inserido no tecido societal. Como salienta Ruiz (2004, p. 83), o poder normalizador é exercido com o objetivo de produzir subjetividades funcionais. Não se trata de um poder que se manifesta de modo ostensivo, mas que atua anonimamente, buscando não a submissão vertical ao soberano, mas sim a colaboração ativa da população, ou seja, “persegue o adestramento das vontades para uma integração ativa dos indivíduos nos objetivos propostos.” Desse modo, “o poder normalizador funciona de modo invisível no sentido de que as pessoas são treinadas, educadas, informadas, normalizadas para assumir uma atitude comportamental de assentimento ativo incorporando como próprios os valores hegemônicos.”

O paradoxo que se apresenta, nesse viés, diz respeito a como conciliar o direito de matar com um exercício de poder preocupado essencialmente com a vida, seja no que concerne a aumentá-la, seja no que se refere a prolongá-la ou, ainda, multiplicar suas possibilidades à medida que desvia seus acidentes e compensa suas deficiências. A grande questão que se coloca então é como se pode exercer o poder da morte num sistema político centrado no biopoder. Como objetiva Foucault (2012, p. 150), “de que modo um poder viria a exercer suas mais altas prerrogativas e causar a morte se o seu papel mais importante é o de garantir, sustentar, reforçar, multiplicar a vida e pô-la em ordem?”⁴¹.

⁴¹ A objeção foucaultiana decorre da análise do paradoxo atinente à legitimação, em um ambiente de biopoder, da pena de morte. Foucault (2012, p. 150) explica, então, o fenômeno da paulatina supressão da pena capital: “os que morrem no cadafalso se tornaram cada vez mais raros, ao contrário dos que morrem nas guerras. Mas foi pelas mesmas razões que estes se tornaram mais numerosos e aqueles mais raros. A partir do momento em que o poder assumiu a função de gerir a vida, já não é o surgimento de sentimentos humanitários, mas a razão de ser do poder e a lógica de seu exercício que tornaram cada vez mais difícil a aplicação da pena de morte. [...] Para um poder deste tipo, a pena capital é, ao mesmo tempo, o limite, o escândalo e a contradição. Daí o fato de que não se pode mantê-la a não ser

O mecanismo que vai permitir o exercício desse poder de morte em um regime de biopoder é o *racismo*, compreendido a partir de uma dupla perspectiva: em um primeiro momento, o racismo pode ser visto como um meio de introduzir no domínio da vida – de que o poder se incumbiu – o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. Para Foucault (2010, p. 214),

no contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder.

Já a segunda função do racismo, revela Foucault (2010, p. 215), será legitimar a morte do “outro” a partir de uma maneira inteiramente nova, compatível com o biopoder: a partir de então, “a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia, mais sadia e mais pura.” A eliminação do perigo biológico representado pelo outro é legitimada, dessa maneira, conforme estiver diretamente relacionada ao fortalecimento da própria espécie ou da raça: “a função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.”

Na análise de Esposito (2006), na medida em que a vida de um povo é racialmente caracterizada, ela também é assumida como um valor supremo, devendo ser conservada incólume em sua constituição originária ou mesmo expandida para além de seus limites. Em um quadro tal, afigura-se como óbvio que a “outra vida”, ou seja, a de outros povos ou outras raças, tende a ser considerada um obstáculo para este projeto, de modo que, em seu nome, deve ser sacrificada.

O refinamento da tese foucaultiana reside justamente nesse ponto: a biopolítica enquanto forma encontrada pelo Estado para “gerir a vida da

invocando, nem tanto a enormidade do crime quanto a monstruosidade do criminoso, sua incorrigibilidade e a salvaguarda da sociedade. São mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros.”

população” não pode ser ingenuamente compreendida pelo seu “caráter humanitário” de administrar, por meio de intervenções políticas, as condições de vida da população. Há um aspecto violento desse controle, denunciado pelo autor, que reside justamente na exigência contínua e crescente da morte em massa do “outro”, enquanto instrumento privilegiado para a garantia de melhores meios de sobrevivência de uma determinada população: “o poder de expor uma população à morte geral é o inverso do poder de garantir a outra sua permanência em vida.” Nesse contexto, o princípio “poder matar para poder viver” se transforma no princípio de estratégia entre os Estados, com a particularidade de que “a existência em questão já não é aquela – jurídica – da soberania, é outra – biológica – de uma população.” (FOUCAULT, 2012, p. 149).

Como assevera Duarte (2010, p. 226-227), Foucault compreendeu que

a partir do momento em que a vida passou a se constituir no elemento político por excelência, o qual tem de ser administrado, calculado, gerido, regado e normalizado, o que se observa não é um decréscimo da violência. Muito pelo contrário, pois tal cuidado da vida trouxe consigo a exigência contínua e crescente da morte em massa, visto que é no contraponto da violência depuradora que se podem garantir mais e melhores meios de vida e sobrevivência de uma dada população.

Toda biopolítica é, nessa medida, também uma tanatopolítica, ou seja, “não há contradição entre o poder de gerência e incremento da vida e o poder de matar aos milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis.” (DUARTE, 2010, p. 227). Portanto, na medida em que o biológico passa a refletir-se no político, toda forma de eugenia, de cisão entre o que é considerado *normal* e o que é considerado *anormal*, passa a ser justificado. Isso porque o biopoder, em nome da proteção à vida da população, encontra legitimidade para a eliminação de todo perigo a que esta vida possa estar exposta. Segundo Esposito (2006, p. 10-11), “el *bíos* es artificialmente recortado, por una serie de umbrales, en zonas dotadas de diferente valor que someten una de sus partes al dominio violento y destructivo de otra.”

Como ressalta Agamben (2010, p. 127), “uma das características essenciais da biopolítica moderna (que chegará, no nosso século [século XX], à exasperação) é a sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora.” Para

o autor (2010, p. 135), é como se toda valorização e toda politização da vida “implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante” e passa a ser somente “vida sacra”, que, como tal, pode ser impunemente eliminada: “toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus ‘homens sacros’.”

Em um contexto tal, pelo menos potencialmente, a vida humana é convertida em um terreno de decisões que dizem respeito não somente a seus umbrais externos (como, por exemplo, o que distingue a vida animal da vegetal), mas também a partir de seus umbrais internos, o que significa dizer que “será concedido o, más bien, exigido a la política el decidir cuál es la vida biologicamente mejor y también como potenciarla a través del uso, la explotación, o si hiciera la muerte de la vida menos valiosa biologicamente.” (ESPOSITO, 2006, p. 11)⁴². O ponto de decisão reside justamente em definir em que momento uma vida deixa de ser política (e economicamente) relevante e, conseqüentemente, pode ser eliminada do tecido societal.

Neste estado de coisas, o racismo é condição de possibilidade para que se possa exercer o direito de matar. Nas palavras de Foucault (2010, p. 52-53), o racismo de Estado é exercido pela sociedade sobre ela mesma, ou seja, “sobre seus próprios elementos, sobre os seus próprios produtos”; trata-se de um “racismo interno, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social.”

Nesse ponto, é importante consignar que, por “tirar a vida” não se compreende, na perspectiva foucaultiana (2010, p. 216), unicamente o assassinio direto, mas também tudo que pode ser considerado assassinio indireto: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição.”

Com efeito, na medida em que a biopolítica se transforma em tanatopolítica, verifica-se que o ponto de decisão entre o fazer viver e o fazer

⁴² Acerca do tema, Foucault (2010, p. 52) leciona que o discurso, aqui, centra-se em um “combate que deve ser travado não entre duas raças, mas a partir de uma raça considerada como sendo a verdadeira e a única, aquela que detém o poder e aquele que é titular da norma, contra aqueles que estão fora dessa norma, contra aqueles que constituem outros tantos perigos para o patrimônio biológico. E vamos ver, nesse momento, todos os discursos biológico-racistas sobre a degenerescência, mas também todas as instituições que, no interior do corpo social, vão fazer o discurso da luta das raças funcionar como princípio de eliminação, de segregação e, finalmente, de normalização da sociedade.”

morrer desloca-se para áreas cada vez maiores da vida social, razão pela qual Agamben (2010) salienta que a fotografia do *homo sacer* pode ser buscada na imagem do refugiado, do paciente sujeito à eutanásia programada, das cobaias humanas, do comatoso, e onde mais se verifique que o homem esteja sujeito ao poder de ciência e de polícia⁴³. Žižek (2003) vai ainda mais longe, incluindo no rol do filósofo italiano os terroristas prisioneiros norte-americanos, os receptores de ajuda humanitária, os sem-papel na França, os habitantes de guetos nos EUA e de favelas no Brasil. Ao fim e ao cabo, o esloveno refere que, no nível mais elementar, somos todos objetos da biopolítica e, portanto, excluídos como o *homo sacer*.

Daí a afirmação de Nascimento (2012, p.175) no sentido de que “o homem contemporâneo está exposto à violência sem precedentes”, dado que “nunca antes do século vinte os homens foram expostos à morte de forma tão corriqueira e trivial, com o agravante de não se saber sê-lo”. Para ratificar sua afirmação, o autor citado recorre a alguns exemplos na realidade brasileira: os doentes nas filas dos hospitais do sistema público de saúde, os encarcerados em penitenciárias superpovoadas e insalubres, os pacientes abandonados em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciais⁴⁴, os trabalhadores exaustos dos campos de cultivo e extração de cana-de-açúcar, as crianças submetidas ao trabalho escravo, os moradores de ruas dos grandes centros urbanos. O sobredito autor, então, conclui:

da indústria de transplantes de órgãos à especulação imobiliária, passando pelas multinacionais farmacêuticas e usinas de energia, o rio da biopolítica favorece a acumulação dos lucros nas margens que seleciona. E isto ocorre, ao que tudo indica, num ambiente em que a diferença entre enganados e enganadores perde a sua nitidez. (NASCIMENTO, 2012, p. 178).

Retomando o tema da política nazista, Agamben (2008, p. 90) explica como ocorrem essas sucessivas cesuras – referidas por Foucault enquanto

⁴³ O filósofo italiano destaca que “no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar.” (AGAMBEN, 2010, p. 155).

⁴⁴ A propósito deste tema, a obra intitulada *Holocausto Brasileiro*, da jornalista mineira Daniela Arbex (2013) serve para ilustrar como, no Brasil, ao longo do século XX, permitiu-se a morte de cerca de sessenta mil pessoas, entre os muros de uma “colônia” destinada aos portadores de doenças mentais no Estado de Minas Gerais. As pessoas assim diagnosticadas, por décadas, eram confinadas compulsoriamente na referida “colônia” onde, nos períodos de maior lotação, morriam por dia até 16 pacientes.

formas de assassinio indireto – até o ponto no qual o “resultado final”, ou seja, o *homo sacer*, é obtido:

no Reich nazista, a legislação de 1933 sobre a ‘proteção da saúde hereditária do povo alemão’ marca precisamente essa cesura originária. A cesura imediatamente sucessiva é que distinguirá, no conjunto da cidadania, os cidadãos de ‘ascendência ariana’ dos de ‘ascendência não-ariana’; uma cesura posterior separará, entre estes últimos, os judeus (*Volljuden*) em relação aos *Mischlinge* (pessoas que têm apenas um avô judeu ou que têm dois avós judeus, mas que não são de fé judaica nem têm cônjuges judeus na data de 15 de setembro de 1935). As cesuras biopolíticas são, pois, essencialmente móveis e isolam, de cada vez, no *continuum* da vida, uma zona ulterior, que corresponde a um processo de *Entwürdigung* [aviltamento] e de degradação cada vez mais acentuado. Dessa forma, o não-ariano transmuta-se em judeu, o judeu em deportado (*umgesiedelt, ausgesiedelt*), o deportado em internado (*Häftling*), até que, no campo, as cesuras biopolíticas alcancem o seu limite último. O limite é o muçulmano. No ponto em que o *Häftling* se transmuta em muçulmano, a biopolítica do racismo vai, por assim dizer, além da raça e penetra em um umbral em que já não é possível estabelecer cesuras. Nesse momento, o vínculo flutuante entre povo e população se rompe definitivamente e assistimos ao surgimento de algo parecido com uma substância biopolítica absoluta, que não pode ser determinada e nem pode admitir cesuras (*inassegnabile e incesurabile*).

Não é difícil de compreender porque é em um ambiente de guerra que esse exemplo de consecutivas cesuras até o limite da vida sacra pode ser visualizado – afinal, para além do muçulmano, destaca Agamben (2008, p. 90), “há somente a câmara de gás”. Isso porque é na guerra que o racismo encontra a ferramenta para levar adiante o seu projeto genocida. Ao mesmo tempo em que a guerra permite a destruição do adversário político e, com ele, da raça adversa, ela serve como importante instrumento para a regeneração da própria raça, afinal, “quanto mais numerosos forem os que morrerem entre nós, mais pura será a raça a que pertencemos.” (FOUCAULT, 2010, p. 217).

A guerra (com ela e por meio dela) e o genocídio, assumem nesse quadro, o papel de ferramentas largamente utilizadas pela biopolítica para a consecução de seus objetivos. Ao mencionar que nunca na história da humanidade as guerras foram tão sangrentas como a partir do século XIX, e tampouco os regimes políticos haviam, até então, praticado tamanhos holocaustos em suas próprias populações, Foucault (2012, p. 149) salienta que o câmbio ocorre justamente em virtude do surgimento do biopoder, de modo que o “formidável poder de morte [...] apresenta-se agora como o complemento

de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto.”

Em razão disso, já não são mais travadas guerras em nome da defesa do soberano, mas sim em defesa de todos, em um movimento paradoxal: populações inteiras destroem-se mutuamente em nome da necessidade de viver, ou seja, os massacres tornam-se vitais. Essa justificativa – de gestão da vida e da sobrevivência dos corpos e das raças – passa a ser utilizada pelos regimes para travar guerras que causam mortes em massa. Nesse rumo, quanto mais a tecnologia das guerras se volta para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que deflagram e encerram as guerras são tomadas em função da questão nua e crua da sobrevivência. Em síntese: “se o genocídio é, de fato, o sonho dos poderes modernos, não é por uma volta, atualmente, ao velho direito de matar; mas é porque o poder se situa e exerce ao nível da vida, da espécie, da raça e dos fenômenos maciços da população. (FOUCAULT, 2012, p. 149).

Assim, considera-se que o racismo assegura, na economia do biopoder, a função de morte, a partir do princípio de que a morte dos outros representa o fortalecimento da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou população, ou seja, configura-se enquanto elemento de uma pluralidade unitária e viva. E é justamente aqui que reside a particularidade do racismo moderno: ela habita no fato de que ele não se encontra ligado a mentalidades, ideologias ou mentiras do poder, mas à *técnica* ou *tecnologia* do poder, atrelado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a se utilizar da raça – da sua eliminação e da sua purificação – para que possa exercitar seu poder soberano (FOUCAULT, 2010).

Foucault (2010, p. 218) serve-se do exemplo do nazismo⁴⁵, por ele considerado como o desenvolvimento, até o paroxismo, dos novos mecanismos de poder introduzidos a partir do século XVIII, para explicitar sua

⁴⁵ Em outro escrito, Foucault (2012, p. 163) assevera que “sem dúvida, o nazismo foi a combinação mais ingênua e mais ardilosa – ardilosa porque ingênua – dos fantasmas do sangue com os paroxismos de um poder disciplinar. Uma ordenação eugênica da sociedade, com o que ela podia comportar de extensão e intensificação dos micropoderes, a pretexto de uma estatização ilimitada, era acompanhada pela exaltação onírica de um sangue superior; esta implicava, ao mesmo tempo, o genocídio sistemático dos outros e o risco de expor a si mesmo a um sacrifício total.”

tese: “não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas”. Nessa sociedade, o controle das eventualidades próprias dos processos biológicos (procriação, hereditariedade, doenças, acidentes) era um dos principais objetivos do regime. No entanto, essa sociedade, ao mesmo tempo que universalmente previdenciária, seguradora, regulamentadora e disciplinar, era também perpassada, em todo o seu corpo, pelo poder de matar, que não era prerrogativa apenas do Estado, mas de toda uma série de indivíduos, de modo que, “no limite, todos têm o direito de vida e de morte sobre o seu vizinho, no Estado nazista, ainda que fosse pelo comportamento de denúncia, que permite efetivamente suprimir, ou fazer suprimirem, aquele que está a seu lado.”

A guerra, no regime nazista, é colocada como um objetivo político, ou seja, a política deve resultar na guerra, sendo que “a guerra deve ser a fase final e decisiva que vai coroar o conjunto.” Como decorrência disso, o regime nazista não objetiva apenas a destruição das outras raças: busca-se também expor a própria raça ao perigo universal da morte. Isso significa que a defesa da vida e a produção da morte encontram-se em um patamar de indistinção. Logo, “o risco de morrer, a exposição à destruição total, é um dos princípios inseridos entre os deveres fundamentais da obediência nazista, e entre os objetivos essenciais da política.” Busca-se o ponto no qual toda a população esteja exposta à morte, dada compreensão de que “apenas essa exposição universal de toda a população à morte poderá efetivamente constituí-la como raça superior e regenerá-la definitivamente perante as raças que tiverem sido totalmente exterminadas ou que serão definitivamente sujeitadas.” (FOUCAULT, 2010, p. 218-219).⁴⁶

⁴⁶ Foucault (2010, p. 219) assevera, então, que a sociedade nazista “é uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder, mas que generalizou, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. Os dois mecanismos, o clássico, arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da regulamentação, em suma, o novo mecanismo de biopoder, vêm, exatamente, a coincidir. De sorte que se pode dizer isto: o Estado nazista tornou absolutamente coextensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, cultiva biologicamente, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar quem quer que seja – não só os outros, mas os seus próprios. Houve, entre os nazistas, uma coincidência de um biopoder generalizado com uma ditadura a um só tempo absoluta e retransmitida através de todo o corpo social pela formidável junção do direito de matar e da exposição à morte. Temos um Estado absolutamente racista, um Estado absolutamente assassino e um Estado absolutamente suicida. Estado racista, Estado assassino, Estado suicida. Isso se sobrepõe necessariamente e resultou, é claro, ao mesmo tempo na ‘solução final’ (pela qual se quis eliminar, através dos judeus, todas as outras raças

Na lição de Esposito (2006, p. 12)

el potenciamento supremo de la vida de una raza, que se pretende pura, es pagado con la producción de muerte a gran escala. En primer lugar, la de los otros y, al final, en el momento de la derrota, también de la propia, como testimonia la orden de autodestrucción transmitida por Hitler asediado en el búnker de Berlín. Como en las enfermedades llamadas autoinmunes, el sistema inmunitario se hace tan fuerte que ataca el mismo cuerpo que debería salvar, determinando su autocomposición⁴⁷.

Entre a atitude terapêutica e a tanatopolítica, portanto, não há apenas contradição, mas também conexão/complementação. As mortes em massa, no regime nazista, decorreram diretamente da preocupação obsessiva com a saúde do povo alemão. Segundo Esposito (2010, p. 166-167), os médicos nazistas identificavam como “doente” o povo alemão no seu conjunto e “era precisamente a sua cura que requeria a morte de todos aqueles que pela sua simples existência lhe ameaçavam a saúde.”⁴⁸

O paradigma imunitário proposto por Esposito (2010, p. 167) é, segundo ele, o que melhor se presta a explicar o que levou o nazismo a inverter a proporção entre a vida e a morte a favor da segunda até o extremo da autodestruição. Para o autor, o que os nazistas queriam evitar era uma “doença infecciosa”, representada pelo “contágio de seres superiores por seres inferiores”, ou seja, “a luta contra os judeus era propagandeada pelo regime como sendo a que opunha o corpo e o sangue originariamente saudáveis da nação alemã aos germes invasores que se tinham infiltrado no seu interior com

das quais os judeus eram a um só tempo o símbolo e a manifestação) dos anos 1942-1943 e depois no telegrama 71 pelo qual, em abril de 1945, Hitler dava ordem de destruir as condições de vida do próprio povo alemão.”

Esposito (2006, p. 13-14) salienta, nesse rumo, que o nazismo constitui um ponto de ruptura e de virada decisiva dentro da biopolítica, conduzindo-a à máxima antinomia que pode conter o princípio segundo o qual a vida se protege e se desenvolve somente na medida em que se amplia progressivamente o círculo da morte. Além disso, a lógica da soberania também é radicalmente transformada: “mientras que, al menos en su formulación clásica, sólo el soberano mantiene el derecho de vida [o] de muerte sobre los súbditos, ahora, este derecho es concedido a todos los ciudadanos del Reich. Si se trata de la defensa racial del pueblo alemán, cualquiera está legitimado, más bien está obligado a procurar la muerte de cualquier otro y, al final, si la situación lo exige, como en el momento de la derrota final, también a procurar su propia muerte.”

⁴⁷ A imunização é uma analogia utilizada pelo autor para explicitar o modo de funcionamento da biopolítica: “así como para defenderse preventivamente del contagio se inyecta una porción de mal en el cuerpo que se quiere salvaguardar, también en la inmunización social la vida es custodiada en una forma que le niega su sentido más intensamente común.”

⁴⁸ Para o autor (2010, p. 167) o telegrama 71, enviado por Hitler do *bunker* de Berlim, deixa bastante “claro o ponto limite da antinomia nazi: a vida de alguns, e por fim de um só, depende da morte de todos.”

o intuito de minar a sua unidade e mesmo a sua vida.” Em virtude disso, o termo mais adequado para designar a biopolítica nazista é o termo *zoopolítica*, dado que os judeus passaram a ser tratados enquanto animais, meros parasitas que deveriam ser exterminados.

Nesse ponto, Esposito (2010, p. 168) refere as palavras de um oficial nazista dirigidas aos SS chegados ao campo de Charcov: “o anti-semitismo é como a desinfestação. Afastar os piolhos não é uma questão ideológica, é uma questão de limpeza.” E aqui uma declaração prestada pelo comandante de policiamento do Rio de Janeiro, coronel Marcus Jardim, em 2008, após uma operação do BOPE na Vila Cruzeiro, evidencia – pela sua similitude com a fala do oficial do Terceiro *Reich* – o caráter letal do racismo de Estado na contemporaneidade brasileira: “A PM é o melhor inseticida contra a dengue. Conhece aquele produto, [inseticida] SBP? Tem o SBPM. Não fica mosquito nenhum em pé. A PM é o melhor inseticida social.” (TOLEDO, 2008).

Do até aqui exposto, ao retomar o tema da guerra, é possível a afirmação de que, quando ela é instrumentalizada pela biopolítica, acaba por se transformar em um “*regime de biopoder*, ou seja, em uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social”, de modo que “a vida cotidiana e o funcionamento normal do poder passaram a ser permeados pela ameaça da violência da guerra” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 34). Nesse rumo, o limite traçado pela sociedade a fim de definir quem são os homens sacros tende, a partir da lógica da guerra, a alargar-se, de modo que, como assevera Agamben (2010, p. 135), “no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional” cada vida humana e cada cidadão carrega, em seu interior, essa possibilidade: “a vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente.”

Assim como Foucault (2010) denuncia o fato de que, no regime nazista, a tanatopolítica assume proporções universais, na contemporaneidade o estado de guerra global mencionado por Hardt e Negri (2005) demonstra que as proposições de Agamben (2010) acerca da virtual sacralidade de todo ser humano em um contexto de culminância dos processos cujos antecedentes

nazistas foram apenas “laboratórios”⁴⁹ apresentam-se como consequência inarredável. Agamben (2008, p. 155) afirma que “nem a vida nem a morte, mas a produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita constitui a tarefa decisiva do biopoder em nosso tempo.”

Esposito (2006) salienta que a biopolítica assume na contemporaneidade uma posição central, o que se evidencia, por exemplo, a partir da relevância cada vez maior dado ao elemento étnico nas relações internacionais, do impacto das biotecnologias sobre o corpo humano, da centralidade da questão sanitária como índice privilegiado de funcionamento do sistema econômico-produtivo, da prioridade da exigência de segurança em todos os programas de governo, etc. Para o autor (2006, p. 15),

la política aparece cada vez más aplastada contra la desnuda capa biológica, si no sobre el cuerpo mismo de los ciudadanos en todas partes del mundo. La progresiva indistinción entre norma y excepción determinada por la extensión indiscriminada de las legislaciones de emergencia, junto al flujo creciente de inmigrantes privados de toda identidad jurídica y sometidos al control directo de la policía, todo esto señala un ulterior deslizamiento de la política mundial en dirección a la biopolítica.

Ocorre que, com o desenvolvimento tecnológico e seus riscos (BECK, 2010), a guerra se torna efetivamente absoluta. Com armas que viabilizam destruição em massa e, até mesmo, a destruição global, nem mais os “amigos” estão livres de seus efeitos. No decorrer do século XX, o poder destrutivo da vida chegou à sua potência máxima. Auschwitz e Hiroshima são apenas símbolos representativos desse poder. O caráter biopolítico da guerra, portanto, reside justamente aqui:

a capacidade de genocídio e destruição nuclear atinge diretamente a própria estrutura da vida, corrompendo-a, pervertendo-a. O poder soberano que controla tais meios de destruição é uma forma de *biopoder* neste sentido mais negativo e terrível da palavra, um poder que decide de maneira direta sobre a morte – não apenas a morte de um indivíduo ou grupo mas da própria humanidade e talvez mesmo de tudo que existe. Quando o genocídio e as armas atômicas colocam a própria vida no centro do palco, a guerra torna-se *propriamente ontológica*. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 41).

⁴⁹ Martins (2008, p. 167) assevera que “a análise de Agamben coloca lado a lado os acontecimentos de Auschwitz e Guantánamo. A aproximação desses dois eventos distintos e, ao mesmo tempo, semelhantes tem a função de enfatizar que sua análise é filosófica e não histórica, dado que seu propósito é examinar a partir de um modelo, os alicerces de um paradigma de controle típicos do estado moderno.”

A guerra enquanto regime de biopoder, no entanto, não se exerce apenas de modo negativo, no sentido de produção da morte, mas também no sentido positivo, ou seja, de produção da vida. Com efeito, o poder soberano não pode utilizar-se da pura produção da morte para manter-se. A virtualidade – ou possibilidade – da morte é que é responsável por esse efeito de controle absoluto dos corpos – como já denunciava Foucault (2010) em sua análise da sociedade nazista, na qual a possibilidade da morte abarcava toda a população. Como destacam Hardt e Negri (2005, p. 42)

o poder soberano só se sustenta se preservar a vida de seus súditos, ou pelos menos a sua capacidade de produção e consumo. Se chegasse a destruir isto, qualquer poder soberano necessariamente destruiria a si mesmo. Mais importante que as tecnologias negativas de aniquilação e tortura, então, é o caráter construtivo do biopoder. A guerra global não só deve trazer a morte como também produzir e regular a vida.

Além disso, não só a possibilidade da destruição em massa de toda a população é responsável pela manutenção do biopoder, mas também a *individualização* da violência: “quando chega a se individualizar em sua forma extrema, o biopoder transforma-se em tortura.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 41). Essa afirmação se justifica na medida em que, na contemporaneidade, assiste-se a um processo de banalização da tortura, à sua generalização enquanto técnica de controle. A tortura representa “um dos principais pontos de contato entre a ação policial e a guerra” e representa “a outra face do estado de exceção e da tendência do poder político para se furtar ao império da lei”, uma vez que “de acordo com a lógica do estado de exceção, a tortura constitui uma técnica de poder essencial, inevitável e justificável.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 42).

Em Guantánamo, por exemplo, métodos para obter confissões e informações por meio de tormentos físicos e psicológicos foram largamente utilizados. A privação do sono, dentre outras técnicas para desorientar os prisioneiros, ao lado de outras formas de humilhação, como as denunciadas por Khan (2008), foram implementadas sem escrúpulos em nome da eficiência na guerra ao terror. Como refere Esposito (2006, p. 16), essas barbáries parecem conduzir à época pré-moderna dos suplícios em praça pública, com um toque hipermoderno, constituído pela plateia planetária da internet: “lo

virtual, más que lo opuesto a lo real, constituye, en este caso, la más concreta manifestación en el cuerpo mismo de las víctimas y en la sangre que parece salpicar la pantalla.”

Hoje, a prevenção do terrorismo de massa tende a apropriar-se de suas modalidades e a reproduzi-las, o que está evidenciado por Esposito (2006, p. 17) no seguinte exemplo: “que en la reciente guerra en Afganistán los mismos aviones hayan lanzado bombas y víveres sobre las mismas poblaciones es quizás la señal tangible de que superposición más acabada entre defensa de la vida y producción de muerte.”

Tratam-se tais técnicas, na visão de Agamben (2008, p. 155), de uma manifestação do projeto do biopoder contemporâneo de produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita, tendo em vista que “a ambição suprema do biopoder consiste em produzir em um corpo humano a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a *zoé* e o *bíos*, o não-homem e o homem: a sobrevivência.” Isso significa que o poder soberano contemporâneo sustenta-se na exclusão que se materializa na permanência (sobrevivência) do excluído.

Nesse estado de coisas, a guerra deixa de ser a *ultima ratio*, ou seja, o elemento final das sequências de poder para transformar-se na *prima ratio*, ou seja, no principal fundamento da própria política. A guerra assume a condição de única forma de coexistência global, cuja consequência, que não surpreende, é justamente uma multiplicação em excesso dos mesmos riscos que com a guerra se pretende evitar. Como resultado, tem-se uma superposição absoluta de valores opostos como paz e guerra, ataque e defesa. Em síntese: vida e morte se sobrepõem cada vez mais (ESPOSITO, 2006).

De outra maneira, compreende-se que “a aplicação constante e coordenada da violência torna-se condição necessária para o funcionamento da disciplina e do controle” e, para a consecução desse objetivo, “a guerra deve desempenhar uma função constituinte ou reguladora: terá de tornar-se ao mesmo tempo uma atividade processual e uma atividade reguladora, de ordenação, criando e mantendo hierarquias sociais, uma forma de biopoder voltada para a promoção e a regulação da vida social.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 45). Nesse rumo, se a guerra era anteriormente *regulada* mediante

estruturas jurídicas, ela é hoje a *reguladora* dessas estruturas, o que se obtém por meio da construção e da imposição de sua própria estrutura legal.

Esse caráter *constutivo* da guerra global nada tem a ver com o poder *constituente* ou *fundador* em sentido próprio, típico das guerras revolucionárias modernas. A ideia, hoje, é de *manutenção*, ou seja, de reprodução e de regulação da ordem vigente, criando a lei e a jurisdição desde o interior. Por isso a guerra é menos voltada para a defesa frente a uma mega-ameaça coerente e mais centrada em mini-ameaças proliferantes, é menos preocupada com a destruição geral do inimigo e mais inclinada para a transformação e até mesmo a *produção* do inimigo. Antes de ter um sentido *fundador*, o caráter regulador da guerra na contemporaneidade visa justamente a deslocar e a sufocar qualquer possibilidade constituinte (emancipatória), posto que a guerra, atualmente, “tem a função de moldar o ambiente político global, tornando-se assim uma forma de biopoder no sentido positivo e produtivo.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 48)⁵⁰.

A respeito do tema, Brandariz García (2007, p. 204-205) assevera que

la guerra se prefigura en la actualidad como primordial mecanismo regulador de las transformaciones sistémicas en curso, hacia la conformación fáctica y normativa de un nuevo espacio de soberanía global-imperial, en el que la mutación del orden jurídico aparece como elemento constituyente, con singular trascendencia de las políticas bélicas y policiales de la guerra contra el terrorismo

⁵⁰ Um exemplo central trazido pelos autores desse projeto produtor de biopoder e guerra é o programa político de “construção nacional” em países devastados como o Afeganistão e o Iraque. Segundo eles (2005, p. 46), “nada poderia ser mais pós-moderno e antiessencialista do que este conceito de construção nacional. Ele indica, por um lado, que a nação transformou-se em algo puramente contingente, fortuito, ou, como diriam os filósofos, acidental. Por isto é que as nações podem ser destruídas e fabricadas ou inventadas como parte de um programa político. Por outro lado, as nações são absolutamente necessárias como elementos da ordem e da segurança globais. [...] A construção de nações pretende, assim, apresentar-se como um processo constituinte e mesmo ontológico, mas não passa na realidade de uma pálida sombra dos processos revolucionários dos quais nasceram as nações modernas. As revoluções e os movimentos de libertação nacional modernos que criaram nações eram processos surgidos do interior das sociedades nacionais, frutos de uma longa história de desenvolvimento social. Em contraste, os projetos atuais de construção nacional são impostos à força do exterior, mediante um processo que agora atende pelo nome ‘mudança de regime’. Essa construção nacional assemelha-se menos ao moderno nascimento revolucionário de nações que ao processo pelo qual as potências coloniais dividiam o planeta e desenhavam os mapas dos territórios submetidos. Também se assemelha, de uma forma mais benigna, às batalhas de reordenação de distritos eleitorais ou administrativos para conquistar o controle político, já agora, naturalmente, numa escala global. Seja como for, a construção nacional é uma ilustração da face ‘produtiva’ do biopoder e da segurança.”

E aqui se retoma o tema inicial do terrorismo. É ele que acaba servindo como justificativa ideológica para o exercício desse poder regulador. Efetivamente, na medida em que a “guerra contra o terrorismo” se alastra na perseguição a um inimigo que é abstrato e ilimitado, a aliança entre os amigos também assume proporções universais, afinal, “toda a humanidade pode unir-se contra um conceito ou prática abstrata como o terrorismo”, já que “apresentar o inimigo como encarnação do mal serve para torná-lo absoluto, assim como à guerra contra ele, tirando-o da esfera política – o mal é o inimigo de toda a humanidade.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 36).

Assim, considerando-se que o medo, segundo a clássica obra de Delumeau (2009, p. 25), quando disseminado no corpo social, pode conduzir “a comportamentos aberrantes e suicidas, nos quais a apreensão correta da realidade desaparece”, justifica-se, em grande medida, a paranoia securitária da contemporaneidade. Pode-se afirmar, ainda segundo o autor (2009, p. 31-32), que os caracteres fundamentais da psicologia de uma multidão são

sua capacidade de ser influenciável, o caráter absoluto de seus julgamentos a rapidez dos contágios que a atravessam, o enfraquecimento ou a perda do espírito crítico, a diminuição ou o desaparecimento do senso da responsabilidade pessoal, a subestimação da força do adversário, sua capacidade de passar subitamente do horror ao entusiasmo e das aclamações às ameaças de morte.

E, com efeito, na contemporaneidade é sobretudo nas grandes cidades – salienta Delumeau (2007, p. 49) em outro escrito – que se tem medo, uma vez que, nos grandes centros, “o terrorismo se instala, porque os autores dos atentados podem se esconder melhor, jogar cada vez mais com o efeito surpresa, provocando mais e mais vítimas.” Em razão disso, é nas cidades-pânico às quais se refere Virilio (2011), que o medo é mais intenso, a ponto de induzir várias mudanças em nossas vidas cotidianas, “em razão das medidas de controle e de fiscalização tomadas pelas autoridades, ao que se soma o novo fenômeno da globalização: a partir de agora, é no mundo inteiro que podemos nos transformar em vítimas do terrorismo”, afinal, “ninguém está

protegido e um camicase pode aparecer em qualquer lugar.” (DELUMEAU, 2007, p. 49)⁵¹.

É aqui que a presença constante de um inimigo e a ameaça intermitente da desordem que ele pode provocar assumem relevância: elas são necessárias para legitimar a violência, afinal, “quando a guerra constitui a base da política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 55). E quanto mais abstrato e ubíquo, quanto mais fugidio e inapreensível, quanto mais desconhecido e invisível, mais medo o inimigo provoca e, reflexamente, reafirma a necessidade de mais e mais segurança⁵². Além disso, deve-se recordar que “en la guerra global contra un enemigo difuso y recombinante no existe el momento de conclusión representado hasta el presente por la victoria.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 204).

Ressalta-se, nesse âmbito, a afirmação de Bauman (2013, p. 155) no sentido de que “a vulnerabilidade e a incerteza humanas constituem os alicerces de todo poder político”, afinal, “os poderes reivindicam autoridade e obediência prometendo a seus súditos a proteção efetiva contra esses dois venenos da condição humana.” Assim, “a zona de sombra criada pelo medo” passa a integrar a vida social e política, uma vez que “medo e obediência – que sempre andam juntos – em nome do interesse constroem a tirania.” (NOVAES, 2007, p. 15).

⁵¹ No mesmo sentido, Bauman (2008, p. 11) refere que os medos, hoje, “podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos ‘natureza’ (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos).”

⁵² O catálogo dos medos, ressalta Bauman (2008, p. 12), está longe de se esgotar: “novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso.” É por isso que, no ambiente líquido-moderno, a vida transformou-se em uma constante luta contra o medo, companhia indissociável dos seres humanos, que passam a conviver com aquilo a que o referido autor (2008) denomina “síndrome do Titanic”, ou seja, um temor desmedido de um colapso ou catástrofe capaz de pegar todos despreparados e indefesos e os atingir de forma indiscriminada.

Na seara das práticas punitivas, é caudaloso o debate que tem sido travado no rastro desse câmbio de paradigma no enfrentamento à “dissidência” do modelo preconizado pelas hegemonias neoliberais que detêm o (bio)poder configurador da guerra em suas mãos. É no Direito Penal que esse biopoder vai encontrar sua maior ressonância. Segundo Valente (2010, p. 69), a

dramatização e a politização da violência, em especial a violência terrorista ou a violência descarnada da desobediência civil qualificada de terrorista, gerou o retorno à concepção de um ‘delinquente-inimigo’ como se a prevenção ao e do crime se fundasse em uma lógica de ‘guerra ao crime’ demolidora de uma verdadeira *politique*, que não se esgota nas ‘dimensões avassaladoras’ e no ‘flagelo que constitui a criminalidade organizada’. Este ‘regresso a casa’ ou ‘retrocesso vem embebido de uma ‘cultura de segurança’, típica da ‘sociedade de risco’ e da ‘sociedade do bem-estar’.

Em razão desses fatores, passa-se a preconizar a expansão da intervenção do Direito Punitivo, bem como a destacar a importância de se relegarem a segundo plano princípios e garantias que davam sustentação à sua teorização liberal, em nome de uma maior eficiência no “combate”. Cornelli (2012, p. 344) afirma que, com o objetivo de tranquilizar os cidadãos e de tornar efetivo o seu direito a não ter medo, “la política difunde una cultura del temor y del control que sostiene y legitima intervenciones punitivas, en la búsqueda de la ‘solución final’ al problema criminal.”

Em face do risco – conhecido ou desconhecido – cada vez maior, passa-se a exigir do Direito Penal “adequação”, ou seja, que ele se valha de “armas” materiais e processuais que sejam eficientes para o “combate”. Entende-se que a sociedade de risco “vulnerabilizou as estruturas materiais e processuais penais construídas pelo garantismo e que os novos (velhos) perigos impõem uma resposta adequada a tutelar bens jurídicos fundamentais à coexistência livre humana.” (VALENTE, 2010, p. 92). Por isso é que contemporaneamente verifica-se uma tendência de incorporação na legislação penal de cada vez mais delitos, de penas mais duras e de regras mais severas, sem atentar para os princípios e garantias penais e processuais clássicos, com o objetivo de conseguir uma maior eficiência em face da criminalidade e uma maior “segurança cidadã” (DAUNIS RODRÍGUEZ, 2005).

Isso tem conduzido, como adverte Pérez Cepeda (2007), em âmbito global, a uma simbiose entre as noções e conceitos que outrora separavam o

Direito Penal da guerra, o que fica claro a partir da análise de uma das teorizações mais polêmicas da contemporaneidade no sentido de legitimação de um modelo tal de Direito Punitivo: trata-se da tese defendida por Günther Jakobs (2009), para o qual o combate efetivo da macrocriminalidade somente se viabiliza na medida em que haja uma diferenciação no trato daqueles que podem ser considerados – ainda que eventualmente pratiquem algum crime – como *cidadãos*, e aqueles que só podem ser enfrentados enquanto *inimigos* do Estado, pois das suas regras se afastaram definitivamente, como é o caso, dentre outros, dos terroristas e dos indivíduos pertencentes ao crime organizado.

A categoria “Direito Penal do Inimigo” cunhada por Jakobs talvez seja a melhor ferramenta conceitual para a compreensão da nova *doxa* punitiva que surge como decorrência do estado de guerra global. De acordo com a ótica de Giacoia Junior (2008, p. 306), o Direito Penal do inimigo indica, na própria ousadia de sua formulação, “uma instanciação empírica do racismo característico da moderna soberania concebida e implementada como biopolítica”. E por isso ele acaba por oferecer uma descrição fiel da evolução do Direito Penal na contemporaneidade: “como direito penal centrado no autor e na periculosidade (uma nova modalidade de perigo biológico), e não como direito penal fundado no *fato* delitivo típico e na imputabilidade.”

Essa nova *doxa* punitiva é que será analisada na sequência a partir de algumas de suas características mais salientes, de modo a abrir caminho para a problematização de um dos temas mais polêmicos da contemporaneidade, qual seja, a (im)possibilidade e os limites da utilização do Direito Punitivo para fins de controle dos fluxos migratórios.

1.3 A nova *doxa* punitiva decorrente do processo de expansão do Direito Penal: do Direito Penal do Inimigo ao controle biopolítico dos excessos no contexto de desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social

O Direito Penal é o instrumento de gestão da “força” do Estado. No tópico precedente, já foi salientado que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal tem por função justamente conter essa força, controlá-la, atuando como uma espécie de “cápsula de contenção” (ZAFFARONI, 2007) da

violência inerente ao estado de exceção, sempre pronta a irromper e esparramar-se por todos os lugares⁵³. Por outro lado, também procurou-se evidenciar que, justamente em razão dessa sua natureza, o Direito Penal, em determinadas circunstâncias, pode se transformar em um instrumento de guerra e de violência, mesmo diante dos casos mais normais nos quais é chamado a intervir, o que, segundo Agamben (2004, 2010), estaria relacionado à co-originariedade Direito/violência.

Efetivamente, no contexto de guerra global contemporâneo, o Direito Penal parece cada vez mais inclinado nesse sentido. E, se o estado de exceção paulatinamente vem se transformando na regra no cenário político internacional, os reflexos desse processo fazem com que a nova doxa punitiva que se estabelece na contemporaneidade seja marcada justamente por essa indistinção conceitual entre Direito Penal e guerra. Desse modo,

el *estado de excepción* del presente se generaliza – con lo que renuncia a su proclamación formal –, es decir, deja de ser limitado en el tiempo y vinculado a una situación determinada; de este modo la institución pasa de ser una suspensión provisional del Derecho para devenir forma de transformación global de las modalidades de ejercicio del poder hacia la conformación de un orden jurídico radicalmente mutado. (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 253-254).

De fato, não se assiste à emergência de um *momento* de exceção e de ulterior retorno à lógica jurídica, mas sim, como salientado no tópico precedente, a um processo de *normalização política* das dinâmicas securitárias teoricamente extraordinárias. Essa característica é que faz do estado de exceção contemporâneo algo peculiar, uma vez que, generalizado, ele representa uma contradição, tanto terminológica quanto jurídico-política. Com efeito, um estado excepcional projetado durante um tempo indeterminado e estendido ao conjunto dos espaços públicos e privados constitui um verdadeiro câmbio de regime político, de caráter mais autoritário – e também totalitário –, na medida em que tende a fulminar os controles e equilíbrios entre os poderes, outorgando ao Executivo a prioridade hegemônica.

⁵³ Nesse mesmo sentido, Ferrajoli (1997, p. 21), em sua obra clássica “Direito e Razão”, afirma que “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo.”

Em um contexto assim, o sujeito individual não é considerado enquanto cidadão, mas como *súdito* ou *vida nua*, “en ausencia de un régimen de derechos, libertades y garantías que conformen el nuevo Estado de Derecho global.” Em razão disso, afirma-se que se trata de “un nuevo régimen – autoritario – de biopoder.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2007, p. 255).

Nesse espaço de exceção “normalizada”, evidencia-se que não há apenas um Direito Penal da culpabilidade: há, também, um Direito Penal da luta, da periculosidade e da neutralização (DONINI, 2010) que assume, no estado de guerra global, posição central. Brandariz García (2007) refere, a propósito, a emergência de um subsistema penal de exceção, que tende a transcender seus limites originários, em um processo de difusa expansão/normalização – a ponto de contaminar o conjunto do sistema penal –, no rastro de uma narrativa para cuja operatividade contribuem alguns pressupostos como a centralidade adquirida pelo valor segurança e, em concreto, a existência de uma certa ansiedade social em face da insegurança, ou mesmo a afirmação do medo como um dos motores da evolução social, bem como, em relação com o anterior, a desordem e a incerteza gerados pela crise de determinados referentes identitários de caráter sistêmico. Nesse contexto, para o referido autor (2007, p. 226),

se reproduce una narrativa de la identidad y de la alteridad, de fácil acomodo para conformar la figura del enemigo, en la que, de acuerdo con la retórica esencialista del *choque de civilizaciones*, la etapa presente se caracterizaría por una amenaza, de extraordinarias dimensiones, a *Occidente y a sus valores*.

Em nível teórico, a distinção entre inimigos e cidadãos estabelecida pelo penalista alemão Günther Jakobs (2004; 2009) é talvez a postura científica que melhor serve para a compreensão do estado d’arte das práticas punitivas no contexto delineado no primeiro tópico desta tese. Efetivamente, essa diferenciação entre amigos e inimigos decorre da compreensão de Jakobs de que os indivíduos que constituem uma ameaça ao sistema social não podem ser tratados como pessoas, mas sim *combatidos* como *não-pessoas*⁵⁴. O

⁵⁴ Nesse ponto, é importante uma breve digressão a respeito da gênese e evolução do conceito de Direito Penal do Inimigo na teoria de Jakobs. A introdução do conceito no debate jurídico-penal foi realizada pelo autor em um Congresso realizado em Frankfurt no ano de 1985, no contexto de uma reflexão a respeito da tendência então verificada na Alemanha de se antecipar a intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão ao bem jurídico.

penalista propõe, então, a adoção da dicotomia conceitual Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal do Cidadão justamente para designar as concepções de autor das quais deve partir o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade no contexto mundial atual, sob a alegação de que, sem essa diferenciação, não existe outra alternativa para o combate a determinadas formas de delinquência. Segundo Jakobs (2004, p. 60-61),

el Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos.

Na perspectiva do autor em questão (2009, p. 35), “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”⁵⁵, razão pela qual o papel do

Originariamente, Jakobs manifestou a necessidade de promover uma separação do Direito Penal do inimigo do Direito Penal do cidadão, de modo a garantir o Estado liberal. Na conferência intitulada “Criminalização no estágio prévio à lesão de um bem jurídico”, datada de maio de 1985, Jakobs (1997, p. 322-323) assevera que “la existencia de un Derecho penal de enemigos no indica la fortaleza del Estado de libertades, sino, por el contrario, un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizás se dan incluso en este momento, en las que las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa [...] el Derecho Penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos.”

Assim formulada, essa tese não causou inicialmente muito impacto. No entanto, a partir do Congresso realizado em Berlim, em 1999, surge uma segunda fase da teoria de Jakobs, na qual o autor passa a legitimar a existência de um Direito Penal do Inimigo destinado a não-pessoas, como forma necessária para combater delitos como, por exemplo, o terrorismo.

⁵⁵ É importante salientar que, para Jakobs, a condição de *pessoa* não é atributo natural do ser humano, mas sim uma atribuição normativa. A pessoa, para o autor, não se confunde com o ser humano existencial, uma vez que, enquanto este é o resultado de processos naturais, aquela é um produto social, definido como a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência. (JAKOBS, 2007). Como assevera Díez Ripollés (2007, p. 169), “el concepto de persona no es uno originario, sino uno que resulta atribuido al individuo como producto de la comunicación dentro del sistema social, atribución que dependerá del grado de satisfacción de las expectativas normativas que esté en condiciones de prestar el individuo.”

Gracia Martín (2009, p. 348) refere que “a ‘pessoa’ é algo distinto de um ser humano; este é o resultado de processos naturais, e aquela um produto social que se define como ‘a unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência’.”

Assim, na perspectiva em tela, não é o *homem* (enquanto mero ser humano), o sujeito do Direito Penal, mas sim a *pessoa*, de forma que, quando o homem aparece por detrás da

Direito Penal do inimigo consiste em eliminar o perigo representado pelos indivíduos (não-pessoas) que se encontram fora da ordem social estabelecida e não oferecem garantias⁵⁶ de que voltarão a agir com fidelidade às normas por ela instituídas. Como aduz Jakobs (2007, p. 57),

quien no admite someterse a una constitución civil puede lícitamente ser obligado a la separación, siendo aquí indiferente, a la hora de plantear la cuestión de la legitimación de las medidas de salvaguardia, que se expulse al enemigo del país o que sea arrojado, a falta de posibilidad de destierro, a la custodia de seguridad, o sometido a una 'pena' de aseguramiento, u otras posibilidades. En todo caso, el derecho no debe renunciar a causa del sujeto que persiste en su conducta desviada a alcanzar realidad; dicho de outro modo, quien no presta la garantía cognitiva de que se comportará como persona en derecho, tampoco debe ser tratado como persona en derecho.

Na perspectiva em tela, portanto, o inimigo não é apenas desprovido do estatuto de cidadão, mas também de *pessoa*, perdendo, conseqüentemente, os direitos e garantias que em sua confrontação com o sistema penal deveriam ser-lhe assegurados.

Logo, no esquema proposto por Jakobs, verifica-se uma alteração substancial das funções do Direito Penal: abandona-se, em parte, o paradigma clássico que relega ao Direito Punitivo a função de tutela de bens jurídicos,

pessoa, não se está a falar em um indivíduo inserido na ordem social, mas sim de um inimigo (não-pessoa). E é este homem, ou seja, o ser existencial, o destinatário das normas do Direito Penal do inimigo, como salienta Gracia Martín (2009, p. 349) quando sintetiza o pensamento de Jakobs acerca do tema: “quando ‘já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres –, a pessoa degenera até converter-se num mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente’, o que ‘significa, para o caso da conduta cognitiva, o surgimento do indivíduo perigoso, o inimigo’.”

⁵⁶ Nesse ponto, uma observação se faz importante: na perspectiva de Jakobs, a função do Direito Penal não é proteger bens jurídicos, mas sim assegurar a vigência das normas jurídicas enquanto modelo de ordenação da sociedade, ou seja, a função do Direito é a manutenção do sistema social. Escreve o autor (2005, p. 22), nesse sentido, que “a pena é coação; é coação [...] de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto a configuração da sociedade.”

Logo, pode-se afirmar que, para o alemão, é por meio da sanção que “o Estado afirma que, apesar de que se tenha rompido uma norma de conduta (há uma negação), o cidadão pode seguir confiando nela, porque com a imposição da pena se afirma que não vige a especial concepção de mundo que tem o sujeito (há uma negação da negação), e por isso a pessoa pode seguir orientando sua conduta com base nas expectativas gerais. É dizer, com a imposição da pena se mantém a vigência da norma como modelo do contato social.” (LYNETT, 2005, p. 14-15).

configurando-o, em razão disso, como um estatuto de garantias dos acusados em face do poder punitivo estatal (Magna Carta do réu), para estabelecer-se um novo paradigma, segundo o qual há um *outro* Direito Penal, responsável pela tutela não de bens jurídicos, mas dos *cidadãos* em face dos *inimigos*. Aqui, as garantias são abandonadas em nome da “urgencia de vencer *una lucha*, en defensa del Estado, de las instituciones y de los particulares, contra quienes se han empeñado en esa lucha.” (DONINI, 2010, p. 128).

Na lógica binária de Jakobs, não há matizes entre o amigo e o inimigo. Essas categorias traduzem, para o autor, lógicas inconciliáveis: “una de diálogo y la otra de guerra, una respetuosa de todos los derechos fundamentales y políticos, la otra no.” (DONINI, 2010, p. 131). É justamente essa diferenciação entre amigo/inimigo que permite a aproximação da teoria de Jakobs com as teorias que deram sustentação ao regime nazista, assentadas na cisão entre o homem como simples “vida nua”, ou seja, como pura coisa viva sem direito algum (cuja representação máxima foram os *muçulmanos* dos campos de concentração), e o homem como cidadão, ou seja, como ser político e, conseqüentemente, titular de direitos. Nesse marco, não configura mera coincidência a utilização dos campos de concentração como exemplos da elevação da biopolítica nazista à potência máxima, e de Guantánamo, nesta quadra da história, como exemplo máximo de implemento de um modelo de Direito Penal assentado na lógica da guerra e da inimizade.

Em que pese isso, a teorização de Jakobs parece ocupar um lugar de destaque no debate hodierno sobre o Direito Penal. Com efeito, passou-se a estabelecer uma relação diametralmente oposta entre garantias e segurança, sustentando-se a tese de que o endurecimento das leis e medidas punitivas é imprescindível para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que à custa do sacrifício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que colocam em risco a população como um todo. É por isso que se afirma que os conceitos de “risco” e de “expansão” ocupam o centro do processo de “modernização” do Direito Penal, expressando a ideia de que a atenção à nova realidade delitiva ínsita ao ambiente de “guerra global” contemporâneo perpassa pela ampliação do seu campo de atuação, como bem salienta Gracia Martín (2003, p. 58) ao afirmar que

el Derecho penal moderno tiene ante todo una dimensión clara y manifiestamente *cuantitativa* que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que tenía en el momento histórico precedente. Se observa además por algunos, que esta ampliación tiene el aspecto de una *tendencia* que parece no encontrar límites. Por ello, son muchos los autores que, al evaluar la trascendencia del Derecho penal moderno para el conjunto del sistema consideran que, en el momento histórico actual, cabría hablar de la existencia de un movimiento de *expansión* del Derecho penal.

Esse processo de expansão do Direito Penal é responsável pelo surgimento de um consenso no sentido de que a resposta punitiva deve ser dada de modo mais eficiente e rápido, limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais estabelecidas a partir da tradição do Direito Penal liberal. É por isso que as características mais marcantes do Direito Penal do Inimigo são justamente um amplo adiantamento da punibilidade, a adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, um incremento notável das penas e a flexibilização – quando não a supressão – de garantias materiais e processuais individuais.

Tal pensamento representa, segundo Baratta (2000, p. 41), um retorno às formas de processo pré-modernas – vastamente evidenciadas a partir das práticas punitivas de Guantánamo –, nas quais “el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal.” Por conseguinte, na ótica do referido autor (2000, p. 41), a partir dessas mudanças, chega-se a um “modelo totalitário de política criminal”, a uma espécie de “suave inquisição”, em conflito com o sistema liberal e democrático correspondente à legalidade constitucional.

Nesse modelo, é cada vez maior a instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo. Como refere Brandariz García (2007, p. 260) “ante la alta lesividad de determinados comportamientos criminales, se asume que la mejor minimización de sus efectos reside en la constante vigilancia preventiva, antes que en la eventual eficacia de la aplicación de las sanciones.”

Assim, no lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente delimitado, surge um Direito Penal de gestão punitiva dos riscos em geral, tornando-se possível falar em um processo de *administrativização* do Direito Penal, que traz em seu bojo uma

supervalorização e o conseqüente incremento punitivo de infrações de deveres de cuidado, de forma a dar resposta não só aos delitos de perigo abstrato, mas também aos chamados delitos de acumulação⁵⁷, no marco da luta contra as novas formas de criminalidade (SILVA SÁNCHEZ, 1999). Daí a afirmação de Jakobs (2007) no sentido de que, no Direito Penal do Inimigo, a pena se dirige à segurança em face de fatos futuros e não de atos já praticados.

Garapon (2010, p. 115) destaca, a propósito, que não é mais o presente o tempo de referência do Direito Penal, mas o futuro, um futuro antecipado e planejado nas suas mais negras possibilidades. Da má intenção, o Direito Penal contemporâneo “glisse vers l'imprudence, le défaut de vigilance, c'est-à-dire l'absence d'anticipation (vertu cardinale du néolibéralisme pour qui l'acteur de marche doit anticiper le comportement des autres).” Nesse mesmo sentido, Donini (2010, p. 160) assevera que na lógica da teoria de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é um direito preocupado com o futuro, uma vez que busca a neutralização de perigos, e não com o passado, pois do passado ocupa-se o Direito Penal do Cidadão, cujo escopo é a reafirmação da vigência de uma norma.

Neste contexto, se uma lei é transgredida, o dano objetivo a que visa o Direito Penal contemporâneo é um suposto resultado de uma má avaliação do risco, de uma falta de vigilância. E essa nova penalogia se funda sobre a criminologia atuarial que, baseada em uma completa descontextualização e a-historicização dos eventos, consiste em encontrar as características recorrentes de um comportamento humano para melhor prevê-lo (GARAPON, 2010). Nas palavras de Delmas-Marty (2010), organiza-se “la traçabilité des personnes sur le modèle de la traçabilité des marchandises. Nous pourrions tous devenir des suspects sous surveillance.”

Como assevera Garland (2005, p. 52),

las teorías que ahora moldean el pensamiento y la acción oficial son teorías del control, de diversas clases, que consideran el delito como

⁵⁷ Os delitos de acumulação são aqueles que, enquanto condutas individuais, não causam, por si sós, lesão ou perigo a bens jurídicos, mas que, considerados em conjunto – ou seja, se praticados por outros sujeitos –, conduzem a uma situação de lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo Silva Sánchez (1999, p. 108-109), trata-se, aqui, “de casos en que la conducta individualmente considerada no muestra un riesgo relevante (es ‘harmless’), mientras que, por otro lado, se admite que ‘general performance would be harmful’ y que dicha realización por una pluralidad de personas no constituye simplemente una hipótesis, sino que es una realidad actual o inminente.”

un problema, no de privación, sino de control inadecuado. Controles sociales, controles situacionales, autocontroles: éstos son ahora los temas dominantes de la criminología contemporánea y de las políticas de control del delito a las que han dado origen.

Verifica-se que, ao contrário das teorias criminológicas que viam no delito um processo de socialização insuficiente e que, portanto, reclamavam do Estado a ajuda necessária para aqueles que haviam sido privados de provisões econômicas, sociais e psicológicas necessárias para uma conduta social respeitosa à lei, as teorias do controle partem de uma visão pessimista da condição humana, ao suporem que os indivíduos são atraídos por condutas egoístas, antissociais ou delitivas a menos que sejam inibidos por controles sólidos e efetivos (GARLAND, 2005).

Na perspectiva de Brandariz García (2007, p. 34-35), a contemporaneidade assiste a uma superação dos pressupostos, substancialmente reabilitadores-normalizadores, de intervenção sobre as “*causas*” da criminalidade, sobre os quais o Estado Social e suas formas de articulação de poder haviam sustentado as dinâmicas de controle, para dar espaço a uma “*sociedade de controle*” na qual o espaço de exercício de poder é completamente biopolítico.

Assim, “mientras la antigua criminología exigía mayores esfuerzos en las partidas presupuestarias a la ayuda y el bienestar social, la nueva insiste en ajustar los controles y reforzar la disciplina.” (GARLAND, 2005, p. 53). Isso porque se parte da compreensão de que os indivíduos são atores racionais que respondem a desincentivos e são plenamente responsáveis por seus atos delitivos. Nessa lógica, os indivíduos apenas “aproveitam” as oportunidades que lhes são apresentadas para a prática delitiva, razão pela qual as soluções que se apresentam para essas “tentações” transitam por duas vias principais: a) pelo reforço dos efeitos intimidatórios e reafirmadores da vigência das normas, próprios de penas suficientemente graves, a fim de que os delinquentes possam, por meio de um processo racional, incorporar esses “custos” em seus cálculos, desistindo, assim, da prática delitiva; b) pelo desenvolvimento de políticas de prevenção situacional que deslocam a atenção do delincente do delito, buscando reduzir as oportunidades delitivas e as tornar menos atrativas pela incorporação de medidas de segurança de todo tipo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007).

Sintetizando os argumentos centrais do novo pensamento criminológico, Garland (2005, p. 53) sustenta que

el nuevo foco de atención es la existencia de oportunidades delictivas y de 'situaciones criminógenas'. El supuesto es que las acciones delictivas se darán habitualmente si no existen controles y hay blancos atractivos disponibles, tengan o no los individuos una 'disposición delincuente' (que, en el caso de que exista es, de todos modos, difícil de cambiar). Se debe centrar la atención no en los individuos sino en los hábitos de la interacción, el diseño espacial y la estructura de controles e incentivos que está presente en los mismos. La nueva orientación política intenta concentrarse en sustituir la cura por la prevención, reducir la disponibilidad de oportunidades, incrementar los controles situacionales y sociales y modificar las rutinas cotidianas. El bienestar de los grupos sociales desfavorecidos o las necesidades de los individuos inadaptados son mucho menos medulares para este modo de pensar.

Pérez Cepeda (2007) salienta, a propósito, que se vive na contemporaneidade uma autêntica “cultura preventiva”, na qual a prevenção acompanha o risco como uma sombra, desde os âmbitos mais cotidianos até os de maior escala, cujo exemplo maior são justamente as chamadas “guerras preventivas”. Para a referida autora (2007, p. 321),

parece que hoy la preocupación social no es tanto cómo obtener lo que se desea, sino cómo prevenir de daños lo que se tiene. Esto desemboca en una intervención penal desproporcionada, en la que resulta prioritaria únicamente la obtención del fin perseguido, la evitación del riesgo en el 'ámbito previo' a la lesión o puesta en peligro, adelantando la intervención penal, o general, suprimiendo garantías en busca de la presunta eficacia.

Este adiantamento da intervenção do Direito Penal ao estágio prévio à lesão do bem jurídico é indiscutivelmente um dos traços mais marcantes da nova *doxa* punitiva. Na lição de Pérez Cepeda (2007, p. 313), configura-se uma legislação penal na qual “los comportamientos que se van a tipificar no se consideran previamente como socialmente inadecuados, al contrario, se criminalizan para que sean considerados como socialmente desvalorados.” Com isso, há uma revitalização da ideia do Direito Penal enquanto força conformadora de costumes, ou seja, passa-se a ver no Direito Penal um mecanismo de orientação social de comportamentos.

Para adiantar a intervenção punitiva são utilizadas estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem um resultado material lesivo (perigo concreto):

se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, cuando no se integra ésta dentro de las modalidades de autoría y participación, además se aproximan, hasta llegar a veces e neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación, de la misma manera se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad. (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 332).

Paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade. A “célebre” afirmação de Donald Rumsfeld de que não se ocupava de aspectos legais, por não ser advogado – ao se referir às denúncias de violação aos direitos humanos dos prisioneiros de Guantánamo –, talvez seja a frase que melhor ilustre isso. Com efeito, o espaço no qual se situa o Direito Penal do Inimigo é o do estado de exceção, no qual situações excepcionais dão origem a regras jurídicas excepcionais inspiradas na lógica da guerra, cuja especificidade reside justamente na suspensão de direitos fundamentais, a qual faz com que “los sujetos sometidos a las intervenciones pierdan al menos algunas prerrogativas propias de los derechos de ciudadanía o de los derechos del hombre.” (DONINI, 2010, p. 159). De fato, se na lógica da inimidade o processo penal não tem por finalidade a imposição de uma pena, mas sim a realização da vingança, para que esse objetivo – vingança – seja levado a cabo, não se faz necessária a observância de garantias.

Com efeito, a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além do incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos, verifica-se um processo de flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal, à redução das formalidades processuais, à

violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais e à violação ao princípio da culpabilidade. Díez Ripollés (2007, p. 137) refere que

se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de apologías; se considera razonable una cierta flexibilización de los requisitos de la causalidad o de la culpabilidad; se aproximan, hasta llegar a veces a neutralizarse, las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación; se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes; la agilidad y celeridad del procedimiento son objetivos lo suficientemente importantes como para conducir a una significativa reducción de las posibilidades de defensa del acusado... etc.⁵⁸

Essa relativização/supressão de garantias configura outro “calcanhar de Aquiles” da postura teórica de Jakobs. No Direito, ao menos em um ambiente de Estado Democrático, nem sempre os fins justificam os meios. Quer dizer: não se questiona que os cidadãos de um Estado têm direito à segurança, mas o Estado em questão não está legitimado a atuar de *qualquer maneira* com o fim de satisfazer esse direito. Afinal, a aplicação de um modelo de Direito Penal que está à margem do Estado de Direito a um indivíduo qualificado como inimigo é absolutamente impossível sem que se infrinjam direitos fundamentais do ser humano, direitos esses que indubitavelmente constituem limites intransponíveis ao *jus puniendi* estatal⁵⁹. Desconsiderar esse fato seria como interromper toda a trajetória até então percorrida pelas Ciências Penais, desde a famosa obra de Beccaria (1974), rumo à humanização do Direito Penal, para

⁵⁸ Do mesmo modo, Pérez Cepeda (2007, p. 330-331) aduz que “aparecen significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales e procesales, en la medida en que se admiten ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco, que confía la delimitación del ámbito de lo prohibido a la normativa administrativa, con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad, que pasa a ser puramente formal; se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias o en el castigo de desobediencias.”

⁵⁹ Sobre o tema, convém ressaltar a lição de Ambos (2011) que, ao comentar a situação de violação sistemática dos direitos humanos dos “terroristas” capturados em Guantánamo, refere que parece haver uma completa desconsideração do fato de que “a superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática consiste, justamente, em tratar seus inimigos como pessoas com direitos mínimos e não se colocar no mesmo nível deles”, razão pela qual “não se leva a cabo uma ‘guerra’ contra terroristas, mas sim, procura-se combatê-los com os meios do direito penal do Estado de Direito”, uma vez que esta é a única forma de se prestar um serviço à justiça e se “criar a base para a superação do injusto terrorista.”

seguir um caminho obscuro oposto a todo o pensamento da Ilustração. E aqui – sem menosprezar o esforço teórico do autor – Jakobs não se apresenta como um timoneiro no qual se possa depositar toda a confiança para um câmbio paradigmático tão importante.

Como adverte Muñoz Conde (2005, p. 133), os direitos e garantias fundamentais próprias do Estado de Direito, essencialmente as de caráter penal material (como os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade) e processual penal (direito à presunção de inocência, à tutela judicial, à não produção de provas contra si mesmo, etc), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito, de modo que “si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho.” Afinal, a partir deste momento, o ordenamento jurídico se converte em um ordenamento “puramente tecnocrático e funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.” Nessa lógica, o Direito como um todo se converte em um puro direito de Estado, “en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos.”

Nesse sentido, não se pode desconsiderar que, a partir da aplicação de penas draconianas, do abuso do Direito Penal – sendo empregado além do que permite seu caráter subsidiário (*ultima ratio*) –, da desconsideração de direitos fundamentais do imputado no processo penal, é possível uma luta relativamente “eficaz” contra o “inimigo”. Mas o problema radica no fato de que, com isso, “se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.” (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 135). O Estado de Direito, a partir da lógica de Jakobs, torna-se inviável, uma vez que sempre pode ser suspenso a critério do soberano que, nessa perspectiva, por razões de necessidade ou emergência, estaria legitimado a designar como *inimigo* quem considerar oportuno e na extensão que lhe permitir o espaço de poder de que dispõe (ZAFFARONI, 2007).

Por outro lado, a lógica amigo/inimigo no Direito Penal, orientadora dessa nova lógica punitiva, traduz um oxímoro: sua legitimação representa a negação do próprio Direito Penal, uma vez que a figura do inimigo pertence à lógica da guerra, que é justamente a negação do direito, da mesma forma que este é a negação da guerra. Zaffaroni (2007, p. 160) adverte, a propósito, que “o conceito jurídico de inimigo só é admissível em um Estado absoluto.” Assiste, portanto, razão a Ferrajoli (2007, p. 12) quando escreve que o Direito Penal – ou o Direito, *tout court* – nada mais é do que a negação do inimigo, uma vez que ele “es el instrumento, el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil y cada uno es reconocido como persona.” Nesse rumo, “la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que el derecho en general es la negación de la guerra.”

O Direito Penal do Inimigo, assim, configuraria, na perspectiva de Ferrajoli (2007, p. 7), “una perversión del derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas [...] que se cubren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación.” Essa afirmação decorre da constatação, pelo autor, do fato de que entre a mera descrição teórica e a legitimação efetiva de um modelo tal de Direito Penal medeia um espaço que acaba sendo preenchido por práticas punitivas que contrastam flagrantemente com o modelo normativo do Direito Penal, em nome da busca por eficiência. Trata-se do espaço nebuloso – senão negro – da exceção.

Efetivamente, o Direito Penal de garantias é inerente ao Estado de Direito, dado que as “garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente”, razão pela qual elas “constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, *são o próprio Estado de direito.*” Logo, em um Estado de direito, o Direito Penal “não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo.” Caso não aja assim, o Direito Punitivo serviria para “liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em *ramificação cancerosa do direito do Estado de direito.*” (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

Convém referir que, na ótica de Ferrajoli (2007, p. 8), o Direito Penal do Inimigo não representa, no entanto, nenhuma novidade teórica. Ele não traduz outra coisa senão “el viejo esquema del ‘enemigo del pueblo’ de estaliniana memoria y, por otra parte, el modelo penal nazi del ‘tipo normativo de autor’.”⁶⁰ A particularidade reside no fato de que o Direito Penal do Inimigo apresenta uma “abierta identificación con el esquema de la guerra, que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar.”

Ao utilizar-se do *USA Patriot Act* como modelo emblemático de um modelo de Direito Penal assentado na lógica na inimizade, o autor sustenta que um dos aspectos mais característicos – e também vergonhosos – desse modelo é a cada vez maior utilização da tortura com o objetivo de obter confissões por parte dos denominados “inimigos combatentes” e, reflexamente, criar intimidação geral: eis o movimento que permite uma relação das práticas punitivas da contemporaneidade com a obra cinematográfica referida no início deste capítulo. Ferrajoli (2007, p. 9) chama a atenção para o fato de que, neste modelo, a tortura deixa de ser ocultada, negada, e passa a ser utilizada de modo ostensivo, como meio de intimidação e mortificação das pessoas e de difusão do terror:

sólo así se explican las espantosas fotografías de prisioneros encapuchados, con los brazos abiertos y cables eléctricos pendientes de las manos, arrastrados por el cuello con una correa, o amontonados y fotografiados desnudos y aterrorizados delante de perros azuzados, mientras ríen sus verdugos, evidentemente seguros de la impunidad, o, peor aún, de la legitimidad de sus acciones.

Segundo Donini (2010, p. 171), a discussão sobre essas medidas configurarem ou não um verdadeiro Direito Penal é uma questão de definição, dado que elas os são em sua substância punitiva, mas não nas garantias e na forma, e “una pena sin derecho no es Derecho penal, sino violencia”. Para o referido autor, hoje, como nos campos de concentração nazistas, é possível

⁶⁰ Acerca do tema, Zaffaroni (2007, p. 162) também refere que, “embora tenha recebido as mais fortes críticas por afirmar, partindo do normativismo, que o inimigo não deve ser considerado *persona*, em bom rigor esta proposta de contenção é coerente com todo o direito penal do século XX, que, como vimos, foi teorizado com base na admissão de que alguns seres humanos são *perigosos* e que só por isso devem ser segregados ou eliminados. Sem afirmá-lo explicitamente, eles foram *coisificados*, deixaram de ser considerados *personas*, e isso foi ocultado, quase sempre, mediante racionalizações. Neste sentido, a proposta de Jakobs não deve causar tanto escândalo, mas sim toda a tradição doutrinária penal que legitima a exclusão dos *extranhos* da pena e sua eliminação ou neutralização por serem *perigosos*.”

verificar a presença de instrumentos administrativos e organizativos secretos, a ausência de controles jurisdicionais, o clima de guerra difusa, a manutenção de um estado de exceção, a construção de uma ou várias figuras de “aliens” ou “inimigos” verdadeiros ou presumidos, que convertem em realidade um quadro no qual as não pessoas encontram pleno reconhecimento legal.

A figura do *homo sacer*, objeto de análise nos tópicos anteriores, parece ser a que melhor se amolda ao propósito de ilustrar a posição ocupada por determinados indivíduos, aos quais é relegada a alcunha de *inimigos*, na contemporaneidade. Com efeito, a linguagem maniqueísta da proposta teórica de Jakobs pressupõe que não só a guerra, mas também todas as violências exercidas pelos vencedores nos territórios ocupados passem a ser chamadas de “lutas contra o terrorismo”, ao passo que todo aquele que discorda dos métodos desta luta passa a ser etiquetado e desqualificado como terrorista e/ou conivente com o terrorismo, contra o qual qualquer medida é legitimada. Afinal,

la etiqueta “terrorismo”, como sinónimo de pulsión homicida irracional, sirve para caracterizar al enemigo como no-humano, no-persona, que no merece ser tratado con los instrumentos del derecho ni con los de la política. Es el vehículo de una nueva antropología de la desigualdad, marcada por el carácter tipológicamente criminal, demencial e inhumano, asociado al enemigo, y, de este modo, también de una nueva y radical asimetría entre “nosotros” y “ellos”. (FERRAJOLI, 2007, p. 11-12).

Isso representa uma distorção da linguagem que traduz um dos sintomas ameaçadores de um possível totalitarismo internacional justificado por uma espécie de estado de sítio global permanente – ou guerra global perene. E as categorias dicotômicas ora analisadas traduzem outro paradoxo: na medida em que se propõem a compreender e a enfrentar fenômenos de grande complexidade, elas simplificam o discurso a ponto de chegar à oposição elementar Bem *versus* Mal (FERRAJOLI, 2007). Brandariz García (2007, p. 208) refere que “las operaciones bélicas se presentan en una lógica de confrontación entre el Mal y el Bien, como verdaderos conflictos civilizatorios, con unos códigos éticos susceptibles de ser universalmente compartidos, y ajenos a la mera contradicción política.”

Além disso, convém salientar que essa simplificação se opera sempre como fator de autolegitimação por meio da figura do inimigo, seja o inimigo

exterior – que legitima a guerra externa, preventiva e virtualmente permanente -, seja o inimigo *interno* – suspeito de conivência com aquele, de modo a legitimar medidas de emergência e restritivas da liberdade de todos (FERRAJOLI, 2007).

Um grave problema que se apresenta nesse contexto é que o esquema binário amigo/inimigo pode se ampliar em múltiplas direções, como, por exemplo, em relação aos pedófilos, aos imigrantes irregulares, aos traficantes de drogas, etc. Isso porque, como destaca Díez Ripollés (2007, p. 172), a teorização de Jakobs representa um novo e significativo progresso na consolidação de atitudes sociais de incompreensão da delinquência, de estranhamento social do delinquente que, a partir de agora, se vê, em certas circunstâncias, privado de seu caráter de cidadão e até mesmo de pessoa, para converter-se em mero inimigo da sociedade – ou, na léxica de Agamben, em mero *homo sacer*.

Isso permite afirmar que,

de esta manera, no sólo han quedado definitivamente arrinconados los enfoques estructurales sobre la criminalidad, sino que incluso aproximaciones securitarias, como la de distribución de riesgos entre sociedad y ciudadano, sufren meras legitimatorias, dado que resulta cada vez más difícil justificar que la sociedad deba compartir algo, deba acordar cualquier reparto de riesgos, con quien es su enemigo. La meta es asegurar la exclusión de la sociedad de ciertos delincuentes. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 172).

Em outras palavras: Jakobs acaba por outorgar cidadania jurídica a fenômenos de exclusão social radical, bem como de luta e guerra, sem nenhuma preocupação em definir os limites de legitimidade das categorias introduzidas (DONINI, 2010). Com isso, o Direito Penal do Inimigo subverte a lógica segundo a qual ao Direito Penal compete punir determinados tipos de *ação* e não determinados tipos de *pessoas*, ou seja, segundo a qual as pessoas são castigadas pelo que *fazem ou deixam de fazer* e não por aquilo que *são*. Com efeito, no Direito Penal do Inimigo a predeterminação legal e a averiguação judicial do fato punível cedem lugar à identificação do inimigo, que inevitavelmente, ao não estar mediada pela prova de atos específicos de inimizade, se resolve na identificação e na captura de meros suspeitos.

Isso significa dizer que, como regra,

el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de “sospechoso” o “peligroso”. Ni sirven pruebas sino diagnosis y prognosis políticas. (FERRAJOLI, 2007, p. 13).

Com efeito, o Direito Penal passa a ser estruturado a partir da *pessoa* do delinquente e não a partir do *fato delituoso cometido*, o que representa um nova e reforçada legitimação de um modelo de Direito Penal de autor, já que o ponto de referência fundamental na hora de distinguir entre as duas formas de intervenção penal propostas por Jakobs (Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão) passa a ser uma atitude persistente de desapego, de distanciamento, até a ordem sociojurídica dentro da qual o indivíduo se desenvolve. O efeito ampliatório reside aqui, pois não são mais necessárias a contumácia no delito, a habitualidade ou a reincidência delitivas. Não desconsiderando o fato de que estas sejam condições frequentes para considerar-se alguém como inimigo, o peculiar agora é que basta uma atitude permanente de despreço pela ordem jurídica e a disponibilidade em infringi-la.

Zaffaroni (2007, p. 69) refere que a sucessão de inimigos em âmbito planetário “aumenta a angústia e reclama novos *inimigos* para acalmá-la, pois quando não se consegue um *bode expiatório* adequado nem se logra reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras jogo, a angústia se pontencializa de forma circular.”

Como consequência, o Direito Penal de autor resulta agora decisivamente potenciado mediante essa transcendente ampliação dos sujeitos submetidos ao novo modelo de Direito Penal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007). Em síntese, portanto, pode-se asseverar, de acordo com Donini (2010, p. 140), que o Direito Penal do Inimigo, enquanto Direito Penal de autor, se apresenta como “*um Derecho penal no de la culpabilidad, ni de la retribución, sino de la peligrosidad, de la prevención y del ‘estigma’.*”

Em grande medida, esse ressurgimento de um modelo de Direito Penal de autor pode ser compreendido como uma consequência inafastável da derrocada do ideal da reabilitação enquanto função da pena. Como assevera Garapon (2010, p. 118), na contemporaneidade a pena não tem mais a ambição de reabilitar os criminosos:

peut-être parce que la perspective d'une transformation de l'individu est étroitement liée à un espoir collectif. Le Code pénal, a été rédigé par des révolutionnaires qui croyaient que la liberté rendrait les hommes meilleurs et qu'elle tarirait nombre de comportements vicieux. Le modèle thérapeutique a été par l'essor de la médecine, de l'anthropologie et de la psychologie qui fondaient l'attente d'une possible guérison. Le néolibéralisme introduit une rupture par son pessimisme. Désormais c'est dans les sciences cognitives et le capital génétique que l'on cherche la vérité d'un homme, sa prédestination à la violence, 'car il n'y a destin que là où il n'y a plus d'histoire.

É por isso que o autor (2010) refere que o modelo atual é caracterizado por uma criminologia do fim da história, que perdeu toda a esperança de mudar o mundo, mas que demanda aos indivíduos apenas *adaptação*. Diferentemente do modelo disciplinar – que era ao mesmo tempo segregativo e assistencialista – o modelo atual repousa sobre um modelo adaptativo-eficientista. O controle preventivo não tem outro propósito além de impedir a ocorrência do evento criminoso. E, em razão disso, “toutes les perspectives d'amélioration des conditions de vie, de transformation de l'individu sont abandonnées, comme des chimères peut-être mais surtout comme des données non mesurables et donc aléatoires, sujettes toujours à discussion.” (GARAPON, 2010, p. 136)⁶¹.

Referida mudança no pensamento criminológico é acompanhada da repriminologia da “tese da escolha racional”, segundo a qual o crime é concebido como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social deficiente:

el modelo da la elección racional considera los actos delictivos como una conducta calculada que intenta maximizar los beneficios, como consecuencia de un proceso simple de elección individual. Este

⁶¹ Brandariz García (2007, p. 35) assevera que essa descrença nas teses correccionalistas é uma das principais características da nova morfologia do controle social: “como primera y más obvia característica, que ya há sido abordada, se presenta la crisis del modelo correccional, que se concreta tanto en el descrédito de sus fundamentos teóricos – entre otros, el discurso de la criminología *etiológica* – cuanto en la deslegitimación de las finalidades perseguidas – esto es, la reinserción mediante la remoción de las causas de la delincuencia –, y de los instrumentos a ellos preordenados – como los programas específicos e individualizados de tratamiento, o algunas alternativas a la prisión –. Como consecuencia de esta crisis, sobreviene el relanzamiento de las lógicas de la penalidade intimidatorias y, en último caso, segregadoras, neutralizantes. Por lo demás, cabe sugerir que el modelo previo quebra tanto por insuficiências teóricas, esto es, por la difusión del escepticismo en relación con la corrección de sus postulados, cuanto por disfunciones prácticas, es decir, por su inefectividad, evidenciada en los fracasos de la lucha contra la criminalidade y, sobre todo, en la incapacidad para adaptarse a las nuevas racionalidades políticas, sociales e productivas. El control deviene fin en sí mismo, no medio instrumental para alcanzar funciones ulteriores de normalización de las subjetividades humanas, algo que ya no se está ni en condiciones ni en disposición de conseguir.”

modelo representa el problema del delito como una cuestión de oferta y demanda, en el marco de la cual el castigo opera como un mecanismo de establecimiento de precios. Considera a los delincuentes como oportunistas racionales o delincuentes profesionales cuya conducta es disuadida o desinhibida por la puesta en marcha de desincentivos, un enfoque que hace de las penalidades disuasivas un mecanismo evidente de reducción del delito. (GARLAND, 2005, p. 220).

O sucesso do ressurgimento dessas teses – que desde há muito se acreditavam superadas no âmbito das discussões jurídico-penais – pode ser explicado a partir da ampliação da categoria “inimigo” em múltiplas direções, o que decorre de um processo de “vampirização” dos discursos gestados para o enfrentamento à macrocriminalidade, que acabam sendo “adaptados” a outros setores, notadamente aqueles espaços nos quais ainda se observavam “vácuos” legislativos e/ou carências de regulamentação. É frequente, na contemporaneidade, a utilização de institutos gestados para o enfrentamento a formas especiais de delinquência – como o terrorismo e o crime organizado – no discurso voltado à criminalidade clássica/tradicional, notadamente nos delitos relacionados ao patrimônio. É inegável que as reformas legislativas levadas a cabo nos últimos anos em diversos países – inclusive no Brasil – adotam institutos típicos de um Direito Penal de guerra para situações normais, sendo, no caso brasileiro, o Regime Disciplinar Diferenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade – instituído pela Lei nº 10.792/2003⁶², que alterou a Lei de Execuções Penais – talvez o melhor exemplo desse processo.

Essa vampirização, na ótica de Díez Ripollés (2007, p. 149), decorre de uma série de equiparações conceituais equivocadas que, “basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e, incluso contrapuestos.” Nesse contexto, convencionou-se, por exemplo, que a criminalidade dos socialmente excluídos constitui “la *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 149), o que justifica, em boa parte, o alastramento exitoso, por todo o mundo, dos discursos repressivistas do tipo “lei e ordem”⁶³, gestados

⁶² Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm>. Acesso em 28 abr. 2014.

⁶³ Referidos programas de combate ao crime buscam suporte teórico na chamada “Teoria das Janelas Quebradas” (*Broken Windows Theory*), formulada originariamente pelos norte-americanos James Q. Wilson e George Kelling, em artigo publicado em 1982 na Revista

para enfrentar uma realidade muito específica, qual seja, a microcriminalidade urbana nova-iorquina no início da década de 1990, e exportados a diversos países na condição de “panaceia universal” para solucionar o problema da delinquência.

Olvida-se, aqui, que

equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá, de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 151-152).

Nesse ponto é que se pode desfazer o nó górdio envolvendo a questão de como se dá esse processo de vampirização: trata-se de uma consequência inafastável do desmantelamento do modelo de Estado assentado na lógica do Bem-Estar Social⁶⁴.

Efetivamente, o *Welfare State* – cujo desenvolvimento ocorreu fundamentalmente no século XX, em que pese suas bases remontarem à segunda metade do século XIX a partir da emergência na arena política e social das grandes massas de trabalhadores despossuídos⁶⁵ – representou um compromisso diferenciado entre capitalismo, instituições políticas e força de trabalho, em consonância com a produção em massa e a grande indústria.

Atlantic Monthly intitulado “Broken Windows: the police and neighborhood safety”, sustentada por Wesley G. Skogan em estudo publicado em 1990 sob o título “Disorder and decline: crime and the spiral decay in american neighborhoods” e aperfeiçoada, posteriormente, no livro “Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities”, publicado em 1996 por George Kelling e Catherine Coles (WACQUANT, 2001).

⁶⁴ Optou-se por utilizar as expressões “Estado de Bem-estar Social”, “*Welfare State*” e “Estado Providência” como sinônimos, em que pese os diferentes contextos geográficos, econômicos e sociais nos quais foram cunhadas.

⁶⁵ Rosanvallon (1997), em sua obra clássica sobre o Estado-Providência, entende não ser possível uma compreensão deste fenômeno a partir de uma leitura histórica demasiado “curta”, ou seja, atrelada aos movimentos do capitalismo e do socialismo nos séculos XIX e XX (ideia do Estado de Bem-Estar Social como um “meio-caminho” entre capitalismo e socialismo ou como um instrumento de compensação dos desequilíbrios econômico-sociais do capitalismo). Para o referido autor, a explicação do Estado-Providência remonta à própria origem do Estado nação moderno, construído do século XIV ao século XVII. Isso porque o Estado nação moderno surge exatamente como um “Estado-protetor”, sendo essa a nota característica que o distingue de todas as formas políticas anteriores de soberania. A partir das obras clássicas de Thomas Hobbes e John Locke, Rosanvallon sustenta que o Estado moderno surge com uma dupla tarefa: a produção da segurança e a redução da incerteza.

Esse compromisso requereu da classe trabalhadora a aceitação da lógica do lucro e do mercado como eixos norteadores da alocação de recursos do sistema de trocas internacionais e das mudanças tecnológicas. Por outro lado, exigiu do capital a defesa de padrões mínimos de vida, tendo por requisitos o pleno emprego e a renda real, tudo isso com a mediação estatal⁶⁶.

Com isso, o *Welfare State*, por um lado retirou “do campo da luta de classes o conflito político, através da satisfação das necessidades da classe operária e da promoção dos meios para seu atendimento de forma coletiva” e, de outro, propiciou uma “maior regularidade ao processo de produção, afastando-o dos conflitos na produção, dando uma maior estabilidade à economia através da desconexão entre mudanças na demanda efetiva e no emprego.” (LEAL, 1990, p. 8).

Na expressão de Habermas (1988, p. 113-134), o êxito desse projeto põe a claro, em primeiro lugar, um aspecto metodológico: “el compromiso del Estado social y la pacificación del antagonismo de clase son el resultado de una intervención de un poder estatal democráticamente legitimado para regular y paliar el proceso de crecimiento natural capitalista.” Por outro, lado, sob o prisma substancial, o Estado de Bem-Estar é um projeto que

se alimenta de los restos de la utopía de la sociedad del trabajo: al normalizarse el *status* de los trabajadores mediante la participación cívica y el ejercicio de derechos sociales, la masa de la población consigue la oportunidad de vivir en libertad, justicia social y bienestar creciente. Ello presupone que las intervenciones estatales pueden garantizar la coexistencia pacífica entre el capitalismo y la democracia⁶⁷.

⁶⁶ É importante salientar o fato de que o Estado de Bem-estar “não deve ser associado apenas ao aparecimento das políticas sociais e instituições públicas destinadas a regular o campo do trabalho assalariado e a cobertura dos riscos dos setores que se encontram fora da produção. Sua função, no âmbito da articulação com os diversos segmentos do capital, é indiretamente promover o processo de reprodução ampliada da produção capitalista. Nesse sentido, o ‘Welfare State’ traz em seu bojo a própria contradição capitalista: tanto é funcional ao processo de acumulação – na medida em que o setor público arca com parte dos custos de produção – quanto atende à classe trabalhadora, via concessão de benefícios sociais, promovendo sua reprodução e possibilitando as condições de sua manutenção (LEAL, 1990. p. 9).

⁶⁷ Segundo García-Pelayo (2009, p. 14), em um modelo de Estado tal, não se nega importância aos valores da liberdade e da propriedade, mas sim, pretende-se torná-los mais efetivos “na medida em que lhes dá uma base e um conteúdo material. Para tanto, parte do pressuposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, mas dois termos em implicação recíproca, de tal modo que um não pode se realizar sem o outro. Assim, não há possibilidade de atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não forem acompanhados de condições existenciais mínimas que tornem possível seu exercício real.”

Este modelo de Estado permitiu um novo tratamento da questão social, que deixou de ser compreendida como um “caso de polícia” e passou a ser tratada como um “caso de *políticas* públicas (sociais)” voltadas ao enfrentamento dos problemas gerados pela *escassez* (BOLZAN DE MORAIS, 2008). Nessa perspectiva, pode-se falar em uma espécie de “divisão de tarefas” entre o Estado Social e o seu aparato repressivo na gestão principalmente do excesso da força de trabalho: “nem toda população desempregada cai na rede repressiva da penalidade. Parte dela é ‘gerida’ com medidas de *welfare* e assistência social.” (DE GIORGI, 2006, p. 51)⁶⁸.

Portanto, o Estado-Providência exprime a ideia de substituição da incerteza da providencia religiosa pela certeza da providência estatal. E isso é um sucedâneo do processo de laicização política moderna. “É, nesse sentido, o Estado que finaliza sua secularização, transferindo para suas prerrogativas regulares os benefícios aleatórios que apenas o poder divino era suposto poder dispensar. [...] Aos acasos da caridade e da providência, sucedem-se as regularidades do Estado.” (ROSANVALLON, 1997, p. 22). Em síntese, Bolzan de Morais (2005, p. 18) afirma que um aspecto que assume grande importância diante deste quadro evolutivo é o fato de que o caráter assistencial (ou caritativo) da prestação de serviços pelo Estado desaparece, fazendo com que ditos serviços sejam compreendidos enquanto *direitos* próprios da cidadania (e, portanto, inerentes ao pressuposto da dignidade da pessoa humana), “constituindo, assim, um patrimônio do cidadão, aqui, ainda, tido como aquele que adquire tal característica em razão de sua relação de pertinência a uma determinada comunidade estatal aos moldes tradicionais do Estado”.

O fato é que o Estado de Bem-estar Social passou por significativas mudanças ao longo dos tempos. Bolzan de Morais (2008, p. 179) assevera que é possível dividir a sua história em duas grandes fases. A primeira fase, que vai do surgimento até a consolidação do *Welfare State*, é marcada pelo “aprofundamento de mecanismos de intervenção e alargamento de seus conteúdos.” A segunda fase, que emerge a partir da década de 1970, é marcada pela crise do referido modelo, ou seja, pelo “esgotamento de suas

⁶⁸ Gize-se, a propósito, que, segundo De Giorgi (2006), as medidas do *Welfare State* no sentido de “gestão” da população desempregada também começam a assumir, nesse período, conotações “punitivas”, por meio, por exemplo, da “crescente estigmatização social imposta aos beneficiários e da seletividade dos procedimentos de acesso.”

estratégias ante o início da crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico e a transformação da economia capitalista”, além da “transição da tradicional *questão social* para a novíssima *questão ambiental* e seus consectários – das carências locais para os riscos globalizados.”

O Estado Protetor depara-se então com suas próprias insuficiências e com transformações sociais e econômicas que não estava preparado para enfrentar. Fala-se, então, em uma *crise estrutural* do Estado, que se refere “às condições – ausência delas – de e para o Estado Social continuar mantendo e aprofundando seu projeto incluyente.” (BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 187). Como assevera Bourmaud (2000, p. 27), “la crise de l’Etat-providence a été largement perçue comme la confirmation de l’incapacité de l’Etat à réaliser les promesses sur lesquelles il était fondé.” E segue: “L’Etat-providence succombait devant les contradictions qu’il avait lui-même suscitées. Ses limites ou ses insuffisances étaient en même temps la révélation des insuffisances de tout État.”

O fato é que, nesse contexto, os ataques neoliberais ao Estado de Bem-Estar culminaram na hipertrofia do “Estado Penal”, que se volta essencialmente contra as camadas da população outrora beneficiárias das políticas de bem-estar. Em um contexto tal, o controle penal não mais se dirige apenas a indivíduos concretos, mas também se projeta intencionalmente sobre sujeitos sociais, ou seja, sobre grupos que passam a ser considerados “grupos de risco”, na medida em que o próprio controle adota formas de cálculo e gestão do risco que impregnam todos os seus dispositivos de execução. Tal pensamento leva Brandariz García (2007, p. 36) a afirmar que,

en suma, se tiende a adoptar una lógica más de redistribución que de reducción del riesgo, que era el objetivo básico en la etapa anterior, y que hoy se asume como inabordable, aunque sólo sea porque se normaliza la existencia de segmentos sociales permanentemente marginalizados, excedentarios, que son objeto cada vez menos de políticas de inclusión y cada vez más de políticas de puro control excluyente.

De fato, com a passagem de um modelo de sociedade amparada pelo Estado Social solidário à sociedade de risco securitário contemporânea, o medo e a insegurança tornam-se companhia indissociáveis do indivíduo. Assim, “para proteger-se do risco natural ou criado a nova ordem é a

segurança” e, “na dúvida, na ausência de um *sistema de definição, controle e gestão dos riscos*, erige-se a segurança como máxima.” (BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 193).

Evidencia-se, porém, que boa parte desta insegurança decorre justamente do processo de globalização econômica, que se coloca como o contraponto das políticas do *Welfare State*, visto que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho. Pretende-se “remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.” (WACQUANT, 2001, p. 7).

Com efeito,

el aumento de la competencia internacional, las facilidades de las empresas para deslocalizarse y la rapidez de las reacciones de los mercados financieros globales obligan a los Estados a observar la disciplina fiscal, a disminuir los niveles de protección social y a rebajar los impuestos a las empresas. (SORENSEN, 2010, p. 59).

Como resultado, poucos governos ainda aspiram a administrar o ciclo econômico. De Giorgi (2006) observa, a propósito, que o capital deixa de ser apenas *transnacional* (móvel, capaz de expandir-se além das fronteiras dos Estados) e passa a ser *global*, criando um espaço de valorização sem confins no qual não há falar em fronteiras, tampouco em instituições nacionais soberanas e muito menos em delimitações territoriais de poder.

Efetivamente, a estabilidade cada vez mais se esvai e o grau que os Estados acreditam poder influir no bem-estar por meio da sua intervenção é bastante limitado. O Estado perde o poder que havia acumulado nos anos pós-guerra em favor do mercado e de diferentes formas de cooperação internacional. A integração dos mercados financeiros exige uma maior disciplina financeira dos governos de forma que estes possam garantir aos mercados uma certa estabilidade financeira. A ameaça que subjaz a isso é uma possível emigração do capital para outra parte. A integração da produção proporciona melhores opções de mobilidade para as empresas: se consideram

que a pressão fiscal ou outras obrigações resultam excessivas, podem estabelecer-se em outra parte (SORENSEN, 2010).

Daí a afirmação de Roth (2010, p. 26) no sentido de que o Estado Nacional já não possui mais capacidade de impor soluções aos problemas sócio-econômicos atuais, seja de forma autoritária, seja de forma negociada com os principais atores sócio-políticos nacionais, o que permite falar no surgimento de um *neofeudalismo*:

sem uma instituição legítima, capaz de monopolizar um poder de coação jurídica efetiva ao nível internacional, são as empresas transnacionais que vão promulgando o quadro jurídico, em conformidade com seus interesses, a partir do qual dar-se-á a regulação social. Isso significa a emergência de uma forma de neofeudalismo onde as normas de regulação de um setor econômico estão definidas por empresas comerciais dominantes no setor. O conteúdo das regras negociadas na periferia limitar-se-ia a um 'ajuste de detalhes', não podendo ultrapassar o quadro geral da regulação fixado a um nível superior e percebido, pelos níveis de negociações inferiores, como uma realidade insuperável. Com efeito, a capacidade de perceber uma situação como injusta, base da luta em favor de uma maior emancipação, depende em grande parte da posição ocupada dentro do espaço social.

Em um contexto tal, os ganhos da produtividade são obtidos à custa da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho convencional, o que resulta em uma espécie de *simbiose* entre a marginalidade econômica e a marginalidade social. Segundo Buffon (2005, p. 88), “os indivíduos encontram-se novamente expostos às forças descontroladas do mercado, como se a desinstitucionalização das proteções sociais traduzisse a regressão ao estado de natureza econômico”, o que deságua em uma “forma extrema de atomização do indivíduo, seguida do fenômeno da exclusão”, sendo que, em um contexto tal, “o risco e o medo voltam ao centro das preocupações coletivas, agravados pela despreocupação pelo futuro das gerações vindouras.”

Efetivamente, uma das principais consequências da globalização, apontada por Pérez Cepeda (2007), é justamente o surgimento de um “mundo mercantil” onde as pessoas pertencem ou não a uma única classe, qual seja, a classe *consumidora*. Bauman (1999) atribui dita polarização social em consumidores/não consumidores ao fato de que, ao contrário da sociedade

predecessora, qual seja, a sociedade moderna, a sociedade da segunda modernidade – usando-se a classificação de Ulrich Beck (2010) – não engaja seus membros como “produtores” ou “soldados”, visto que ela prescinde de mão-de-obra industrial em massa ou de exércitos recrutados, conforme a clássica lição de Melossi e Pavarini (2010) que, ao abordarem as relações entre cárcere e fábrica, denunciaram o fato de que aquele é incumbido pelo Estado pela gestão dos vários momentos da formação, produção e reprodução do proletariado de fábrica, de modo a garantir ao capital uma força de trabalho que pudesse facilmente adaptar-se ao regime de vida na fábrica e produzir, reflexamente, a cota máxima de mais-valia extraível em determinadas circunstâncias⁶⁹.

Pelo contrário, na contemporaneidade o (des)engajamento dos indivíduos na sociedade se dá na condição de *consumidores*. Assim, a maneira por excelência da sociedade atual moldar seus membros é ditada pela capacidade destes em desempenhar o papel de consumidores. Segundo Ianni (1998, p. 23-24), o consumismo se transforma em “um exercício efetivo de participação, inserção social ou mesmo de cidadania”, e o cartão de crédito transforma-se “de fato e de direito, no cartão de identidade e cidadania de muitos, em nível nacional e mundial.”

Além disso, deve-se levar em conta que, na realidade contemporânea, com o advento das novas tecnologias de produção, prescinde-se de grandes contingentes de mão-de-obra que, de um momento para o outro, tornaram-se obsoletos. Com isso, são inúmeros os trabalhadores que se transformaram em

⁶⁹ Sobre o tema, De Giorgi (2006, p. 44) menciona que “a penitenciária nasce e se consolida como instituição subalterna à fábrica, e como mecanismo pronto a atender as exigências do nascente sistema de produção industrial. A estrutura da penitenciária, sob o perfil tanto organizativo quanto ideológico, não pode ser compreendida se, paralelamente, não for observada a estrutura dos locais de produção; é o conceito de *disciplina do trabalho* que deve ser proposto aqui como termo que faz a mediação entre cárcere e fábrica. Todas as instituições de reclusão que tomam forma no final do século XVIII co-dividem uma idêntica lógica disciplinar que as torna complementares à fábrica.” No mesmo sentido, Foucault (2003, p. 119) refere que, a partir do século XIX, “o corpo adquire uma significação totalmente diferente; ele não é mais o que deve ser supliciado, mas o que deve ser formado, reformado, corrigido, o que deve adquirir aptidões, receber um certo número de qualidades, qualificar-se como corpo capaz de trabalhar. Vemos aparecer assim claramente a segunda função. A primeira função do sequestro era de extrair o tempo, fazendo com que o tempo dos homens, o tempo de sua vida, se transformasse em tempo de trabalho. Sua segunda função consiste em fazer com que o corpo dos homens se torne força de trabalho. A função de transformação do corpo em força de trabalho responde à função de transformação do tempo em tempo de trabalho.”

“corpos supérfluos”⁷⁰ absolutamente disfuncionais para o sistema produtivo, eis que não suficientemente qualificados para operar estas novas tecnologias ou porque sua força de trabalho tornou-se de fato absolutamente desnecessária. E essa negação do acesso ao trabalho exclui da cidadania massas crescentes de sujeitos. Segundo De Giorgi (2006, p. 67-68),

o assalto neoliberal ao *welfare* determina o abatimento das garantias sociais, alimentando as condições de incerteza, a disposibilidade absoluta à flexibilidade e as novas escravidões que se tornarão um aspecto existencial, estrutural e paradigmático da nova força de trabalho. A restrição dos espaços de acesso ao emprego regular, sobre o qual converge o ataque político aos direitos sociais, produz uma hipertrofia das economias submersas, dos circuitos produtivos paralelos aos quais aqueles que não têm garantia são obrigados a recorrer para se assegurar de fontes alternativas de renda. Setores inteiros da população começam, assim, a apoiar-se em mercados não regulados, não tutelados, muitas vezes no limite da legalidade, em que domina o trabalho intermitente, temporário, flexível às exigências contingentes de empresas que, de acordo com a filosofia do *just in time* e da *lean-production*, contratam fora fases isoladas do processo de produção.

Como resultado desses fatores, as desigualdades globais são cada vez mais evidentes, criando dois novos *status* de seres humanos: os incluídos em uma economia globalizada e flexibilizada, por um lado, e os *apátridas*, carentes de identidade como consequência de sua falta de competência ou de sua impossibilidade para alcançar os mercados de consumo, por outro.

Nessa lógica, o mercado converte-se no grande igualador e separador da sociedade. E essa nova polarização social resulta na dicotomia “aqueles que produzem risco” *versus* “aqueles que consomem segurança”, o que implica uma atualização do antagonismo de classes. E o modelo de controle social que se impõe, nesse contexto, é o de exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma *funcionalidade* para o modelo produtivo e que, por isso, constitui uma fonte permanente de riscos (PÉREZ CEPEDA, 2007).

⁷⁰ A expressão é utilizada por Bauman (2009, p. 23-24), para o qual a exclusão do trabalho traduz na contemporaneidade uma noção de “superfluidade” e não mais de “desemprego”. Isso porque a noção de “des-empregado” representa “um desvio da regra, um inconveniente temporário que se pode – e se poderá – remediar”, ao passo que a noção de supérfluo equivale ser considerado “inútil, inábil para o trabalho e condenado a permanecer ‘economicamente inativo.’ É por isso que “ser excluído do trabalho significa ser eliminável (e talvez já eliminado definitivamente), classificado como descarte de um ‘progresso econômico’ que afinal se reduz ao seguinte: realizar o mesmo trabalho e obter os mesmos resultados econômicos com menos força de trabalho e, portanto, com custos inferiores aos que antes vigoravam.”

Esses indivíduos marginalizados perdem progressivamente as condições materiais para o exercício dos direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos de segunda e terceira gerações, transformando-se em mera *vida nua*, ao viverem sem leis protetoras garantidas efetivamente. E, condenados à marginalidade sócio-econômica e a condições hobbesianas de existência, não mais aparecem como detentores de direitos públicos subjetivos.

Mas isso não significa que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais. Nesse contexto, as instituições judiciais do Estado assumem funções eminentemente punitivo-repressivas, em detrimento da proteção dos direitos civis e políticos e da garantia da eficácia dos direitos sociais, sendo justamente este o contexto que explica como o estado de exceção acaba por transformar-se em normalidade: na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.

Aqui revela-se, então, a mudança paradigmática que orientará a análise do tema central deste tese: a contemporaneidade presencia a transição de um regime produtivo que se caracterizava pela *carência* – e que, em virtude disso, necessitava desenvolver um conjunto de estratégias colimando a disciplina da carência, do que exsurge o papel de complementaridade entre cárcere e fábrica – para um regime produtivo que se caracteriza pelo *excesso* – razão pela qual necessita desenvolver estratégias orientadas para o controle desse excesso (DE GIORGI, 2006).

O excesso, nesse contexto, significa que a dinâmica produtiva contemporânea excede reiteradamente os dispositivos institucionais de atribuição, reconhecimento e garantia de cidadania social. Isso decorre do fato de que a crise do pacto fordista-keynesiano que deu origem ao Estado social resulta em uma impossibilidade crônica das instituições de governo da

sociedade de garantir a inclusão por meio do trabalho, observando-se uma máxima separação entre constituição material da sociedade e constituição formal das instituições. Todas as margens de mediação entre força de trabalho e capital são transpostas e o que remanesce é um excesso contínuo da produtividade social para com os dispositivos institucionais destinados a regulá-la e inseri-la num projeto abrangente de governo da sociedade (DE GIORGI, 2006).

Hoje, ao contrário do que acontecia durante a vigência do pacto fordista-keynesiano que dava sustentação ao *Welfare State*, o desemprego, a exclusão social e a precariedade existencial não são mais consideradas enquanto consequência de uma inadequação subjetiva dos indivíduos para com um sistema que tinha condições de garantir inclusão e cidadania virtualmente universais por meio de instrumentos políticos de mediação da relação entre economia e sociedade. Como refere De Giorgi (2006, p. 70), aqueles instrumentos de mediação desmoronaram e na contemporaneidade parece não mais “haver desequilíbrios sociais e carências subjetivas passíveis de serem supridas mediante a ação de dispositivos institucionais de disciplinamento da força de trabalho e de socialização da produção, nem muito menos excessos produtivos e *surplus* de força de trabalho a controlar.”

Hoje, é o capital que se mostra carente em relação a uma força de trabalho que se flexibilizou e mobilizou, configurando uma *multidão*⁷¹ produtiva que “excede as relações de produção capitalistas no momento em que vive diretamente a inadequação do conceito de trabalho-emprego e experimenta em si mesma a violenta negação dos direitos de cidadania provocada por esta inadequação”, o que permite falar em um “excesso negativo” que evidencia, de um lado, “os efeitos da exclusão, da violência do poder e do controle que este excesso determina sobre a força de trabalho” e, por outro, o fato de que, ínsita a esse processo, é a negação do domínio do capital, ou seja, de que “este

⁷¹ Dá-se, aqui, ao termo *multidão* o sentido ele atribuído por Hardt e Negri (2005, p. 145-146), qual seja, de que a multidão expressa uma tentativa de demonstrar que “uma teoria da classe econômica não precisa optar entre a unidade e a pluralidade”, ou seja, de que “uma multidão é uma multiplicidade irreduzível”, de modo que “as diferenças sociais singulares que constituem a multidão devem sempre ser expressas, não podendo ser aplainadas na uniformidade, na unidade, na identidade ou na diferença”. Assim, a definição de multidão ora utilizada pressupõe “singularidades que agem em comum”, dada a inexistência de uma contradição conceitual ou real entre a singularidade e o que é comum.

domínio se revela em toda a sua estranheza, violência e opressão para com a força de trabalho social.” (DE GIORGI, 2006, p. 70-71).

Com isso, torna-se flagrante o progressivo esgotamento de uma soberania estatal alicerçada na ideia de um complexo de estratégias tendentes à normalização disciplinar da classe operária, que dá lugar à emergência de um domínio construído com base no controle biopolítico da multidão. Em outras palavras: o ensinamento disciplinar não tem mais sentido na sociedade contemporânea e, com ele, as instituições que foram criadas na modernidade com esse intuito perdem a razão de ser, dando lugar a espaços de mero “armazenamento” daqueles indivíduos que se tornaram supérfluos e que, em razão disso, precisam ser administrados por meio de medidas de neutralização. Eis a justificativa para o êxito de teorias como a do Direito Penal do Inimigo, portanto, que pugnam pela mera “neutralização” de indivíduos perigosos.

Também se justifica, aqui, o redescobrimto da pena restritiva de liberdade. Cornelli (2012, p. 351) assevera que a população carcerária no curso da década de 1990 aumentou na maior parte dos países: “en Europa, el crecimiento – de al menos el 20% - involucró a 28 países sobre 33 (exceptuándose a los Estados muy pequeños) y en la mitad de los países considerados alcanzó el 40 por ciento.” Na América, o sobredito autor refere que “sólo Canadá aumentó el número de reclusos por debajo del 20% (un 12%), mientras que en los Estados Unidos, México, Argentina, Brasil y Colombia el aumento de la tasa de encarcelamiento osciló entre el 60 y el 80 por ciento.”

Ressaltando a diferença entre os papéis assumidos pela prisão na contemporaneidade e na época do seu surgimento enquanto sanção penal, Bauman (1999) revela que, nos moldes de Bentham, independentemente de outros propósitos imediatos, as casas panópticas de confinamento eram antes e acima de tudo *fábricas de trabalho disciplinado*. No entanto, esta busca por reintegração punitiva do apenado só faz sentido quando há trabalho a fazer. Ocorre que, na contemporaneidade, o capital, outrora ansioso em absorver quantidades de trabalho cada vez maiores,

reage com nervosismo às notícias de que o desemprego está diminuindo; através dos plenipotenciários do mercado de ações, ele premia as empresas que demitem e reduzem os postos de trabalho.

Nessas condições, o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras da mão-de-obra produtiva quando falham os métodos “voluntários” comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particularmente rebeldes e relutantes de “homens livres”. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes *uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho “ao qual se reintegrar”. (BAUMAN, 1999, p. 118-119).

Daí a afirmação de Wacquant (2007, p. 21) no sentido de que, na contemporaneidade, antes de qualquer coisa, a penalização serve como mecanismo ou técnica de “invisibilização” dos problemas sociais que o Estado não pode ou não mais se preocupa em tratar de forma profunda: a prisão, nesse contexto, “serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de consumo.”

Retomando a discussão foucaultiana acerca da substituição paulatina dos *dispositivos disciplinares* – que buscavam a transformação do indivíduo de modo a melhor adaptá-lo ao sistema de produção capitalista – pela *biopolítica* – que vai priorizar as *intervenções* nos fenômenos em nível global colimando estabelecer estratégias de regulação não mais do indivíduo, mas da população global, de forma a otimizar a sua produtividade –, De Giorgi (2006, p. 101) refere que, na contemporaneidade, “a conservação da ordem social parece invocar, insistentemente, a implementação de uma estratégia de controle capaz de desarticular exatamente aquelas formas de socialização e de cooperação social que antes fora necessário alimentar uma vez que constituíam o fundamento da produtividade fordista”. Isso decorre do fato de que “hoje aquelas formas de cooperação escapam constantemente ao controle, fogem de qualquer cartografia disciplinar e assumem a fisionomia de eventos de risco, que devem ser evitados a qualquer preço.”

Efetivamente, a contenção desses excessos negativos alimenta a sua construção social enquanto “classes perigosas”, o que evidencia “o crepúsculo de um poder disciplinar que cultivava a ambição de produzir sujeitos úteis, e o alvorecer de um poder de controle que se limita a vigiar populações cujas formas de vida não consegue colher.” (DE GIORGI, 2006, p. 105).

O fato é que, como alerta Bauman (2013, p. 71), “a incapacidade de um indivíduo entrar no jogo do mercado segundo suas regras estatutárias, utilizando recursos próprios e por seu próprio risco, tende a ser cada vez mais

criminalizada ou a se tornar suspeita de intenções criminosas ou potencialmente criminosas.” De fato, a segurança é responsável por gerar “um interesse em apontar riscos e selecioná-los para fins de eliminação, e por isso ela escolhe fontes potenciais de perigo como alvos de uma ação de extermínio ‘preventiva’, empreendida de maneira unilateral”, o que significa dizer, em outras palavras, que determinados indivíduos ou grupos de indivíduos “têm negada sua subjetividade humana e são reclassificados pura e simplesmente como objetos, localizados de modo irrevogável na ponta receptora dessa ação.” (BAUMAN, 2013, p. 77-78). Em conexão com esse pensamento, surgem consensos acerca da nocividade social e da maior inclinação para o crime da chamada *underclass*, em um movimento que Garland (2005) tem denominado de “Criminologia do Outro”, segundo a qual se considera que o criminoso é um ser distinto dos demais, em decorrência de déficits hereditários, psicológicos ou educativos, ou até mesmo em razão de sua cor da pele, devendo ser contido ou eliminado.

Torna-se, assim, possível a afirmação de que o recrudescimento punitivo contemporâneo constitui, antes de tudo, um mecanismo hábil de controle social e racial, que opera através de uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres – típicas do *Welfare State* – por estabelecimentos penais. Ou seja, a seletividade sócio-racial no âmbito penal constitui uma das armas de que o Estado neoliberal lança mão para manter sob controle a população economicamente hipossuficiente, o que se dá a partir da imbricação de três funções agora atribuídas à pena, segundo a análise de Wacquant (2007, p. 16-17): em primeiro lugar, operando no nível mais baixo da escala social, o encarceramento massivo serve para “neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter ‘em rebelião aberta contra seu ambiente social’”; em segundo lugar, um degrau acima, a expansão punitiva desempenha a função de “impor a disciplina do trabalho assalariado dessocializado entre as frações superiores do proletariado e os estratos em declínio e sem segurança da classe média” por meio da “elevação do custo das estratégias de escape ou de resistência, que empurram jovens do sexo masculino da classe baixa para os setores ilegais da economia de rua”; em terceiro lugar, no que diz respeito à classe superior e à sociedade

em seu conjunto, a ascensão do Estado Penal tem uma missão simbólica: “reafirmar a autoridade do Estado e a vontade reencontrada das elites políticas de enfatizar e impor a fronteira sagrada entre os cidadãos de bem e as categorias desviantes”, ou seja, entre “aqueles que merecem ser salvos e ‘inseridos’ (mediante uma mistura de sanções e incentivos) no circuito do trabalho assalariado instável e aqueles que, doravante, devem ser postos no índex e banidos, de forma duradoura.”

Boa parte destes cidadãos doravante “banidos de forma duradoura” da sociedade são personificados na contemporaneidade pelos migrantes – particularmente aqueles que se aventuram de modo irregular mundo afora. Na contemporaneidade, a mobilidade humana é um dos fenômenos que mais tem dado margem à atuação discricionária dos mais variados dispositivos de controle, preponderantemente do Direito Penal, uma vez que, como salienta Brandariz García (2007), os grupos de migrantes, por seu caráter flagrante de *excedente humano*, não podem ser submetidos a um processo onicompreensivo de normalização, de disciplinamento, porque são convertidos, pelo seu modo de vida, em pessoas mais imprevisíveis do que o restante da população, o que significa, reflexamente, que são dotados de maior periculosidade.

Na ótica do referido autor (2007, p. 49), essa periculosidade é reforçada justamente em razão da mobilidade desses grupos:

en la etapa global, si bien la movilidad humana quizás no es muy superior, en términos relativos, a la de otras etapas históricas, sí presenta una característica novedosa que la convierte en un fenómeno de más difícil gobernabilidad: se trata de movilidad de sujetos tendencialmente excedentarios. En consecuencia, los flujos migratorios, a diferencia de lo sucedido en el pasado, en el que constituían generalmente factores básicos de desarrollo económico, hoy operan sobre todo como elementos de inestabilidad, de desorden, en una palabra, de inseguridad. Y esa inseguridad se refuerza por la imposibilidad de recurrir a una estructura general disciplinaria, hoy en crisis.

O caráter biopolítico das práticas punitivas da contemporaneidade voltada aos migrantes revela-se justamente nesse ponto: essa multidão que configura o excesso da contemporaneidade é transformada em mera *vida nua*, ou seja, uma vida cuja existência ou inexistência é absolutamente irrelevante para o sistema, o que faz com que o controle a ser exercido sobre ela possa

perpassar pela sua mera aniquilação. Esses indivíduos não mais são considerados na condição de cidadãos, mas na condição de *súditos*, à mercê do poder soberano, portanto.

A partir disso, torna-se possível afirmar que a lição de Walter Benjamin, em sua oitava tese sobre a história, segue atual. Segundo o filósofo,

a tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX 'ainda' sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável. (BENJAMIN, 1996, p. 226).

De acordo com a lição de Benjamin, assumir que o estado de exceção segue sendo a regra para os oprimidos é condição de possibilidade para a sua superação. É exatamente essa lição que vai iluminar o desenvolvimento do tema central desta tese: a transformação dos imigrantes, por meio das medidas punitivas implementadas na contemporaneidade para o controle dos fluxos migratórios, em *homini sacri*. É esse o tema com o qual se ocupa o capítulo que segue.

2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NO COMBATE À IMIGRAÇÃO IRREGULAR NA ESPANHA COMO RETROCESSO RUMO A UM MODELO DE DIREITO PENAL DE AUTOR

“Quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda a vida torna-se sacra e toda a política torna-se exceção.”
(Giorgio Agamben)



A imagem⁷² que inaugura a discussão a ser desenvolvida no presente capítulo retrata uma cena de fuga de um imigrante senegalês no filme *Biutiful* (2010), dirigido pelo cineasta mexicano Alejandro González-Iñárritu. Trata-se de uma obra cinematográfica que aborda de um modo bastante complexo as relações entre a imigração irregular⁷³, as redes de corrupção e a economia,

⁷² Disponível em: <<http://www.aceshowbiz.com/still/00005210/biutiful09.html>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

⁷³ Optou-se, neste trabalho, pela utilização da expressão “irregular” no lugar de “ilegal” em razão do entendimento, já esposado por Brandariz García (2011, p. 7), de que não é possível a adjetivação de seres humanos como *ilegais*: apenas as suas condutas é que podem assim ser qualificadas. Ademais, a expressão “ilegal” também é altamente estigmatizante, e tende a identificar migração com criminalidade, em uma perspectiva que vai justamente de encontro à que orienta a presente pesquisa. Sobre o tema, Malgesini e Giménez (2000, p. 261-262) salientam que “el énfasis en la ilegalidade dentro del mensaje que se transmite públicamente tiende a estigmatizar a los ciudadanos de origen extrajero, colocándolos dentro del arco delictivo, en asociación con otros términos inquietantes como peligrosidad, promiscuidad, narcotráfico, avalancha...” A consequência mais grave da utilização desses termos estigmatizantes é a despersonalização, ou seja, eles fazem desaparecer do discurso o tema-chave da “condição humana”, que instantaneamente conduz a uma série de direitos inalienáveis por definição. Além disso, o “raptó” da “pessoa” dentro do estereótipo do imigrante dá lugar a diversas formas de violações de direitos humanos por parte dos organismos represivos das sociedades receptoras (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000).

Segundo a lição de Santiago (2010, p. 141), “la persona humana posee una serie de derechos humanos inalienables que deben ser justamente reconocidos y protegidos. Los Estados deben reconocer y respetar esos derechos básicos de todas las personas que se encuentran bajo sus jurisdicciones, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, con independencia de que esas personas sean nacionales o extranjeras, extranjeras

bem como as diversas “barreiras” enfrentadas pelos migrantes que chegam à Espanha – especialmente aquelas relacionadas aos fatores culturais. Por outro lado, este filme viabiliza a compreensão do movimento pelo qual a situação dos jovens aprisionados na mansão que serve de cenário para a obra de Pasolini – utilizada no introito do primeiro capítulo – acaba por extravasar os seus muros e atingir a vida de milhares de pessoas na realidade contemporânea.

Uxbal, o personagem principal do filme, é responsável pela “coordenação” de vários negócios ilícitos relacionados à imigração irregular. Esses negócios giram em torno da comercialização, por imigrantes senegaleses que atuam como “top manta” nas ruas da cidade de Barcelona, de produtos que são produzidos a baixíssimo custo por um grupo de imigrantes chineses que também são explorados e vivem em condições desumanas, no porão de uma fábrica suburbana, em uma espécie de “alojamento coletivo improvisado”. Além disso, Uxbal também agencia imigrantes irregulares chineses na construção civil – em que pese a sua baixíssima qualificação nesse setor.

O ciclo da exploração da mão-de-obra migrante é então revelado: a produção de imigrantes irregulares chineses – explorados em um regime de escravidão – é comercializada nas ruas por imigrantes irregulares senegaleses – que se vêem constantemente alvo de ações policiais extremamente violentas e seletivas (em razão do envolvimento da polícia com as redes de exploradores) e que convivem diariamente com o medo da expulsão. A tripla exclusão dessas personagens fica, então evidenciada: em primeiro lugar, a situação irregular lhes impede o acesso a uma série de direitos concedidos aos autóctones ou migrantes regulares – o que também é reforçado pelos sentimentos xenofóbicos que provocam na população do país de destino; em segundo lugar, essa vulnerabilidade que decorre da irregularidade os transforma em mão-de-obra barata, flexível, a ser empregada na economia submergida; em terceiro, a situação irregular transforma os migrantes em alvos preferenciais das agências do sistema punitivo.

documentadas o ‘regulares’ o indocumentadas o ‘irregulares’. Los principios muestran los fines a realizar: el bien común, la justicia, el primado del derecho sobre la fuerza, la realización de la paz.”

O mérito do filme, nesse sentido, é mostrar realidades distintas que se complementam. Uma delas é a história isolada do personagem central da trama, que é um vilão diferente: Uxbal precisa conciliar sua agitada vida com o papel de pai de dois filhos ainda crianças, já que a mãe deles, Marambra, é dependente química e leva uma vida instável entre crises de abstinência e momentos de euforia extrema. Além disso, Uxbal descobre que está com câncer de próstata em estágio bastante avançado, e que tem apenas dois ou três meses de vida, o que o leva a questionar sua moralidade e suas emoções.

A descoberta da doença faz com que a luta de Uxbal, a partir de então, seja concentrada na acumulação de dinheiro – oriundo das diferentes formas de exploração de trabalho migrante – para a garantia de um futuro para seus filhos. E aqui o caráter paradoxal do papel do protagonista em relação aos estrangeiros se evidencia: ao passo em que os ajuda a conseguir trabalho, Uxbal os entrega sistematicamente à brutal exploração. Em certa medida, a conduta de Uxbal com relação aos migrantes pode ser comparada à postura adotada pela Europa como um todo: paralelamente ao discurso da proteção, são evidentes as atitudes de exploração e criminalização altamente seletiva.

É nesse ponto que o filme revela a realidade dos imigrantes irregulares de forma crua, demonstrando, em primeiro lugar, o sofrimento dessas pessoas ao se sentirem *outsiders* em uma terra que não é sua, com pouco domínio da língua, longe das pessoas que amam e convivendo com uma rotina de trabalho que pode ser comparada à escravidão. Isso sem mencionar o medo da expulsão e a violência extrema – institucionalizada ou não – à qual são diuturnamente submetidos.

O diretor consegue, assim, mostrar a questão da imigração irregular a partir das chaves da ilusão e da tragédia, com destaque para a cena em que todos os imigrantes chineses explorados na fábrica de produtos falsificados morrem intoxicados pelo gás de um aquecedor defeituoso. Aqui, é evidente a metáfora dos campos de concentração nazistas, a revelar que, em essência, o estado de exceção segue em contínua operação, e que a figura do *homo sacer* encontra eco, na contemporaneidade, na figura dos migrantes em situação irregular.

2.1 Os fenômenos migratórios na Espanha: as condicionantes econômicas e a construção dos imigrantes irregulares enquanto “sujeitos de risco”

É fato que a partir da perspectiva histórica, os movimentos migratórios sempre existiram⁷⁴. A migração, individual ou coletiva, é uma forma de comportamento natural que caracteriza as sociedades humanas⁷⁵. O continente europeu, particularmente, foi o cenário de numerosos movimentos migratórios. Tanto que, em território europeu, “no existe un pueblo o una nación que no sea heredero o resultante de una gran migración, pacífica o producto de la dominación bélica.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 281).

Em um salto histórico relativamente “curto”, pode-se verificar que entre os anos de 1820 até o fim da Segunda Guerra Mundial, como consequência das profundas mudanças provocadas pela transição demográfica, das transformações na agricultura e na propriedade rural e, principalmente, em decorrência dos efeitos sociais da Revolução Industrial, aproximadamente cem milhões de pessoas mudaram de país, sendo que mais da metade migrou para a América em um movimento migratório conhecido pelos europeus como “fazer a América”. Nesse período, o mundo vivenciou aquilo que se pode denominar de “idade da migração em massa”, dirigida a países com baixa população e abundantes recursos naturais (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007; MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000; LACOMBA, 2008).

Como salienta Bauman (2005, p. 50), a era moderna pode ser considerada como a era das grandes migrações, na qual “massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte.”

A lógica das trajetórias perseguidas pelos imigrantes dependia, então, “das pressões dos ‘pontos quentes’ da modernização”, mas é possível afirmar

⁷⁴ Para uma compreensão da história das migrações internacionais, consultar Lacomba (2008).

⁷⁵ Segundo Malgesini e Giménez (2000, p. 282), “los movimientos migratorios son el producto de una tendencia natural e histórica de las personas a desplazarnos siempre con un mismo objetivo: mejorar nuestra situación de partida. Eso no significa que todo el mundo tenga la misma motivación; por el contrario, en ocasiones la meta puede ser la búsqueda más elemental de la supervivencia, escapar de los peligros o conseguir alimentos, y en otras, la satisfacción de anhelos culturales o de aventura.”

que, com certa regularidade, “os imigrantes vagaram das partes ‘mais desenvolvidas’ (mais intensamente modernizantes) do planeta para as ‘subdesenvolvidas’ (ainda não atiradas para fora da balança socioeconômica sob o impacto da modernização).” (BAUMAN, 2005, p. 50).

Isso significa dizer que essas pessoas que saíram das partes mais desenvolvidas para as partes subdesenvolvidas do globo o fizeram em função da sua incapacidade de obtenção ou manutenção de um emprego compensador ou mesmo da impossibilidade de herdar um determinado *status* social em seus países de origem. Considerando, diante desse quadro, que os países nos quais esse “excedente” populacional “disfuncional” se acumulava eram os países que detinham superioridade tecnológica e militar em relação àqueles que ainda não estavam sofrendo os processos modernizantes, a estratégia buscada foi justamente transformar as áreas subdesenvolvidas em áreas “vazias” – notadamente por meio do extermínio massivo dos povos autóctones⁷⁶ – que pudessem “acondicionar” esses excedentes. Logo, o processo de extermínio massivo de aborígenes tinha a finalidade de preparar os lugares por eles habitados para desempenhar o papel de “depósitos” do “refugio humano” que o progresso econômico produzia na Europa, em quantidades crescentes (BAUMAN, 2005, p. 51).

O fato é que, hoje, com a “vitória da modernidade”, quando o mundo celebra o triunfo do estilo de vida contemporâneo, baseado no livre mercado, na economia e no consumo livres, não se produz gente supérflua apenas na Europa, para depois descarregá-la no resto do mundo: a superfluidade humana é produzida em toda parte, visto que o modelo produtivo moderno se firma em praticamente todos os países (BAUMAN, 2009, p. 81).

Com isso, verifica-se um movimento de “retorno”, ou seja, os descendentes das pessoas que outrora foram “despejadas” nos depósitos de refugio humano constituídos pelos países subdesenvolvidos hoje deixam suas cidades superpovoadas na direção oposta, buscando nas grandes cidades dos

⁷⁶ De acordo com Bauman (2005, p. 51), “segundo estimativas incompletas, cerca de 30 a 50 milhões de nativos de terras ‘pré-modernas’, perto de 80% de sua população total, foram aniquilados entre a época da chegada e estabelecimento dos primeiros soldados e comerciantes europeus e o início do século XX, quando seus números atingiram o número mais baixo. Muitos foram assassinados, outros pereceram de doenças importadas, e o restante morreu depois de perder os meios que durante séculos sustentaram as vidas de seus ancestrais.”

países europeus a mesma coisa que seus progenitores procuravam ao emigrarem. De acordo com Lacomba (2008), dados oriundos de informativo da Oficina de Estatística da Comissão Europeia (Eurostat) apontam que a imigração é o componente principal do crescimento populacional europeu desde 1992.

E esses países de destino deparam-se, então, na contemporaneidade, com o dilema de encontrar um jeito de “alojar” os imigrantes, administrando seus interesses com os interesses das suas superpopulações, afinal, estão repletos de gente supérflua também, e já não podem mais enviá-las para outros lugares, pelo simples fato de que “o planeta está cheio, não há mais espaços vazios, e portanto nossos supérfluos ainda estão entre nós.” (BAUMAN, 2009, p. 82).

Como assevera Bauman (2008a, p. 26-27),

sólo ahora, en el siglo XXI, los recién llegados a la familia de los modernos han experimentado esa ‘separación’ entre negocios y hogares’ – con todas las convulsiones sociales y el sufrimiento humano conseguites – por la que los pioneros de la modernidade pasaron cientos de años atrás, aunque de un modo un tanto mitigado por la disponibilidad de soluciones globales para sus problemas: la abundancia de ‘tierras vacías’ o ‘de nadie’ que podían ser aprovechadas con facilidad para depositar en ellas a la población excedente que la nueva economía, emancipada de las constricciones familiares y comunales, ya no podía absorber. Ése era un lujo que de ningún modo está ya al alcance de los recién llegados.

Neste contexto, a característica das migrações contemporâneas que mais inquieta e suscita o interesse por esta pesquisa reside nas respostas que os atores institucionais estão dando a este fenômeno, a qual se situa em uma perspectiva diametralmente oposta à abertura característica de outros momentos históricos.

Na contemporaneidade os fenômenos da globalização e da desregulamentação da economia mundial – analisados no tópico 1.3 do capítulo anterior – fazem com que as forças do capitalismo global impulsionem de forma nunca antes vista os movimentos migratórios. Paralelamente a outros fatores de expulsão – a exemplo da repressão ideológica e religiosa, das catástrofes naturais e da pobreza, bem como dos conflitos armados que se alastram pelo mundo contemporâneo afora – as forças do capitalismo cada vez

chegam a mais habitantes do planeta, seduzindo-os com seus produtos e com o modo de vida associado aos países desenvolvidos.

Além disso, outros fatores como os avanços no transporte – que reduzem a distância física entre os países – e os progressos nas tecnologias aliadas à comunicação, o estreitamento de relações internacionais, a existência de redes sociais que estabelecem vínculos através dos países, a acentuação da diferença de crescimento demográfico entre as regiões desenvolvidas e em vias de desenvolvimento, a demanda pelas economias dos países desenvolvidos de mão-de-obra estrangeira para determinados setores, etc, podem ser vistos como fatores preponderantes para o incremento dos movimentos migratórios, que alcançam patamares outrora inimagináveis⁷⁷ (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007).

Diante de um quadro tal, Martínez Escamilla (2008, p. 2) salienta que não se está exagerando “cuando se afirma que los actuales movimientos migratorios están llamados a producir en nuestra sociedad un impacto más profundo y significativo que cualquier otra cuestión social.” Segundo dados da Comissão Europeia sobre Migração e asilo (2013a, p. 3), dos cerca de 500 milhões de pessoas que vivem na União Europeia, aproximadamente 20 milhões são cidadãos de países que não pertencem à UE. Como consequência, destaca Llinares (2008, p. 2) que, nos últimos vinte anos nos países centrais europeus, a imigração deixou o lugar minúsculo que ocupava no *ranking* de importância social atribuída às distintas políticas públicas para praticamente encabeçar esta lista hipotética.

A intensificação da imigração irregular a partir da fronteira marítima no sul da Europa tem impregnado o debate político europeu sobre o tema, o que tem contribuído para o enriquecimento tanto da reflexão teórica quanto da prática política sobre a imigração irregular e os mecanismos de controle migratório. Isso porque o fenômeno em questão tem colocado em primeiro plano vários aspectos que são fundamentais para a compreensão dos motivos que impulsionam a imigração na região: as enormes desigualdades

⁷⁷ De acordo com dados da Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, no ano de 1960 o número de migrantes internacionais era de 77 milhões de pessoas. Em 1990 esse número praticamente duplicou, alcançando a cifra de 156 milhões. Atualmente, estima-se que existem mais de 200 milhões de seres humanos na situação de migrantes (PNUD, 2009).

econômicas, a criação de uma espécie de “cultura” da imigração e da saída em diversos países africanos, as tensões crescentes na arena europeia entre os países que são fronteira exterior da área denominada “Espaço Schengen”⁷⁸ e os que não são, bem como – e principalmente – as dificuldades de controle/gestão da imigração irregular.

Como asseveram López Sala e Sánchez (2010), a extensão do controle migratório tem se materializado de forma mais saliente na prática política na fronteira marítima do sudoeste da Europa comunitária, uma vez que a intensificação da imigração irregular por meio de embarcações desde meados da década de 1990 até a Espanha, Itália e Malta tem convertido esses países em objetivo excepcional das análises que sobre esta dimensão se realizam no campo das políticas públicas comparadas.

Nesse rumo, salientam os autores (2010, p. 77) que “la vigilancia fronteriza y su externalización han sido los dos elementos que mayor desarrollo han experimentado en los últimos años.” Na observação de Santiago (2010, p. 138), cada vez mais se distinguem os espaços “europeus” dos “não-europeus” e a abertura criada pelo “Espaço Schengen” *ad intra* contrasta com as restrições que tem sido criadas *ad extra*.

Efetivamente, a busca pela eficácia no controle dos fluxos migratórios tem transformado a ação política dos Estados por meio de diversas práticas que, para além do mero incremento da vigilância nas fronteiras, perpassa também pela extensão do controle migratório até mesmo para o exterior dos seus territórios.

A Espanha é o destino da imigração irregular que transcorre pela rota mediterrânea e africana ocidental. As primeiras embarcações com imigrantes irregulares começaram a chegar nas costas andaluzas no final da década de 1980, primeiramente na Província de Cádiz (a mais próxima) e posteriormente Huelva, Málaga, Granada e Almería. Nesse período, os imigrantes marroquinos também começaram a entrar no território espanhol escondidos em ônibus de

⁷⁸ “Em 1985, a assinatura do Acordo de Schengen por cinco países da União Europeia (UE) assinalou o início de uma cooperação destinada a eliminar as fronteiras internas. Nos anos que se seguiram, a maioria dos países da UE, juntamente com alguns países terceiros, aderiram a este movimento para formarem o denominado espaço Schengen, no âmbito do qual os países participantes deixaram de fazer controlos ao longo das suas fronteiras comuns. As pessoas podem assim circular livremente entre os países do espaço Schengen sem terem de mostrar o passaporte.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 3).

turismo e em caminhões que cruzavam o Estreito de Gibraltar. Esses fatos fizeram com que no início dos anos 1990 se incrementasse a vigilância terrestre na região, iniciando-se também a verificar o reforço dos perímetros fronteiriços das cidades autônomas de Ceuta e Melilla (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

A rota africana ocidental apareceu em meados da década de 1990, quando as primeiras embarcações chegaram às Ilhas Canárias procedentes do sul do Marrocos com destino à ilha mais próxima das costas africanas, Fuerteventura. Mesmo que essa rota fosse utilizada em um primeiro momento pelos imigrantes irregulares do Marrocos e do Sahara, aumentava ano a ano o número de imigrantes de países da África ocidental. Em 2004, o número de chegadas às Canárias superava o das chegadas às costas andaluzes, o que motivou a implementação de algumas medidas de vigilância como a criação do Sistema Integrado de Vigilância Exterior (SIVE) na província de Cádiz e nas ilhas orientais do arquipélago Canário, o reforço da vigilância em Ceuta e Melilla e o aumento do controle no território marroquino (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Nesse período é que o Marrocos se converteu no país de trânsito principal da imigração irregular com destino à Espanha, impulsionando, a partir do final do ano de 2005, uma nova dinâmica nas rotas de acesso: foi criada uma rota procedente do norte do Marrocos e da Argélia com destino às ilhas Baleares, Murcia e Alicante, a qual segue sendo utilizada principalmente pelos imigrantes marroquinos – ainda que em volume reduzido. Também no final de 2005 começaram a chegar as primeiras embarcações com destino às ilhas mais ocidentais do arquipélago canário, em razão de uma nova rota – exclusivamente marítima – que se originava no interior dos países do Golfo da Guiné e que tinha como principais pontos de saída as costas do Senegal, Gambia, Guiné Conakry e Mauritânia. Essa rota, ao longo do ano de 2006, foi empregada especialmente por imigrantes senegaleses, o que converteu o Senegal no principal país de trânsito. Os coloridos “cayucos” senegaleses eram as embarcações utilizadas no período, sendo inúmeras as imagens divulgadas na mídia a mesclar a alegria das cores estampadas nos barcos com a tristeza da realidade dos imigrantes (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Essas duas novas rotas permitiram a chegada, ao longo do ano de 2006, de mais de trinta e dois mil imigrantes somente ao arquipélago canário, fato esse que foi responsável pelo desencadeamento de uma profunda transformação da política espanhola de controle dos fluxos migratórios⁷⁹. Em razão disso, ao longo do ano de 2006, a rota acima mencionada passou por importantes transformações: em 2007, a Mauritânia se converteu no principal país de trânsito; a rota incorporou uma seção terrestre; os “cayucos” senegaleses foram substituídos pelos mauritanos, mais pequenos e de cor predominantemente branca; a rota foi sendo utilizada cada vez menos pelos imigrantes senegaleses. Além disso, a ação das novas iniciativas de controle dos fluxos migratórios na região e a crise econômica espanhola foram responsáveis, a partir de 2008, por uma redução considerável da imigração irregular por via marítima até a Espanha. Em 2009, as chegadas alcançaram uma cifra em torno de sete mil pessoas, a mais pequena da última década. Essa diminuição foi particularmente aguda na rota africana ocidental (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Nesse contexto, objetiva-se: qual a diferença dos atuais movimentos migratórios em relação a movimentos anteriores? A resposta pode ser encontrada na forma por meio da qual os atores institucionais estão tratando a questão na contemporaneidade: enquanto que na “idade da migração em massa” acima mencionada os países de destino, antes de reprimir, fomentavam, por meio de políticas públicas, a imigração⁸⁰, na atualidade verifica-se exatamente o oposto.

Com efeito, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes da União Europeia estão sendo construídas “de cima para baixo” e

⁷⁹ De acordo com Lacomba (2008, p. 131), “los últimos datos indican que el crecimiento demográfico y la progresión sitúan a España en niveles nunca vistos anteriormente respecto a la Unión Europea: el 44,7 por ciento de los inmigrantes que accedieron a la Unión Europea en 2006 se instalaron en España, un total de 636.000 inmigrantes.” Mais adiante, o antropólogo (2008, p. 132) refere que “los datos de 2008 procedentes del censo INE 2008 indican que el 11,2 por ciento de la población española es de origen extranjero, un total de 5.220.600 de personas. De este colectivo los países de procedencia con comunidades más numerosas son Rumanía con 728.967, Marruecos 644.688, Ecuador 420.110 y Reino Unido con 351.91.”

⁸⁰ Martínez Escamilla (2007, p. 15) refere, a propósito, que “durante la ‘edad de la migración en masa’ la libertad de movimientos transnacionales de personas, lejos de reprimirse, se vio favorecida por las políticas de los países de destino. Lo mismo sucedió en Inglaterra y Centroeuropa cuando en los años cincuenta y sesenta se ven necesitadas de mano de obra extranjera, manteniéndose esta tendencia aperturista hasta con la denominada ‘crisis del petróleo’ en los años setenta.”

tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração e da preservação/respeito aos direitos humanos dos imigrantes. Como asseveram López Sala e Sánchez (2010, p. 83), essas medidas acabam por truncar, de certo modo, “la tradicional identificación entre territorio y soberanía”, porque supõem “una extensión, un despliegue político del control migratorio, que empieza en los países de origen, continua en los de tránsito, incorpora acciones en la frontera e penetra el territorio de los países receptores.”

Essa perspectiva fica particularmente evidenciada no caso da Espanha, que, em razão da sua posição geográfica – que favorece sobremaneira a imigração, dentre os outros fatores já acima analisados – cada vez mais se vê compelida a reforçar as medidas tendentes a evitar a imigração irregular, bem como diminuir o número de imigrantes que afluem ao país por meio de controles exercidos em território alheios, o que tem causado uma certa estupefação teórica. Com efeito, como assevera Martínez Escamilla (2007, p. 16), “dos pilares fundamentales de cualquier política inteligente de inmigración, cuales son el desarrollo de los países emisores y la integración, parecen haber sido pasado a un segundo plano incluso en la retórica de política europea de inmigración.” 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.

Particularmente após os atentados de 11 de Setembro, não se cogita mais o codesenvolvimento, tampouco a integração dos imigrantes. A partir do Conselho Europeu de Sevilha, celebrado em junho de 2002⁸¹, a imigração passou a ser interpretada e gestada a partir da ideia de segurança: o norte dos debates passou a ser a “‘lucha’ contra la inmigración ilegal mediante el refuerzo del control de fronteras, una estrategia única de asilo y la inclusión de la política de inmigración como parte de la política exterior.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 16).⁸²

⁸¹ O texto integral do Conselho Europeu de Sevilha encontra-se disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:261E:0529:0533:PT:PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁸² “Se insta a que los futuros acuerdos de cooperación con terceros países incluyan una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre readmisión obligatoria y se

Essa mudança no tratamento legal da questão da imigração irregular pelos países integrantes da União Europeia é analisada por Martínez Escamilla (2008) a partir do discurso proferido por José Luis Rodríguez Zapatero durante a campanha eleitoral para as eleições gerais na Espanha de 9 de março de 2008. Para a referida autora, dito discurso serve para sintetizar a política europeia de controle da imigração, em especial quando Zapatero (apud LARA, 2008, p. 91) afirma que

nuestra política de inmigración tiene un principio: sólo pueden venir y quedarse los que pueden trabajar de acuerdo con la ley. Es decir, lucha con firmeza contra la inmigración ilegal. Y eso hay que hacerlo en tres frentes. Primero, que no salgan de sus países de origen personas empujadas por la desesperación. Segundo, que el control de fronteras impida la entrada de inmigrantes que no tengan un contrato de trabajo garantizado. Y, tercero, que se pueda devolver a los países de origen a las personas que entran ilegalmente aquí.

Ou seja, a referida “luta” contra a imigração irregular deve buscar alcançar três objetivos principais: “el primero impidiendo que salgan y que se nos aproximen. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras. Para el caso de que consigan entrar en nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2008, p. 5).

O primeiro objetivo (evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem) é buscado por meio do controle dos fluxos migratórios pela Europa fora das suas fronteiras, encarregando a outros países de trânsito a tarefa de contenção da imigração em troca de pressões e ajudas econômicas. A cúpula dos chefes de Estado em Sevilha (Conselho Europeu de Sevilha, celebrado em junho de 2002), conforme já salientado acima, consagrou a luta contra a imigração ilegal como prioridade absoluta da União Europeia em suas negociações com os Estados vizinhos. Isso implica a construção, nas palavras de Baggio (2010, p. 65), de uma espécie de “cinturón de seguridad frente a la inmigración’ que incluye a varios países del sur y del este”.

advierte que la colaboración insuficiente en este sentido podría dificultar una intensificación de las relaciones entre esos terceros países y la Unión Europea. La cooperación aparece, pues, subordinada a la colaboración con las restrictivas directivas europeas em la materia.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 17).

Ao comentar essa política de externalização de fronteiras, Morice e Rodier (2010), destacam que, a partir desse momento, as fronteiras externas do Espaço Schengen acabaram sendo consolidadas por meio de uma segunda linha de fortificação que dependia da colaboração dos países de origem, razão pela qual foi denominada “dimensão externa da política de imigração e de asilo” pelo Programa de Haia de 2004⁸³, que definiu as dez prioridades da União Europeia para os próximos cinco anos. Na ótica dos referidos autores, em última análise, “tratava-se de entregar o ônus do controle das fronteiras aos Estados não europeus, dentro de uma parceria tão pouco transparente quanto injusta.”

Essa externalização do controle das fronteiras foi ratificada pelo Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo⁸⁴, celebrado pelos 27 países da União Europeia em 2008, por iniciativa da França (que exercia, à época, a presidência da União). Por meio desse Pacto, os países de origem e de trânsito dos migrantes com destino à União Europeia são colocados na posição de guardas de fronteiras, função que, na ótica de Morice e Rodier (2010) mais se parece com uma obrigação, já que eles tem o dever de proteger à distância os limites territoriais da Europa, em troca de contrapartidas financeiras e políticas.

Segundo López Sala e Sánchez (2010, p. 83), as ações de controle na origem tem por objetivo, em primeiro lugar, dissuadir os imigrantes e, em segundo lugar, seleccioná-los. Esse controle remoto se dá por meio da política de vistos e dos programas de recrutamento de trabalhadores, combinados com acordos bilaterais de vigilância e readmissão que tem transformado os países de origem e de trânsito em guardiões fronteiriços de territórios alheios. Além disso, as medidas dissuasórias ocorrem por meio de campanhas informativas que tem por objetivo mostrar aos migrantes os perigos das travessias, a exemplo do trabalho desenvolvido a partir do projeto Infomigra⁸⁵.

⁸³ O texto integral do referido programa está disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l16002_pt.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁸⁴ O texto integral do referido Pacto está disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=PT&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2013440%202008%20INIT>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁸⁵ O projeto Infomigra é financiado pela União Europeia por meio das ações preparatórias do programa “Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios”, que é desenvolvido pela Direção Geral de Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia. O projeto foi criado na intenção de desenhar campanhas de conscientização acerca dos perigos da imigração irregular. As campanhas informativas são desenvolvidas junto aos meios de comunicação e às

Somam-se a estas medidas de controle remoto ações de dissuasão coercitiva no trânsito das travessias, as quais pretendem impedir ou dificultar a saída ou o desenvolvimento de uma parte da viagem. Destacam-se, aqui, medidas como a vigilância conjunta das costas africanas por parte da Guarda Civil espanhola e da polícia da Mauriânia e do Senegal, bem como as operações conjuntas coordenadas pela Frontex⁸⁶ no Mediterrâneo e no Atlântico (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Martínez Escamilla (2009, p. 6) destaca as consequências nefastas desse processo:

este encargo a países tan poco respetuosos con los derechos humanos como, por ejemplo, Libia, Marruecos o Mauritania, se viene traduciendo en la reiterada vulneración de derechos humanos por parte de la policía de estos países, que se concreta en palizas, desvalijamientos e incluso homicidios y todo ello con el silencio cómplice de Europa, que gasta ingentes cantidades de dinero en militarizar las fronteras de estos países para evitar la inmigración pero se desentiende de cuestiones de un humanitarismo básico como facilitar el retorno de los inmigrantes interceptados quienes tienen que volver a sus lugares de origen enfrentando las mismas penalidades, peligros y abusos que sufrieron en su intento de llegar a Europa y ello ahora en un estado físico muy deteriorado y con importantes traumas psicológicos.

Efetivamente, no afã de desempenhar seu papel no controle migratório rumo à Europa, países como o Marrocos tem praticado verdadeiras atrocidades contra os migrantes irregulares. Segundo dados extraídos por Morice e Rodier (2010) de relatórios elaborados por organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, no ano de 2005 cerca de 20 pessoas de origem subsaariana morreram em consequência de quedas ou de sufocação ao tentar transpor as grades que servem como barreiras na fronteira hispano-marroquina em Ceuta e em Melilla. Também há notícias de que algumas dessas pessoas foram

escolas senegalesas e marroquinas e têm por intuito tanto a informação quanto a prevenção da imigração irregular. Além disso, a campanha centra esforços em evitar que os migrantes sejam alvos de redes de tráfico humano. Maiores informações sobre o projeto podem ser obtidas junto ao site: <<http://www.infomigra.eu>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁸⁶ A Frontex (Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia) é um organismo da União Europeia tem por objetivo prestar assistência aos países da UE na correta aplicação das normas comunitárias em matéria de controles nas fronteiras externas e de reenvio de imigrantes ilegais para os seus países de origem. Foi criada pelo Conselho (CE) nº 2007, de 26 de outubro de 2004, cujo texto integral encontra-se disponível em: <http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/frontex_regulation_en.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2014.

baleadas pelo exército marroquino. O que choca é que essas mortes foram amplamente divulgadas na mídia pelo governo marroquino, como forma de demonstrar o seu zelo de cumprir com a tarefa de fiscalização fronteiriça decorrente de acordos com a União Europeia. Outrossim, em 28 de abril de 2008, ao largo de Al Hoceima (situado no nordeste do Marrocos), conforme relato de testemunhas, cerca de 30 pessoas, entre as quais quatro eram ainda crianças, morreram afogadas quando a sua embarcação pneumática foi deliberadamente afundada pelas forças da ordem, sem que nenhum inquérito independente conseguisse esclarecer o caso.

Além disso, convém referir que essa tendência de externalização de fronteiras está diretamente relacionada a temores injustificados de “invasões estrangeiras” – tema que será melhor desenvolvido na sequência – que tem sido historicamente utilizados por imperadores, reis e líderes de governo para manter a união dos povos, fortalecendo, assim, o seu poder. No entanto, como assinala Baggio (2010, p. 68), a história tem ensinado que “la creación de ‘cinturones de seguridad’ en torno a los imperios, reinos y estados no logró, en última instancia, salvarlos de la ruina. Definitivamente, es más conveniente construir puentes que muros.”

Ademais, os constantes “acidentes” que resultam em morte de imigrantes em áreas de trânsito, marítimas ou terrestres – dos quais o recente caso da Ilha de Lampedusa⁸⁷, na Itália, é apenas um dentre tantos exemplos mais lamentáveis – não tem servido para frear e tampouco criar uma atmosfera de desalento entre aqueles que ainda pretendem migrar. Eles apenas colocam em evidência, para além do descaso absoluto para com a tutela dos direitos humanos dos migrantes, a ineficácia das técnicas de mera proibição que tem orientado as políticas migratórias comunitárias. Além disso, convém salientar

⁸⁷ Em 03 de outubro de 2013, mais de 360 imigrantes – em sua maioria eritreus e somalis – morreram em um naufrágio do barco de pesca que os transportava nas proximidades de Lampedusa, no sul da Itália. O barco transportava cerca de 500 imigrantes. De acordo com dados divulgados no site da BBC Brasil, em investigações posteriores ao naufrágio, a polícia italiana constatou que esse imigrantes pagaram milhares de dólares para a quadrilha de atravessadores para poder realizar a travessia. Esse grupo criminoso levava os migrantes através do Deserto do Saara para a Líbia, onde eles ficavam detidos em um acampamento até pagarem ao menos US\$ 3 mil, de acordo com a investigação. Além disso, os imigrantes que sobreviveram à tragédia disseram à polícia que tortura e estupros ocorreram nesse acampamento. Informações disponíveis em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131108_lampedusa_estupro_lk.shtml>. Acesso em 14 fev. 2014.

que é justamente a dificuldade em aceder ao território comunitário que acaba por, reflexamente, incrementar a criminalidade organizada no que diz respeito ao tráfico de pessoas.

Paradoxalmente, todo o cerco criado para impedir acaba por incrementar a imigração irregular e, conseqüentemente, os riscos assumidos pelas pessoas que pretendem transpor as fronteiras, podendo-se falar em “una relación directa entre incremento de las dificultades y número de muertes en el intento, lo que hace especialmente patente en la frontera sur de Europa, donde la intensificación del control supuso la búsqueda de travesías alternativas, más largas y más peligrosas.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 7).

O segundo objetivo a ser alcançado pelas políticas migratórias espanholas (evitar a entrada dos imigrantes) traduz-se na tentativa de impermeabilização das fronteiras europeias de forma a evitar o ingresso dos imigrantes. Como salientam López Sala e Sánchez (2010, p. 83), essas ações se fazem mais intensas na fronteira, “donde se ha implantado tecnología eficaz para la identificación y la detección de documentación fraudulenta con el fin de permitir o prohibir la entrada y frenar el número de inmigrantes irregulares que llegan de forma inadvertida.” Além disso, “en el interior de los estados receptores, el control interno há incorporado la creación de bases de datos biométricas, el aumento de las acciones policiales de identificación y ‘la investigación’ de los matrimonios mixtos.”⁸⁸

⁸⁸ Neste aspecto, López Sala e Sánchez (2010, p. 89-90) salientam que “la colaboración policial bilateral entre España y los países africanos para la vigilancia en la ruta marítima africana occidental se remonta a 2004. En julio de ese año se inició, en el marco establecido por el Grupo de Trabajo Permanente Hispano-Marroquí sobre Inmigración y dentro del Convenio de Colaboración entre la Gendarmería Real Marroquí y la Guardia Civil, la realización de patrullas marítimas conjuntas en el litoral atlántico y mediterráneo de la costa de Marruecos [...]. Em 2006 se puso en funcionamiento también Atlantis, un proyecto bilateral de vigilancia conjunta con la Gendarmería mauritana dirigida al control de la inmigración irregular en aguas de este país africano. La ejecución del Seahorse, el programa más complejo, se inicia en 2006 contando con esta experiencia bilateral previa. El Seahorse tiene como objetivos la prevención de la inmigración irregular y la lucha contra el contrabando de personas. Se trata de un programa desarrollado por el Ministerio del Interior e gestionado operativamente por la Guardia Civil con una dotación de 2,5 millones de euros, en el que participan las policías de Marruecos, Mauritania, Senegal y Cabo Verde. Sus actividades se centran en la realización de operaciones conjuntas y en el despliegue de oficiales de enlace. El desarrollo más importante de este programa en los últimos tempos ha sido la constitución de la llamada Seahorse Network, un red regional segura coordinada por España para intercambiar información sobre inmigración irregular por vía marítima. Em 2009 participaban en esta red España, Portugal, Cabo Verde, Mauritania, Marruecos, Senegal, Gambia y Guinea Bissau. También se han realizado operaciones terrestres en Senegal – Operación Gorée – y en Mauritania – Operación Caboblanco – para evitar la salida de embarcaciones de las costas.”

Nesse ponto, um aspecto fundamental a ser destacado no que diz respeito ao controle dos fluxos migratórios na realidade espanhola tem a ver com perspectiva econômica. A partir de uma análise acurada das práticas implementadas para dito controle a partir da década de 1990, evidencia-se uma tensão – revelada por López Sala e Sánchez (2010, p. 86) – “entre uma crescente demanda de trabajadores para la economía y la condición española de frontera sur de Europa.” Esta tensão se articula entre políticas regulatórias reativas, diferenciadas e seletivas, que permitem falar em uma diferenciação entre “fronteiras duras” e “fronteiras brandas”, como destacam os autores (2010, p. 86):

en la esfera del control interno há empleado procedimientos extraordinarios de documentación, mientras que em la acción fronteriza ha desarrollado mecanismos indirectos de selección a través de un control más férreo de las fronteras marítimas y los territorios periféricos, y de una acción más laxa en las fronteras terrestres e aéreas.

Com efeito, boa parte do modelo de gestão da imigração nos países centrais europeus – e na Espanha a situação não é diferente – é inspirado fundamentalmente e de forma reconhecida em interesses econômicos. Como salienta Martínez Escamilla (2009, p. 5),

se admite a quien consideramos que puede ser útil para nuestra economía, una economía que há pasado de prospera a maltrecha. La inmigración que desde esta perspectiva económica no podemos o no queremos asumir, se concibe como una amenaza, como una – por definición indeseada – invasión. A partir de esa percepción, la política migratoria se concentra en el rechazo, poniéndose al acento en control de fronteras y en la persecución y hostigamiento de quienes consiguen esquivarlas, en el refuerzo de los instrumentos jurídicos y de los medios materiales para afrontar lo que se há denominado ‘lucha’ contra la inmigración irregular.

López Sala e Sánchez (2010) traçam um interessante panorama acerca do tema “imigração *versus* necessidades do mercado de trabalho” que conduzem a essa política ambivalente orientadora das práticas de controle de fluxos migratórios na Espanha. Segundo os referidos autores, em que pese o discurso explícito de uma política restritiva de imigração, imbuída dos acordos que surgiram na arena europeia acerca do tema, esta esfera da política espanhola permitiu, na prática, que o mercado de trabalho espanhol pudesse

satisfazer sua demanda por trabalhadores estrangeiros, por meio de regularizações continuadas e encobertas que levou à política de cotas e a um controle débil das fronteiras, o que perdurou até o final da década de 1990, quando houve a implementação do SIVE – já mencionado – e o consequente controle mais rígido na Andaluzia e no Estreito de Gibraltar.

Na primeira década deste novo milênio, as necessidades do mercado de trabalho e o crescimento econômico espanhol também influenciaram as ações políticas concernentes ao controle da imigração. Segundo Lacomba (2008, p. 132), “para comprender la importancia de la inmigración laboral es preciso considerar que en España el 50 por ciento de los nuevos empleos creados entre 2000 e 2007 fueron ocupados por personas inmigrantes.”⁸⁹

Com efeito, desde o ano 2000 os fluxos se intensificaram: entre 2000 e 2003 se produziu a grande imigração equatoriana e colombiana e, a partir de 2003, houve o incremento da imigração marroquina e da silenciosa imigração romena. Houve anos em que o número de imigrantes superava o de 500 mil. Mesmo assim, o controle remoto nesses períodos mostrou-se relativamente débil, o que permite a afirmação de que o modelo de imigração irregular que impera na Espanha e que supõe que a irregularidade é uma condição habitual nas trajetórias migratórias tem sido consequência da ação, ou melhor, da falta de ação política. Com efeito, as dificuldades e a escassez de vias para o ingresso legal, apesar da demanda e da criação de uma política de quotas⁹⁰, forçaram a entrada de muitos migrantes com visto de turista através das fronteiras aéreas e terrestres, com a indiferença – ou até mesmo com a cumplicidade – do Estado (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

⁸⁹ Ainda de acordo com Lacomba (2008, p. 132), não se pode olvidar, aqui, da importância demográfica: “la denominada tasa de dependencia es un indicador clave de la misma. Ésta se obtiene calculando el porcentaje de población mayor de 64 años sobre la población entre 16 y 64 (edad laboral); este coeficiente permite determinar que la tasa de dependencia en España sería un 35 por ciento más alta sin la aportación de la inmigración, mientras el capital humano quedaría reducido en un 45 por ciento, según el estudio de FEDEA (Fundación de Estudios de Economía Aplicada) dirigida por el professor Michele Boldrin.”

⁹⁰ De acordo com López Sala e Sánchez (2010, p. 87-88), “en 2001 se firmaron los primeros acuerdos de contratación de trabajadores en origen, siguiendo las pautas marcadas por el Plan Greco, con países latino-americanos, de la Europa del Este y Marruecos; unos acuerdos que intentaban materializar lo que se había denominado una regulación ordenada de las migraciones que respondiera a las necesidades del mercado de trabajo. Estos acuerdos suponían, por tanto, al menos en su filosofía, formas de selección y canalización de la población extranjera a través de la determinación de sus perfiles, su procedencia y su integración en el mercado y el territorio nacional. Sin embargo, en la práctica, el acceso al territorio y al mercado de trabajo español continuó con las dinámicas y las prácticas de los noventa debido a los desiguales resultados del programa y a las limitaciones de la oferta.”

Em boa parte, esse quadro pode ser explicado a partir da arguta observação de Barge (2008, p. 7), ao referir a existência de duas espécies de imigração, quais sejam, a “boa” e a “má”⁹¹:

existe una buena inmigración, los países de la Unión deben poder beneficiarse de ella, esta inmigración ‘elegida’ debe responder a las necesidades económicas de Europa y no tiene vocación a ser permanente; existe una mala inmigración, esta inmigración ‘sufrida’, no corresponde a las necesidades de la Unión Europea, es portadora de inseguridad y criminalidad, debe ser combatida. De ahí la obsesión de limitar la inmigración en dirección de Europa, al tiempo de querer atraer una inmigración de la que se tendría necesidad⁹².

Essa “boa imigração” – lembra Beck (2010) – deve-se ao fato de que os imigrantes sujeitam-se à realização de trabalhos que no geral ninguém, nos países de destino, quer assumir. Além disso, a “boa imigração” também abrange os “sem papéis”, visto que, em relação a eles, a exploração laboral é ainda maior em virtude do fato de que têm de trabalhar às escondidas, ganhando, em troca, uma pequena quantidade de dinheiro.

Assim, esses indivíduos acabam se tornando objeto de chantagem e exploração e é isso que, na ótica do referido autor (2010), encontra-se por detrás dos “sem papéis”: ao passo que não possuem nenhum tipo de direito, suas atividades e prestações são funcionalmente indispensáveis, não só para a sobrevivência deles próprios e de suas famílias que vivem no outro lado da fronteira, mas também “ante todo, para la supervivencia de las sociedades del bienestar occidentales y de los países emergentes.” Diante dessa constatação, Beck (2010) refere que “nos engañamos a nosotros mismos con la categoría de

⁹¹ No mesmo sentido, De Lucas (2003, p. 47) observa: “Así, distinguen entre **buenos** y **malos** inmigrantes, es decir, entre los que se ajustan a lo que nosotros entendemos como inmigrantes **necesarios** (adecuados a la coyuntura oficial del mercado formal de trabajo⁴, asimilables culturalmente, dóciles) y los demás, que son **rechazables**, bien por delincuentes (cometen actos delictivos, comenzando por entrar clandestinamente en nuestro país lo que evoca connivencia con las mafias), bien por imposibles de aceptar (porque desbordan nuestros nichos laborales o son inasimilables): por una u otra razón, constituyen el ejército de reserva de la delincuencia y, rizando el rizo de la argumentación, generan racismo y xenofobia contra los inmigrantes buenos.”

⁹² Essa perspectiva de análise da imigração fica bem evidenciada em um pronunciamento do Ministro do Interior da Grã-Bretanha, Charles Clarke (apud BAUMAN, 2008a, p. 16-17), quando argumenta que “la inmigración por trabajo, la inmigración por estudios, es buena. [...] Lo que está mal es que ese sistema no esté adecuadamente vigilado y acaben viniendo personas que se convierten en una carga para la sociedad, y eso es lo que pretendemos eliminar. [...] Así, instauraremos un sistema [...] que preste atención a las aptitudes, los talentos y las habilidades de las personas que quieren venir a trabajar en este país, y que garantisse que, cuando lleguen aquí, tendrán un empleo y podrán contribuir a la economía del país.”

illegales: no podemos olvidar que la criminalización de estas personas oculta el hecho de que no podemos renunciar a sus prestaciones funcionales.”

Baggio (2010, p. 62), ao comentar as diversas formas de “barreiras internalizadas” contra imigração – dentre as quais destaca a questão do estranhamento ínsito à figura do migrante, a discriminação social (individual e também relacionada a determinados grupos de migrantes) e laboral, e até mesmo a discriminação interétnica⁹³ – assevera que a ideia de que existe uma espécie de “diferença ontológica” entre cidadãos e estrangeiros é utilizada em determinadas circunstâncias para justificar a exploração laboral dos trabalhadores migrantes, por meio da ampliação ilegal da jornada de trabalho, da submissão dos trabalhadores a condições abusivas no ambiente laboral, atrasos de pagamentos, redução de salários, etc. Calavita (2004) menciona, a propósito, a existência de uma espécie de “exército de reserva” de mão de obra constituído pelos imigrantes irregulares, que seria perfeitamente desejável em virtude da ausência de direitos trabalhistas.

Essa exploração, no caso dos imigrantes em situação irregular, é maior, pois o labirinto de medo e desconfiança em que vivem aumenta sobremaneira a sua vulnerabilidade:

se trata de un segmento del mercado de trabajo que es fácilmente ‘disciplinable’, no sólo porque parte de un umbral de bajas expectativas y por ello está dispuesto a conformarse con poco, sino porque siente sobre sus cabezas la amenaza permanente de la expulsión, lo cual disminuye fuertemente cualquier conflictividad. (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 264).

Daí a afirmação de Martínez Escamilla (2007, p. 22-23) no sentido de que o componente mais relevante do modelo de regulação da imigração – tanto no caso europeu em geral quanto particularmente no caso espanhol – é a sua dimensão laboral, sendo o imigrante contemplado como mão-de-obra: “cuántos y qué inmigrantes estamos dispuestos a aceptar es algo a determinar em atención fundamentalmente a las necesidades de nuestro mercado laboral.”

⁹³ Segundo Baggio (2010, p. 61), a partir de estudos realizados na Itália e por meio de sua própria experiência pessoal com diferentes comunidades de migrantes em distintas partes do mundo, é comum o estabelecimento, nos países de destino, de uma discriminação dos imigrantes “recém chegados” em relação aos “mais antigos”: os que chegaram primeiro “reclaman una especie de *ius primi occupantis* (el derecho de quien llega primero) y parecen hacer pagar a los recién llegados el precio de su difícil establecimiento en la sociedad receptora.”

Com isso, cada vez mais se assiste a um processo de *estrangeirização* do imigrante: ao se negar as possibilidades de que ele seja um migrante “de verdade”, livre em seu projeto migratório, acaba-se por estigmatizá-lo como “diferente” e a considerá-lo apenas como um trabalhador (in)útil para o mercado de trabalho (DE LUCAS, 2003).

Isso significa dizer que, “mientras que se estigmatiza con el lenguaje y se persigue policialmente a las personas que no tienen su documentación ‘en regla’, se utilizan eufemismos y, generalmente, un amplio margen de tolerancia para aquel segmento de la economía que los emplea.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 263). O crescimento econômico ansiado pelos governos depende, em última análise, das empresas que se utilizam desse tipo de mão de obra para maximizar seus lucros. E as pressões desses setores da economia sobre os governos são muitas vezes atendidas por meio das supramencionadas “relativizações”⁹⁴.

Recentemente, em virtude das sucessivas crises econômicas pelas quais tem passado a União Europeia – e particularmente a Espanha –, a influência da economia sobre as políticas de controle dos fluxos migratórios tem se mostrado ainda mais evidente. Analisando a questão a partir do momento em que começa a se verificar nos países da então Comunidade Europeia, em meados da década de 1970, a crise do modo de regulação fordista, Brandariz García (2011, p. 17) menciona que os migrantes passam paulatinamente a perder a centralidade produtiva e, em tal medida, também a centralidade social e política, “de modo que la inmigración deja de ser contemplada primordialmente como un factor de desarrollo, y pasa ser vista ante todo como un problema, como un hecho antitético al actual modelo de evolución social, que debe ser gestionado fundamentalmente desde la perspectiva del control.”

⁹⁴ Sobre o tema, Wagman (2006, p. 213) refere que “quizás la función principal de la estigmatización del inmigrante es el control y la regularización del mercado laboral en una economía que depende, cada vez más, de la existencia de un importante volumen de mano de obra barata y dócil. Esta estigmatización permite justificar políticas de recortes de derechos fundamentales que debilitan la capacidad de resistencia y de organización de los afectados frente a la explotación que sufren y contribuye a amedrentar las protestas ante la desigualdade. Y es también un obstáculo inmenso para la unidad entre obreros extranjeros y obreros nacionales. Los últimos ven a los primeros como enemigos y responsables de las carencias y dificultades a las que se ven enfrentados.”

Isso não significa que, a partir de então, tenha se verificado simplesmente um declínio da demanda de trabalho vivo migrante, afinal, como já referido acima, esse gênero de força de trabalho continuou aportando aos países europeus, notadamente em terras espanholas. A mudança que se sente a partir de diz respeito justamente àquilo que se quis até o momento demonstrar: houve uma alteração significativa nas necessidades de força de trabalho não qualificada, que passou a se concentrar nos serviços de baixo valor agregado e não mais no setor industrial. Essa mudança, segundo Brandariz García (2011, p. 18), “hace perder a los procesos migratorios ciertas condiciones de regularidade e leva aparejada una severa devaluación de las posibilidades de inclusión mediante el trabajo.”

Com efeito, os empregos precários, mal-remunerados, em condições ambientais nocivas ou perigosas, etc, não encontram entre os habitantes nativos muitos candidatos – até mesmo porque eles aspiram a condições de trabalho superiores e as defendem por meio de organizações sindicais sabendo que, caso desempregados, irão dispor de subsídios de desemprego estatais –, mas despertam o interesse dos trabalhadores estrangeiros, particularmente aqueles que podem ser expulsos facilmente por meio de simples denúncias. Esses trabalhadores “poseen una mayor flexibilidad para adaptarse a las características de la demanda y parten de una posición inicial más baja, que puede consistir en prescindir del reconocimiento de diplomas, especialidades o experiencias laborales anteriores (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 263)⁹⁵.

Como consequência, “el debilitamiento de la posición económica y productiva de la fuerza de trabajo migrante genera un menoscabo de su estatus social y político, con lo que se facilita su inserción en narrativas de conflicto, inseguridad y control.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 18). E as

⁹⁵ Ao retratar a realidade francesa, Carron (2000) refere que, “na França, por exemplo, dos setores de hotelaria-restaurantes à colheita de frutas, passando pelos empreiteiros da construção civil e da confecção, o direito trabalhista quase não existe. Mais do que ‘empregos que os franceses não querem’, trata-se de empregos chamados de ‘3D’ (de demanding, dangerous, dirty: difíceis, perigosos e sujos) para os quais, em termos de condições de trabalho, de salário e de disponibilidade, os empregadores não querem franceses, por considerá-los muitos exigentes. É o que autoriza alguns deles a mostrar, paralelamente à imigração chamada de ‘alto nível’, uma preferência por ‘nossos’ próprios recursos — mulheres, jovens e desempregados —, sugerindo desta forma um alinhamento por baixo das leis trabalhistas.”

mudanças econômicas drásticas pelas quais têm passado as economias europeias na contemporaneidade tem agravado ainda mais o quadro: a queda na oferta de empregos em condições de exploração tem feito com que boa parte dos imigrantes ser transformem em um capital humano absolutamente descartável. “Supérfluos”, muitos desses imigrantes “han pasado a engrosar las listas del paro, dejan de cotizar y ya no parecen cuadrar las cuentas que antes nos permitían afirmar que la inmigración aporta mucho más en términos económicos que el gasto público que pudiera generar.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 8).

E, neste ponto, revela-se um outro aspecto que tem contribuído para a construção dos imigrantes enquanto “sujeitos de risco”: a questão do “parasitismo social”, ou seja, da sua consideração enquanto “parasitas” de um *Welfare State* cada vez mais cauíla no cumprimento de seu desiderato para com os cidadãos autóctones. Spire (2013) sintetiza o câmbio de perspectiva de análise do problema pelos líderes políticos europeus: a passagem de um modelo de “imigração econômica” para um modelo de “turismo de benefícios sociais”.

A condição de “estrangeiro”, por si só, conforme aduz Arnaiz (1998), traduz a idéia de uma pessoa que está ocupando ou usurpando um posto ou lugar que não lhe corresponde⁹⁶. E esse estranhamento é potenciado na medida em que a figura do migrante é construída a partir da lógica da “ameaça”. E isso, no contexto de desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, conforme análise empreendida no tópico 1.3 do primeiro capítulo, é cada vez mais frequente, conduzindo a uma situação paradoxal: “quanto mais persistem – num determinado lugar – as proteções ‘do berço ao túmulo’, hoje ameaçadas em toda parte pela sensação compartilhada de um perigo iminente,

⁹⁶ Arnaiz (1998, p. 121) destaca que “en términos filosóficos, puede decirse con razón que la figura del extranjero es uno de los referentes de lo extraño o, si se quiere, de la radical extrañeza manifestada em la falta de un suelo (territorio) desde el que identificarse y en la dificultad de una lengua en la que decirse y ser reconocido. Así, no es de extrañar la generación de toda una gama de sentimientos y posturas que van desde el rechazo pasando por el distanciamiento hasta, talvez, llegar en el mejor de los casos a la compasión.” Nesse mesmo sentido, Melossi (2002, p. 162) aduz que há uma dupla insegurança que acompanha os imigrantes: “de un lado, la inseguridad del inmigrante, que deja un mundo a sus espaldas sin certeza alguna de lo que encontrará por delante. Y por otro lado, la inseguridad de los que, a menudo de mala gana y a su pesar, lo ‘acogen’, viéndolo e interpretándolo como el signo de profundos cambios sociales por los que se sienten amenazados, cambios que no comprenden y de los cuales bastante facilmente culpan al inmigrante, individuo naturalmente sospechoso en cuanto extranjero, ‘otro’.”

mais parecem atraentes as válvulas de escape xenófobas”, o que decorre do fato de que os poucos países “que relutam em abandonar as proteções institucionais transmitidas pela modernidade sólida [...] vêem-se como fortalezas assediadas por forças inimigas”, considerando “os resquícios de Estado social um privilégio que é preciso defender com unhas e dentes de invasores que pretendem saqueá-los”⁹⁷. Em função disso, “a xenofobia – a suspeita crescente de um complô estrangeiro e o sentimento de rancor pelos ‘estranhos’ – pode ser entendida como um reflexo perverso da tentativa desesperada de salvar o que resta da solidariedade local.” (BAUMAN, 2009, p. 20-21)⁹⁸.

Um forte exemplo disso é um dos anúncios da campanha eleitoral do Partido Democrata Sueco em 2010, marcado por um caráter abertamente populista e xenófobo. O anúncio em questão⁹⁹ – cuja difusão foi recusada pelo Canal sueco TV4 – mostra uma velha senhora sueca caminhando apoiada por um andador rumo a um balcão, onde funcionários que representam o “Estado” distribuem benefícios sociais. Prestes a alcançar o balcão, a senhora em questão é ultrapassada por mulheres que vestem burcas e empurram carrinhos com bebês, e que conseguem chegar antes que a anciã sueca aos benefícios sociais.

Outro nítido exemplo disso é a campanha desencadeada pelo presidente francês Nicolas Sarkozy, em julho de 2010, contra os ciganos. Mesmo que o direito europeu impeça a expulsão dos cidadãos dos países do bloco, o

⁹⁷ Em outra obra, Bauman (2008a, p. 19) escreve, a propósito, que “ahora se supone que los derechos sociales se han de ofrecer de forma selectiva. Deben ser concedidos si, y sólo si, quienes los otorgan deciden que su concesión será acorde a sus propios intereses, pero no por la fuerza de la condición humana de sus destinatarios. Y entre esos dos conjuntos de personas – el de quienes cumplen los requisitos de la segunda prueba (la de la condición humana) y el de quienes cumplen los de la primera (la de los intereses de quienes otorgan los derechos) no hay solapamiento alguno. El derecho soberano a la excepción está siendo revivido en la actualidad... y reafirmado a escala planetaria, a diferencia de otros muchos derechos soberanos (la mayoría?) del Estado-nación...”

⁹⁸ De acordo com Spire (2013), “desde o fim da década de 1990, a maioria dos países europeus, a pretexto de racionalizar o Estado de bem-estar social, intensificou as medidas de controle contra os beneficiários de seus serviços. Por muito tempo relegado ao plano de atividade secundária, até marginal, o controle da população precária foi alçado ao plano de prioridade política, recebendo importantes recursos materiais e humanos. Enquanto se afrouxou a vigilância sobre diversas formas de crime de colarinho branco, a informatização dos arquivos e o aumento das trocas de informações entre administrações tornaram possível o advento de um controle por capilaridade, visando todas as populações dependentes dos subsídios do Estado de bem-estar social.”

⁹⁹ Disponível em: < http://www.youtube.com/watch?v=_ZGsoXWb5bo>. Acesso em: 13 fev. 2014.

governo francês, a partir da mencionada campanha, conduziu até a fronteira, nas duas primeiras semanas de outubro de 2010, 8.601 ciganos romenos: 7.447 “de maneira voluntária” e 1.154, a força. Alega-se que os acordos da União Européia com a Romênia e a Bulgária, que sacramentaram a adesão desses dois países em 2007, prevêem uma carência de sete anos antes de autorizar a livre circulação de pessoas e que esse prazo não expirou (RAMONET, 2011).

Nos debates políticos travados acerca do tema, considera-se que os imigrantes – principalmente os oriundos da África – estariam abusando dos sistemas de proteção social europeus, o que demonstra, segundo Spire (2013) uma completa dissonância com a realidade social e jurídica das populações estrangeiras em todos os países europeus. Efetivamente, ao lado dos ciganos, os estrangeiros estão entre as pessoas mais vulnerabilizadas no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde. Por outro lado, a atribuição de benefícios de renda mínima exige condições severas relativas ao tempo de residência no território¹⁰⁰.

Logo, os discursos “parasitários” cumprem, na ótica do sobredito sociólogo, com uma função ideológica que é decisiva em uma época de crise econômica e de pânico moral, qual seja: eles fornecem legitimidade simbólica para políticas de exclusão que de outra maneira não receberiam aprovação por parte da população. Nessa ótica, portanto, os estrangeiros não mais seriam rejeitados em virtude de concepções racistas/xenofóbicas de nação, mas em virtude de um ideal consensual: salvaguardar o que resta do *Welfare State* em favor dos cidadãos autóctones. O programa do partido da Frente Nacional francesa¹⁰¹ no que diz respeito à área da saúde, recentemente divulgado, bem ilustra essa perspectiva:

Restaurer l'équilibre des comptes sociaux en donnant la priorité aux Français...
- Instauration d'un délai de carence d'un an de résidence continue en France et de cotisation avant de bénéficier de tous les avantages de la Sécurité sociale.

¹⁰⁰ Na França, por exemplo, um estrangeiro só pode receber a renda de solidariedade ativa (RSA) se tiver visto de residência com permissão de trabalho há pelo menos cinco anos (SPIRE, 2013).

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.frontnational.com/le-projet-de-marine-le-pen/avenir-de-la-nation/sante/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

- Supprimer l'AME (aide médicale d'Etat) réservée aux migrants clandestins.
- Créer un observatoire des droits sociaux des étrangers et de l'usage des conventions bilatérales de soins.
...et en luttant contre la fraude et les abus
- Création d'un secrétariat d'Etat à la lutte contre la fraude, chargé de piloter un vaste plan interministériel anti-fraude

Diante deste quadro, pode-se afirmar que, se por muito tempo, o objetivo orientador das políticas de controle dos fluxos migratórios era a necessidade de proteção do mercado de trabalho nacional da concorrência estrangeira desleal, atualmente há a conjugação a este objetivo de uma espécie de “cruzada moral” cujas finalidades são “caçar o ‘assistencialismo’ e transformar o imigrante no covão do Estado de bem-estar social” (SPIRE, 2013).

Mas ainda há um terceiro fator que é decisivo para a demonização dos imigrantes na contemporaneidade e que está diretamente relacionado à questão do “parasitismo social”: no ambiente de “guerra global” descrito no tópico 1.1 do primeiro capítulo, o “inimigo” representando pelo terrorista, por meio de equiparações conceituais equivocadas, faz com que recaia sobre todo e qualquer imigrante uma “fundada suspeita” de uma “potencialidade terrorista”. Bauman (2005, p. 71) ilustra de um modo bastante claro como o “parasita social” e o “terrorista potencial” acabam por se misturar no estereótipo que estabelece coletivamente em relação à figura dos migrantes:

o novo medo dos terroristas foi misturado e cimentado com o ódio aos ‘parasitas’, sentimento bem entrincheirado, mas que precisa de constante alimento, matando dois coelhos com uma só cajadada e dotando a atual cruzada contra os ‘parasitas da previdência’ de uma nova e invencível arma de intimidação de massa. Enquanto a incerteza econômica não é mais preocupação de um Estado que preferiria deixar para seus súditos individuais a busca individual de remédios individuais para a insegurança existencial individual, o novo tipo de temor coletivo oficialmente inspirado e estimulado foi colocado a serviço da fórmula política. As preocupações dos cidadãos com seu bem-estar foram removidas do traiçoeiro terreno da *précarité* promovida pelo mercado, no qual os governos dos Estados não têm capacidade nem vontade de pisar, e levadas para uma área mais segura e muito mais telefotogênica, em que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública.

Efetivamente, quando o Estado de Bem-Estar entra em crise e demonstra não mais poder exercer a sua função de proteção dos indivíduos em face dos acasos da vida, sua legitimidade entra em declínio. Esse processo

alcança, na contemporaneidade, um ponto de culminância que faz com que o Estado saia em busca de vias alternativas de legitimação. Nesse rumo, fomentar medos coletivos e demonstrar – ainda que simbolicamente – eficiência em ações relacionadas à tutela da segurança pessoal acaba sendo uma das estratégias utilizadas. E, para isso, é preciso ter um “inimigo” a combater, o que faz surgir um novo “papel” a ser desempenhado pelos “sem-papéis”.

Como já salientado, a gestão da questão do controle dos fluxos migratórios na União Europeia tem sido cada vez mais orientada pela ideia de segurança. Isso decorre do fato que há fusão dos temas “imigração” e “criminalidade” no debate político e jurídico sobre o tema, uma vez que os migrantes tornam-se idôneos para que o imaginário coletivo projete sobre eles todo tipo de ansiedades e temores, atribuindo a eles a responsabilidade por qualquer problema ou mal-estar social. Por esse viés, “las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2004, p. 37-38).

Como destaca Llinares (2008, p. 7), o fato de vivermos em uma sociedade de risco na qual a sensação de insegurança é cada vez maior não influi nos caracteres do fenômeno migratório, mas faz com que as fontes dessa insegurança sejam centrados em determinados focos, em âmbitos concretos ou em grupos que, independentemente do fato de serem precursores de mais delinquência ou não, são temidos pela sociedade, sendo que na atualidade, “tanto a nivel popular, como en los médios de comunicación, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigración.”

Em razão do até aqui exposto, Bauman (2005, p. 73) refere que “se não houvesse imigrantes batendo às portas, eles teriam de ser inventados”, uma vez que “eles fornecem aos governos um ‘outro desviante’ ideal, um alvo muito bem-vindo para ‘temas de campanha selecionados com esmero’.” Afinal, como salienta o autor (2006, p. 119) em outro texto, os esforços de separar, entre refugiados e pessoas em busca de asilo, os “autênticos” dos “espúrios”, bem como identificar potenciais “mafiosos” e “parasitas da previdência” entre os

que já tiveram permissão para entrar no país, atraem grande atenção do público para as políticas estatais para tanto implementadas.

O que se observa, nesse contexto, é que a migração se transforma em “bode expiatório da profunda crise econômica em curso e grande trunfo dos partidos de direita”. Wagman (2006, p. 210) destaca que, por meio dessa estratégia de se analisar a questão da imigração a partir da lógica do conflito e da violência, viabiliza-se, funcionalmente, culpar um coletivo alheio pelas deficiências próprias de uma determinada sociedade:

si el sueño de una nación homogénea y armoniosa no se ve realizado no es porque se trate de un sueño infantil y simplista, sino, en cierto modo, porque elementos extraños lo están impidiendo. Si nuestra vida cotidiana nos parece más insegura, más precaria, menos solidaria y más solitaria, nos abruma pensar que todo ello pueda tener que ver con las dinámicas fundamentales de las sociedad modernas, post-fordistas, consumistas, globalizadas e individualistas. Frente a la sensación de aprehensión, de cambios que no logramos comprender e inseguridad, imaginamos y añoramos un mundo idílico, que fue feliz en un pasado y que continuaría siéndolo si no fuera por los elementos externos que lo perturban. En la actualidad, el inmigrante es el candidato perfecto para jugar esse papel.

Mesmo contrariando os estudos realizados a respeito do tema, procura-se difundir a ideia de que “o estrangeiro rouba os empregos dos nacionais, abusa dos serviços do Estado e eleva os índices de criminalidade, o que faz dele uma ótima desculpa para os perenizados déficits públicos.” Além disso, “a pluralidade de cores e de expressões culturais gera grande mal-estar em sociedades nostálgicas, homogêneas, individualistas e pautadas pelo consumo.”¹⁰² Como resultado, verifica-se “a reversão brutal do direito humanista que se instalava paulatinamente após o trauma da Segunda Guerra Mundial.” (VENTURA; ILLES, 2012).

E esse processo de “demonização” dos imigrantes é incrementado por meio da influência dos meios de comunicação de massa na construção desse estereótipo. Efetivamente, como destacam Malgesini e Giménez (2000, p. 261), os meios de comunicação, como forma preponderante de formação da opinião pública sobre determinados temas, “pueden consolidar un lenguaje integrador,

¹⁰² De acordo com Bauman (2013, p. 80), “a presença ubíqua de estranhos, sempre visíveis e ao nosso alcance, insere grande dose de incerteza nas ocupações existenciais de todos os habitantes das cidades; essa presença é uma fonte prolífica e inesgotável de ansiedade e de uma agressividade em geral adormecida, mas que volta e meia entra em erupção.”

amplio y tolerante o, por el contrario, pueden cristalizar un lenguaje segregacionista, desintegrador y xenóforo.”

Na ótica de Brandariz García (2011, p. 41) “el primero de los actores que influye en la producción de estereotipos negativos en relación con los migrantes y, en concreto, en la vinculación de las migraciones con la inseguridad y la criminalidad, son los médios de comunicación masiva.” Realmente, a representação das migrações como geradores de insegurança e delinquência é coerente com alguns dos critérios que fazem do crime um evento de valor noticiável: “la mencionada representación adquiere tal valia en la medida en que puede ser narrada mediante hechos dramáticos, eventos susceptibles de ser personalizados y provocar emociones fuertes, aptos para ser enfatizados en clave sensacionalista.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 41).

De fato, a busca do sensacional e do espetacular, do *furo* jornalístico, é o princípio de seleção daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou seja, pela pressão do campo econômico, do mercado, sobre os jornalistas¹⁰³. E as imagens, aliadas às legendas que dizem o que é preciso ler e compreender, produzem o *efeito de real*, ou seja, fazem ver e fazem crer no que fazem ver¹⁰⁴. Com isso, os jornalistas e demais “trabalhadores da mídia” transformam-se cada vez mais em “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’.” (BOURDIEU, 1997, p. 65).

Nessa mesma linha, Herman e Chomsky (2003, p. 11) referem que os “produtos” da mídia estão diretamente relacionados aos interesses de quem a financia, com a particularidade de que “isso em geral não é realizado por

¹⁰³ Como destaca Bourdieu (1997, p. 67), “não há discurso (análise científica, manifesto político etc.) nem ação (manifestação, greve etc.) que, para ter acesso ao debate público, não deva submeter-se a essa prova de seleção jornalística, isto é, a essa formidável *censura* que os jornalistas exercem, sem sequer saber disso, ao reter apenas o que é capaz de lhes *interessar*, de ‘prender sua atenção’, isto é, de entrar em suas categorias, em sua grade, e ao relegar à insignificância ou à indiferença expressões simbólicas que mereceriam atingir o conjunto dos cidadãos.”

¹⁰⁴ De acordo com Garland (2005), a televisão é capaz de veicular informações íntimas, “expressivas”, despertando nos espectadores uma sensação de imediatismo e intimidade, ou seja, uma sensação de estar face a face com o objeto da apresentação, o que conduz a uma nova ênfase nos aspectos emotivos e íntimos de determinados eventos, bem como à tendência cada vez maior de revelar as “personalidades” dos envolvidos.

intervenção bruta, mas pela seleção de pessoal com pensamento similar e pela internalização das prioridades e definições por parte de editores e jornalistas daquilo que é digno de ser noticiado, isto é, que está de acordo com a política da instituição”.

Na observação dos referidos autores (2003), existem cinco “filtros” pelos quais todas as notícias precisam passar antes de serem publicadas, o que implica, ao final, uma distorção sistemática da notícia. O primeiro filtro relaciona-se à propriedade dos meios de comunicação, geralmente de titularidade de grandes empresas (“corporations”); a segunda filtragem é operada pelo financiamento, considerando que os meios de comunicação obtêm a maior parte de sua receita não de seus leitores/espectadores, mas sim de publicidade paga pelas grandes empresas, razão pela qual se prioriza a publicação apenas de notícias que reflitam os interesses e os valores dessas empresas; o terceiro filtro decorre da dependência dos meios de comunicação das grandes empresas e das instituições governamentais como fonte de informações para a maior parte das notícias; o quarto filtro relaciona-se com a crítica realizada por vários grupos de pressão que procuram as empresas dos meios de comunicação para pressioná-los caso eles saiam de uma linha editorial que esses grupos acham a mais correta; o filtro final é representado pelas normas da profissão jornalista, ou seja, aos conceitos comuns divididos por aqueles que estão na profissão do jornalismo.

O fato é que há uma enorme parcela de “realidade social” à qual somente se pode aceder na contemporaneidade por meio da “ajuda” dos meios de comunicação social, de modo que a vida contemporânea se conforma a partir de “experiências midiáticas” organizadas e estruturadas pelos meios de comunicação. O trabalho dos jornalistas se afigura, nesse contexto, como uma instância fundamental na construção da realidade social, entendida enquanto soma de múltiplos significados intersubjetivos. Nesse sentido, “los medios son un terreno esencial donde se da forma a las identidades sociales que generalmente quedan definidas e instituidas según las características de su representación midiática.” (CASERO RIPOLLÉS, 2005, p. 139).

Na realidade espanhola, verifica-se uma dependência da mídia em relação às estatísticas e dados “oficiais” relativos à imigração, o que implica uma visão deturpada dos fenômenos migratórios, que passam a ser analisados

a partir da perspectiva do “controle” – típica dos dados oficiais¹⁰⁵ – e não da “integração”. Quer dizer: se os dados estatísticos mais empregados para o debate do tema não discutem a questão dos aportes de “trabalho vivo” migrante ao crescimento da economia, ao incremento da renda ou ao equilíbrio das contas públicas, mas sim questões como o crescimento demográfico desse segmento populacional, o volume de irregularidade, a magnitude das infrações contra a legislação e a criminalidade dos migrantes, não estranha o fato de que os traços da representação midiática da matéria sejam claramente negativos. Na ótica de Brandariz García (2011, p. 43),

si las estadísticas que pueden producir imágenes negativas del colectivo migrante se ofrecen sin una adecuada contextualización, su capacidad para solidificar un marco semiótico que vincule de forma directa migración con inseguridad y delincuencia es notablemente relevante. Esto es lo que sucede, a modo de referencia, con los datos que ponen de manifiesto una desproporcionada representación de los migrantes entre las personas objeto de intervenciones policiales, sin explicar las razones, ajenas a una – supuesta – mayor poclividad delictiva, que fundamentan dichos porcentajes.

Criam-se assim “ondas artificiais midiáticas” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011), por meio de estratégias como, por exemplo, a menção da nacionalidade quando o migrante é o infrator, o que é menos frequente quando o migrante ocupa o rol de vítimas. Também é comum a utilização do código legal/ilegal até mesmo para justificar determinadas violações aos mais comezinhos direitos fundamentais dos migrantes¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sobre o tema, Aierbe (2002, p. 100) assevera: “El Gobierno, al lanzar a la opinión pública la andanada del binomio delincuencia-inmigración, lo hace basándose en la fuerza mágica de las cifras: lo dicen las estadísticas. A partir de este dato supuestamente irrefutable, empieza un debate, en el que todos sus actores dan por bueno el punto de partida marcado por el Gobierno.”

¹⁰⁶ Malgesini e Giménez (2000, p. 262) ilustram o exposto por meio de um exemplo: “el titular de un periódico informaba: ‘Abierto un proceso judicial en Grecia por la muerte en el mar de cerca de 300 inmigrantes ilegales’ (*El País*, 10-1-97, 2) ¿Interessa si eran legales o ilegales – es decir si habían rellenado la solicitud de las oficinas de inmigración, recibiendo su permiso, en el caso de que se ajustaran a las leyes de extranjería – las 300 personas que murieron? En el artículo se insiste en que se há abierto un proceso contra los marineros por la ‘intención de ahogar a los cerca de 300 inmigrantes ilegales que viajaban a bordo’; que las autoridades griegas ‘se quedaron atónitas al escuchar de los labios de más de 130 inmigrantes ilegales que fueron tirados al mar’ y que estos se preocuparon ‘por la suerte de sus compañeros, otros 283 inmigrantes ilegales de Pakistán, India y Sri Lanka que, como ellos, pagaron más de un millón de pesetas por cabeza para obtener un futuro mejor en Europa’. Resulta importante destacar que, a pesar de haber muerto ahogados 300 personas, a pesar de haber sido estafadas previamente por una mafia, a pesar de haberse frustrado las ilusiones de los supervivientes, no sólo no se les reconoce la condición de víctimas, sino que se refuerza la idea de que se trataba de proto-delincuentes (como mínimo), mediante la repetición del calificativo ilegal.”

Logo após os atentados terroristas de 11 de setembro, a imprensa espanhola passou a dedicar cada vez mais espaço às notícias que relacionam delinquência com imigração. Alguns títulos publicados nos periódicos “El País” e “El Mundo” no ano de 2002 permitem evidenciar o fenômeno: na edição de 3 de janeiro de 2002 do jornal “El País”, lê-se que “Interior atribuye a la inmigración el aumento de la criminalidad en más de un 9%”¹⁰⁷; no mês seguinte, na edição de 11 de fevereiro, o mesmo periódico publicou reportagem intitulada “Interior pide 'tolerancia cero' con el multirreincidente”, seguida do subtítulo “El director de la Policía achaca a la inmigración irregular la subida de la delincuencia en un 10,52%”¹⁰⁸. No mesmo dia, no jornal “El Mundo”, foi publicada uma reportagem intitulada “La delincuencia alcanza el mayor crecimiento desde hace 15 años”, na qual se destaca que “en 2001 se denunciaron 1.976.000 delitos y faltas, casi un 10% más que el año anterior - Más de la mitad de los 332.147 detenidos fueron extranjeros”¹⁰⁹. Na edição de 5 de março de 2002, no “El País” foi publicada matéria intitulada “El Gobierno culpa del aumento de la delincuencia a la inmigración y a la facilidad para denunciar”, cujo subtítulo diz: “Interior asegura que el 50% de los robos con violencia los cometen ciudadanos extranjeros”¹¹⁰.

Todas essas matérias – aqui mencionadas apenas a título ilustrativo diante de uma infinidade de reportagens congêneres – desconsideram, como adverte De Lucas (2003, p. 59), que “lo que realmente nutre las estadísticas oficiales son los pequeños robos y actos delictivos propios de la pequeña delincuencia, vinculados a intentar sobrevivir en una situación de marginación, y que son los que generan un malestar popular ampliamente extendido.” De fato, quando se fala de “delinquentes” estrangeiros de um modo geral, olvida-se que os estrangeiros efetivamente “delinquentes profissionais” representam uma minoria, já que a imensa maioria dessas pessoas “tornaram-se”

¹⁰⁷ Reportagem disponível em: <http://elpais.com/diario/2002/01/03/espana/1010012408_850215.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹⁰⁸ Reportagem disponível em: <http://elpais.com/diario/2002/02/11/espana/1013382015_850215.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹⁰⁹ Reportagem disponível em: <<http://www.elmundo.es/papel/2002/02/11/>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

¹¹⁰ Reportagem disponível em: <http://elpais.com/diario/2002/03/05/espana/1015282812_850215.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

delinquentes no país de destino justamente em virtude de situações relacionadas à irregularidade (ausência de trabalho e de condições materiais e sociais de sobrevivência). Isso significa que “entre los extranjeros extracomunitarios, de forma similar a los gitanos en España o los negros em Estados Unidos, la delincuencia correlaciona con la marginación y la exclusión.” (DE LUCAS, 2003, p. 59).

Analisando as imagens e discursos sobre a imigração nos meios de comunicação escritos da Espanha – jornais *El País*, *ABC*, *El Mundo* e *La Vanguardia* – durante a campanha eleitoral de 2004, Moreno Preciado (2006) refere que os imigrantes estão ausentes como protagonistas em primeira pessoa das notícias, e que há uma saturação de informação que descreve o contexto migratório como conflitivo. Além disso, é notável a ênfase dada à necessidade de controlar a imigração, diante da projeção de uma imagem estereotipada deste fenômeno, considerado problemático e conflitivo.

O referido autor (2006) destaca, em seu estudo, quatro aspectos reiterados pelos periódicos acima referidos em relação ao tema da imigração: o primeiro, é o caráter de *avalancha*, ou seja, a criação da ideia de que a Espanha está passando por uma “invasão” de imigrantes, facilitada por sua situação geográfica; o segundo, é o perigo que a imigração representa para a sociedade de acolhida, diante das condições de vida dos países exportadores (medo diante de diferentes enfermidades e de pautas culturais consideradas inapropriadas); o terceiro é o caráter delitivo, que decorre da irregularidade com que os processos migratórios ocorrem, que supostamente seria responsável pelo estabelecimento de redes de delinquência e criminalidade; por fim, os aspectos da precariedade e da marginalidade, que também decorrem da irregularidade da imigração, e que são responsáveis pela criação de bolsões de pobreza e marginalidade entre os imigrantes.

Em síntese, a problematização da imigração na imprensa espanhola pode ser traduzida, de acordo com Casero Ripollés (2005, p. 142), em uma estratégia discursiva baseada na polarização “nós-eles”: por um lado, se atribui exclusivamente aos imigrantes a responsabilidade por situações problemáticas criadas pela sua presença, exonerando, assim, a sociedade receptora; por outro lado, constrói-se a sociedade receptora como um destino atrativo e

desejado, o que viabiliza uma imagem complacente que legitima a atribuição de culpa ao “outro” pelos males que a ameaçam.

Outra característica do trato midiático quanto à questão da imigração na imprensa espanhola é a generalização: apesar da variedade de suas origens e etnias, os imigrantes são tratados como partes integrantes de uma única coletividade, qual seja, a de extracomunitários. Com isso, “el *outro* aparece, en el discurso periodístico, no en cuanto individuo com nombre y apellidos, sino como parte de una amalgama uniforme, que perde su personalidad individual y passa a denominarse ‘sin papeles’, ‘extranjero’ o ‘inmigrante’”, sendo que “esta eliminación de las diferencias conlleva una flerte tendencia hacia la homogeneización y, paralelamente, hacia la negación de la diversidad.” (CASERO RIPOLLÉS, 2005, p. 142).

Ademais, o mito do imigrante delinquente tem o efeito perverso de gerar uma dinâmica de profecia autocumprida: se existe a crença de que os imigrantes cometem mais delitos, aumenta-se a vigilância sobre eles, dando lugar a mais detenções, processos e condenações, com o que se justifica a hipótese inicial da maior tendência delitativa dos imigrantes. Afinal, como assevera Wagman (2006, p. 206), “los estereótipos tienen una increíble capacidad de sobrevivir a cualquier análisis de la realidad.”

Por fim, a tendência à dramatização e ao sensacionalismo na tematização midiática das migrações, vinculando-as à insegurança e à criminalidade, é nutrida por uma crescente relação desses fenômenos com fatos que tem uma capacidade especial de produzir temor e rechaço na cidadania como, por exemplo, o terrorismo e a criminalidade organizada. Por meio dessas estratégias, “no sólo se manifiestan políticas de excepción en su control, sino que en ellas se asientan imágenes, argumentos y narrativas propias de una racionalidade de la emergencia, que se van consolidando en el language público.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 47).

Sobre o tema, De Lucas (1996, p. 19-20) leciona que

el mensaje de ‘emergencia social’ consiste en proponer que la presencia de extranjeros quede equiparada a otras ‘alarmas’ o patologias, como la criminalidad o la droga, y de esa forma, por ejemplo, el racismo aparece como un subproducto ‘con cierto fundamento’. Esa es la razón de la insistencia en las notas con que se caracteriza la presencia de los extracomunitarios, esto es, la asociación de los rasgos de diferencia (la más visible es la étnica),

con los de competencia y amenaza (para el mercado de trabajo, para la pirámide de población, para la 'propia identidad cultural y nacional') y desorden (los extracomunitarios como 'ejército de reserva de la delincuencia', como causa de la 'inseguridad ciudadana', vinculados a las formas de delincuencia que merecen más rechazo social: narcotráfico, terrorismo, y delitos contra la libertad sexual y propiedad) que se traduce en la criminalización de los extracomunitarios, en su presentación como un problema de 'orden público' frente al cual debe primar la respuesta policial. Se está destapando así una caja de Pandora que no puede dejar de tener efectos sociales perversos: de nuevo, incubar el huevo de la serpiente.

Efetivamente, a partir do momento em que os processos migratórios são abordados como “problema”, a imagem social do imigrante é construída enquanto “outro”, ou seja, enquanto indivíduo “socialmente perigoso”, ao ponto de se falar em uma “emergência” relacionada à imigração. Isso é preocupante quando se recorda, como salienta Monclús Masó (2002, p. 174), “que a experiência histórica nos enseña que, cuando los fenómenos sociales son contruidos como emergências, todo el sistema de derechos y garantías que caracteriza al Estado de derecho retrocede.”

Em síntese do exposto, pode-se afirmar que os meios de comunicação de massa, sustentados nas retóricas de suas fontes oficiais¹¹¹, consolidam uma visão do fenômeno migratório primordialmente a partir do código do conflito, insegurança e delito¹¹², e são em grande medida responsáveis pelos severos efeitos negativos que essa narrativa produz (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

E talvez o principal desses efeitos negativos seja a influência dos discursos midiáticos nas políticas migratórias. Com efeito, a formação da opinião pública acerca dos medos, da insegurança e da necessidade de afastá-los por meio do recrudescimento punitivo deságua na pressão popular sobre os

¹¹¹ Villalobos (2012) assevera que “la práctica totalidad de este conjunto de textos en los que aparece el binomio delincuencia- inmigración utiliza con exclusividad fuentes institucionales muy cercanas a los medios. Responsables políticos y oposición, Policía, Ministerio del Interior, Instituciones Penitenciarias, el Centro de investigaciones Sociológicas, expertos, columnistas de opinión... dieron forma a un debate social generado desde los medios de comunicación. Esto pone de manifiesto la relación de las élites y los medios de comunicación [...]. Las fuentes oficiales tienen un acceso privilegiado a los medios de comunicación además de una legitimidad de la que no gozan ninguna otra fuente alternativa.”

¹¹² Villalobos (2012) destaca que “el concepto mediático de inmigración es por tanto una *etiqueta* que homogeneiza a colectivos de personas de muy distintas procedencias geográficas, con diferencias de formación, de género o de clase... y pone el acento en dos rasgos: en ‘la otredad’ (lo extraño, lo desconocido, lo raro) y en la marginalidad. Los inmigrantes en prensa son individuos procedentes de países en los márgenes de la *globalización* internacional y también progresivamente marginados por la legalidad española, una indefensión jurídica que provoca en ocasiones abusos por parte de los autóctonos.”

poderes públicos para que as reformas penais necessárias para fazer frente à “cada vez mais aterradora criminalidade” relacionada à imigração sejam efetivamente levadas a cabo. No contexto espanhol, “ha podido señalarse con acierto que en la representación del hecho migratorio se verifica una cierta retroalimentación de los discursos políticos y mediáticos.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 51).

Com efeito, os poderes públicos, “conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan.” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66). O Estado, assim, ao invés de introduzir elementos de racionalidade nas demandas por mais segurança, alimenta-as em termos populistas (SILVA-SÁNCHEZ, 1999), dado que “la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública.” (PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 51). Nesse rumo, o binômio delinquência/imigração representa um discurso especialmente eficaz, ou seja, uma generalização muito crível e politicamente rentável¹¹³ que está relacionada com outros discursos acerca dos imigrantes, manejados nos terrenos do desconhecimento e do medo, e que amparam práticas altamente excludentes.

Nesse sentido, a preocupação política com o tema da imigração decorre, em parte, do fato de que “la rentabilidad simbólica de las medidas de control en el plano electoral es claramente más inmediata que la podrían generar las políticas de integración, de efectos a más largo plazo.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 53-54). Se a influência da mídia cria na população em geral uma visão negativa do fenômeno migratório, ao associá-lo preponderantemente com o aumento da criminalidade, a pressão popular, nesse sentido, antes de políticas públicas de integração, se dá em prol de políticas públicas de controle de

¹¹³ A autora (2012) faz essa afirmação com base em alguns exemplos: “‘La aprobación de una ley de inmigración en Alemania deriva en un rifirrafe electoral’. ‘La Unión acusa al SPD de violar la ley fundamental y Stoiber afirma que cambiará las normas si gana (subt) (EL MUNDO 23/03/02); ‘Un pequeño partido trastoca el mapa electoral sueco con un polémico plan sobre inmigración’. ‘Los socialdemócratas ven peligrar su mayoría para las elecciones del domingo’ (subt) (EL PAÍS 14/09/02); ‘Los partidos canarios dejarán la inmigración fuera de la lucha electoral’. ‘CC, PSOE, PP y AHÍ se comprometen por escrito a combatir la xenofobia’ (subt) (EL PAÍS 30/10/02); ‘PP y PSOE utilizan el argumento de la inseguridad como baza electoral’ (EL PAÍS, 10/11/02); ‘PP y PSOE convierten la seguridad ciudadana en el centro de sus primeros actos preelectorales’ (EL MUNDO 10/11/02).”

fronteiras. Assim, “si bien los responsables públicos parten de la percepción de ansiedades y temores colectivos, sus construcciones retóricas tienden a reforzar notablemente los estereotipos negativos.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 54).

Ao debruçar-se sobre o tema, Zaffaroni (2007, p. 77) menciona que “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com o *que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral.” Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoral, seja por oportunismo ou até mesmo por medo. Diante da imposição do discurso midiático, os políticos “devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*.” (ZAFFARONI, 2007, p. 78).

Chega-se, assim, ao

reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 66).

Em um contexto tal, a identificação de um *alien* – ou inimigo – e a difusão de discursos xenófobos em matéria migratória constituem instrumentos idôneos e governativamente úteis, para procurar a recuperação de uma coesão social em crise, mediante uma redefinição dos parâmetros de inclusão, exclusão e conflito social. Ademais, a retórica de controle da imigração – vista como algo negativo – decorre de uma necessidade de relegitimação das instituições políticas representativas: como já referido, se o Estado se mostra ineficaz para a garantia da segurança em uma multiplicidades de planos (existencial, identitário, social, etc), a única segurança que as instâncias públicas ainda podem – ao menos em tese – oferecer é a relativa à

incolumidade física da própria pessoa, de seu entorno social imediato e de seus bens (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

Assim, os múltiplos medos que acompanham a imigração fazem com que ela seja percebida como uma ameaça: ao mesmo tempo que é relacionada com a delinquência “tradicional”, ela também é relacionada à segurança nacional quando compreendida como fonte do terrorismo internacional – em um claro movimento de vampirização típico do paradigma da segurança cidadã, analisado no tópico 1.3 do capítulo precedente. Além disso, à imigração são imputados o incremento dos gastos sociais, bem como o debilitamento de alguns direitos sociais para os cidadãos nacionais. Por fim, a imigração é vista como fator de desintegração social, em razão do déficit de integração dos migrantes nas sociedades de destino. Em síntese, Martínez Escamilla (2007, p. 25-26) assevera que, “sean fundados o inducidos todos o parte de estos miedos, lo cierto es que por gran parte de la población la inmigración se percibe como una amenaza para nuestra paz social y para nuestro sistema de bienestar y, por lo tanto como un fenómeno frente al que hay que defenderse.”

E a soma de todos esses medos permite falar, então, no surgimento de um ambiente social pautado pela “mixofobia”, ou seja, pelo medo de misturar-se, ou, ainda, como um “impulso em direção a ilhas de identidade e de semelhança espalhadas no grande mar da variedade e da diferença.” (BAUMAN, 2009, p. 44). Na ótica de Bauman (2009, p. 43), a mixofobia não passa de uma

difusa e muito previsível reação à impressionante e exasperadora variedade de tipos humanos e de estilos de vida que se podem encontrar nas ruas das cidades contemporâneas e mesmo na mais ‘comum’ (ou seja, não protegida por espaços vedados) das zonas residenciais. Uma vez que a multiforme e plurilingüística cultura do ambiente urbano na era da globalização se impõe – e, ao que tudo indica, tende a aumentar –, as tensões derivadas da ‘estrangeiridade’ incômoda e desorientadora desse cenário acabarão, provavelmente, por favorecer as tendências segregacionistas.

Afinal, a mixofobia se retroalimenta: quanto mais essa estratégia do afastamento e da segregação for utilizada, mais eficaz ela será. Na medida em que as pessoas somente buscam a companhia e a convivência de quem se afigura “igual a elas”, serão raros os momentos em que irão se defrontar com “a onerosa necessidade de traduzir distintos universos de significado”, sendo

mais provável que elas desaprendam “a arte de negociar formas e significados de convivência.” (BAUMAN, 2013, p. 85).

Reflexamente, o grau de mixofobia de uma determinada sociedade vai determinar o alcance da sua obsessão por segurança. Isso porque a mixofobia alimenta a desconfiança em face do “estranho”, do “diferente”. E, diante da falta de confiança, fronteiras precisam ser traçadas. Espaços precisam ser delimitados. O espaço da segurança precisa ser delimitado em relação ao espaço da insegurança. E é preciso estabelecer sanções e/ou mecanismos eficazes para garantir que cada pessoa ou grupo permaneça no seu espaço.

E esse ambiente de mixofobia é exatamente quem revela e justifica o terceiro objetivo – nem sempre explicitado nos discursos políticos – delineado pelas políticas migratórias europeias: forçar os imigrantes a saírem do território europeu. E, para a consecução deste jaez, é frequente a utilização, pelos países integrantes da União Europeia¹¹⁴, do Direito Penal para tornar o “combate” – e a nomenclatura utilizada denota tratar-se de uma verdadeira “guerra” – contra a clandestinidade mais eficaz. Nesse sentido, o Direito Punitivo se expande e se rearma como resposta aos medos e inseguranças da população diante da imigração irregular, de modo que “no parece hiperbólico

¹¹⁴ Alguns exemplos servem para ilustrar o exposto, além do estudo que se fará na sequência sobre a realidade espanhola: na Itália, a Lei nº 94/2009 (Lei de disposições em matéria de segurança pública) modificou as infrações previstas no Decreto Legislativo nº 286/1998, o chamado Texto Único Sobre a Imigração (texto integral disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>>, acesso em: 23 abr. 2013). No novo art. 10 bis da norma se incrimina o ingresso ou permanência irregular em território italiano, sancionados com multa de 5 mil a 10 mil euros, além da expulsão. A mesma lei de reforma determinou a modificação do art. 14.5-ter do texto único, para incriminar, com prisão de 1 a 4 anos, a violação de uma ordem de expulsão prévia. A propósito, deve-se mencionar que o Texto Único trata dos imigrantes ilegais não como sujeitos passivos dos delitos nele previstos – ou seja, não como titulares do bem protegido –, mas apenas como objetos materiais das condutas descritas ou como autores de delitos. Segundo Donini (2009, p. 55) “la referencia al inmigrante (o al extranjero) extracomunitario como un mero ‘objeto material’ pode desconcertar, pero se anida aquí un critério técnico (un criterio ‘clásico’ de la teoria del delito) de gran importância para ‘develar’ la cultura que permea en estos tipos penales.”

Por fim, o Decreto-Lei nº 92/2008, que trata das “medidas urgentes em matéria de segurança pública” na Itália, convertido na Lei nº 125/2008, introduz um novo parágrafo 11 bis no art. 61 do Código Penal italiano, que estabelece as circunstâncias agravantes genéricas, com o efeito de outorgar dito efeito de qualificação da pena – e do fato – à comissão do delito por parte de um migrante irregular.

Na França, o Código de entrada e de permanência dos estrangeiros, e do direito de asilo, cuja parte legislativa foi promulgada pela Ordenança nº 2004-1428, prevê, em seu art. L. 621-1, para os casos de entrada ou residência irregular no território francês, pena de prisão de 1 ano, multa de 3.750 euros e, nesse caso, proibição de entrada e residência no território francês por prazo máximo de 3 anos o que, obviamente, comporta a expulsão.

afirmar que la consolidación de la centralidad del migrante es un hecho de primera magnitud para el Derecho penal.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 3).

O Direito Penal espanhol, utilizado no presente trabalho como paradigma da nova *doxa* punitiva voltada à questão da imigração, permite constatar essa realidade com bastante facilidade: uma mera análise dos recentes textos legais que versam sobre o tema demonstra que as medidas punitivas relacionadas com a questão vivenciam plena expansão e caminham rumo à configuração de um modelo de Direito Penal de autor, assentado na lógica da exclusão. É com o que se ocupa o tópico a seguir.

2.2 O Direito Penal espanhol em face da imigração como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor: a mixofobia e a consagração de um modelo biopolítico de exceção

Na Espanha, o imigrante que consegue superar os obstáculos e ingressar em território europeu depara-se com um Estado poderoso disposto a tudo para forçá-lo a retornar ao seu país de origem. A política migratória espanhola, na esteira da política da União Europeia, cada vez mais assume um caráter securitário, preventivo e repressivo (DEL VALLE GÁLVEZ, 2005). Uma análise dos delitos relacionados com a imigração irregular revela que o que provoca a resposta do ordenamento penal – segundo Cancio Meliá (2005) – é a própria atividade migratória, ou seja, o momento da entrada do sujeito no território e, por outro lado, no que se refere à expulsão de cidadãos estrangeiros sem residência legal, incide-se no momento do fracasso do projeto de imigração mediado pelo próprio sistema jurídico-penal, configurando uma especial modalidade de saída.

As retóricas dos meios de comunicação e dos responsáveis políticos no sentido de construção dos imigrantes enquanto sujeitos de risco, associados aos eventos terroristas ocorridos em Madrid no início deste século, foram responsáveis por uma alteração substancial da legislação penal espanhola no que tange à questão. A figura estereotipada do migrante está no centro dessas alterações: apresentados como categorias de risco, os migrantes irregulares

são alvo de uma política criminal extremamente dura, pautada pela perseguição e pela repressão (MONCLÚS MASÓ, 2005).

Se a imagem da imigração é construída socialmente de modo negativo, as respostas institucionais a ela não podem ser outras senão a implementação de medidas que beiram o rechaço e a pulsão xenófoba e racista. Com o objetivo de eliminar fatores de risco, essas medidas visam precipuamente a não acolher mais imigrantes do que se pode integrar, por meio de quotas de trabalho, para manter o modelo de uma sociedade supostamente tolerante à diferença, bem como a rechaçar aqueles que utilizam fraudulentamente instituições como o asilo, quando não são meros “imigrantes econômicos” (DE LUCAS, 1996).

Nesse rumo, verifica-se que a retórica jurídica sobre o tema, ao invés de se orientar por critérios de racionalidade, acaba por construir e solidificar a alteridade negativa produzida em outras instâncias: “el estatuto jurídico atribuido a estos sujetos produce un riesgo permanente de ilegalidade, que los conota como potencialmente peligrosos, y los ubica ya en una zona gris próxima a la criminalidad.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 60).

Em razão disso, o Direito cada vez mais

proporciona barreras, defensas frente a los adversarios que llegan de fuera – hostes – y que amenazan con su sola existencia, con su presión (la migratoria es el ejemplo por antonomasia hoy, junto a la de los refugiados y desplazados), y sobre todo contra los que, peor aún, se infiltran: es lo que sucede con los inmigrantes clandestinos, los ilegales. (DE LUCAS, 2005, p. 213).

A análise de alguns dispositivos legais administrativos e penais permitem evidenciar de modo hialino essas barreiras erigidas pelo ordenamento jurídico espanhol. No campo administrativo, o estatuto jurídico das migrações na Espanha abre espaço para a *internação* e a *expulsão* dos migrantes, em uma espécie de hibridismo penal-administrativo. A Lei Orgânica (LO) nº 4/2000¹¹⁵ ¹¹⁶, que dispõe sobre os direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha e a sua integração social, passou, depois da sua promulgação, por importantes alterações que servem para ilustrar claramente

¹¹⁵ Texto integral disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

¹¹⁶ Para uma análise estritamente dogmática das disposições relativas ao regime sancionador da LO nº 4/2000, consultar SEGRELLES (2011).

uma gestão da imigração – notadamente a irregular – pautada pela ideia de segurança e discriminação.

Antes da entrada em vigor da referida Lei, vigorava na Espanha a Lei Orgânica nº 7/1985, conhecida como a “primeira lei” a tratar sobre o tema no país. A intensificação dos fluxos migratórios no início deste novo milênio fez com que surgisse, então, em janeiro de 2000, a LO nº 4. Em seu texto original, a norma em questão era marcada por um caráter integrador, que se manifestava por meio de um alto nível de equiparação entre os direitos dos estrangeiros e dos cidadãos espanhóis. Ocorre que ela foi aprovada com a oposição do Partido Popular, então no Governo, razão pela qual foi substancialmente reformada por este, por meio da Lei nº 8, já em dezembro do mesmo ano, depois de o Partido ter obtido, em março, a maioria absoluta nas eleições (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007).

A partir da reforma, a normativa sobre direitos e liberdades dos estrangeiros passou a regulamentar o tema a partir de uma perspectiva diametralmente oposta à inicial, restringindo drasticamente os direitos dos imigrantes irregulares e reintroduzindo a expulsão como sanção à irregularidade administrativa – penalidade que havia sido extinta pela LO nº 4/2000. Posteriormente, a LO nº 4/2000 também sofreu alterações por meio da LO nº 11/2003 e da LO nº 14/2003, que acentuaram o caráter repressivo e policialesco da gestão da imigração, demonstrando que as reformas posteriores da LO nº 4/2000 – como salienta Martínez Escamilla (2007) – não tem feito outra coisa senão reduzir os direitos das pessoas que entram na Espanha de modo irregular.

Efetivamente, em que pese a Constituição Espanhola¹¹⁷ garantir, em seu art. 13.1, que os estrangeiros gozarão no país das liberdades públicas que lhes são garantias pelo Título I da Constituição, nos termos do que estabelecem os tratados e a lei, tem-se observado que a lei tem recortado enormemente o exercício desses direitos, dado que “la política y legislación sobre flujos migratorios [...] se articula em torno a una diferencia clave: la inmigración que se produce con observancia de los cauces establecidos en dichas legislaciones y la que se produce al margen de ésta.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 21).

¹¹⁷ Texto integral disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

Alguns exemplos trazidos por Martínez Escamilla (2007, p. 22) servem para ilustrar o “limbo jurídico” ao qual a irregularidade condena os imigrantes em terras espanholas¹¹⁸:

los extranjeros irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria sólo si están empadronados, son mujeres embarazadas o menos de dieciocho años. De no cumplirse estos requisitos, sólo tendrán derecho a la asistencia en caso de enfermedades graves o accidentes. Se les reconoce el derecho a los servicios e prestaciones básicas y a los menores de dieciocho años, el derecho a la educación. Pero, más allá de éstos, se les niegan la mayoría de los derechos no inalienables. Así los inmigrantes en situación irregular no tienen derecho a circular por el territorio español, ni a reunirse ni a manifestarse, ni tampoco tienen derecho de asociación. No tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de viviendas y, en cuanto a la asistencia jurídica gratuita se refiere, sólo respecto a los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo. No se les reconoce el derecho a trabajar, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, ni, por tanto, el derecho a sindicarse o a ponerse en huelga.

Em razão da delimitação do tema da presente pesquisa, serão analisados apenas alguns dispositivos da normativa, notadamente aqueles relacionados à sanção de expulsão. Nesse sentido, a LO nº4/2000 prevê, em seus arts. 57-59bis, 63 e 64, a expulsão dos migrantes que pratiquem condutas consideradas muito graves (art. 54) ou condutas graves (previstas nas alíneas “a” a “f” do apartado 1 do art. 53). Também poderá ser expulso o estrangeiro que tenha sido condenado, dentro ou fora da Espanha, por uma conduta dolosa que constituía no país delito sancionado com pena privativa de liberdade superior a um ano, salvo no caso de cancelamento de antecedentes penais (apartado 2), o que evidencia uma situação de duvidosa compatibilidade do dispositivo com o princípio *ne bis in idem*.

Nos termos do apartado 4 do art. 57, a expulsão extingue qualquer autorização para permanecer legalmente no país, bem como “el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.” Ainda no que diz respeito aos efeitos da expulsão, o art. 58 prevê a proibição de entrada em território espanhol por um prazo a ser determinado de acordo com as circunstâncias e que não excederá cinco anos (apartado 1), salvo quando “el extranjero

¹¹⁸ Para uma análise exauriente da situação de vulnerabilidade jurídica dos estrangeiros na Espanha, consultar De Lucas (1996; 2000).

suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública”, hipótese na qual o prazo da proibição poderá ser elevado para até dez anos (apartado 2). O apartado 3 prevê que o expediente de expulsão não será necessário nos casos de imigrantes que, uma vez expulsos, contrariem a proibição de entrada na Espanha, ou que pretendam ingressar irregularmente no país (alíneas “a” e “b”). Nessas hipóteses, “la devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión” (apartado 5) e, quando a devolução não puder ser executada no prazo de 72 horas, “se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión” (apartado 6).

O art. 61 prevê, dentre as medidas cautelares possíveis de serem tomadas pela autoridade administrativa, no curso de um processo que pode redundar em expulsão, a detenção cautelar “por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento”, bem como o “internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento” ou “cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente” (alíneas “d”, “e” e “f”). No que diz respeito à internação, o art. 60, em seu apartado segundo, dispõe que “los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.” Sobre o tema, o art. 62bis.1 prevê que os centros para internação de estrangeiros “son establecimientos públicos de carácter no penitenciario” e que “el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar”, ressaltando, ainda, que serão preservados “los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.”

No que se refere à execução da expulsão propriamente dita, o art. 64 da LO nº 4/2000 reza que, uma vez expirado o prazo de cumprimento voluntário sem que o estrangeiro tenha abandonado o território espanhol, “se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión” e, caso a expulsão não puder ser executada no prazo de

72 horas, “podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores.”

Essas medidas administrativas de internação e expulsão servem para ilustrar, inicialmente, a confusão que se estabelece entre irregularidade, ilegalidade e criminalidade, o que parece ser a tônica da legislação espanhola no que diz respeito à questão da imigração. O caráter sancionador das medidas fica bastante evidenciado, tanto que Monclús Masó (2008) refere que a expulsão prevista nos arts. 57-59bis e 63-64 da LO nº4/2000 não é outra coisa senão uma *pena* em sua modalidade administrativa, levando-se em consideração que seu conteúdo, finalidade e sujeitos de aplicação são idênticos ao da expulsão penal.

Na ótica de Brandariz García (2011, p. 74), essas medidas administrativas representam, em última análise, uma mera *fraude de etiquetas*¹¹⁹: por seu conteúdo, sentido e severidade, elas se configuram *materialmente* como sanções *penais* e não administrativas, como *formalmente* consideradas. E é justamente essa fraude que permite que “su aplicación, ejecución y control no estén sometidos a las garantías que corresponderían a su gravedad”, particularmente “el postulado de proporcionalidad, que debería conducir a una neta distinción de gravedad entre las sanciones aplicables a las infracciones administrativas y las derivadas de la responsabilidad criminal.”

Com efeito, não se pode deixar de considerar que a internação de um migrante irregular constitui uma privação de liberdade que, ainda que possua caráter administrativo, é materialmente equiparável a uma prisão preventiva, com a particularidade de que possui um prazo máximo de duração estabelecido em lei¹²⁰. Isso se deve a dois motivos principais: em primeiro

¹¹⁹ Nesse mesmo sentido, Martínez Escamilla (2009a, p. 3-4) sustenta: “La primera peculiaridad sobre la que conviene llamar la atención, es sobre la naturaleza jurídica del internamiento. El internamiento de extranjeros formalmente no es una sanción. No es una sanción penal, pero tampoco es una sanción administrativa. Cuando dicha medida se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, su naturaleza es la de una medida cautelar consistente en la privación de libertad que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la eventual sanción administrativa: la salida coactiva del territorio nacional. El equivalente al internamiento en el proceso penal sería la prisión preventiva, y no deja de llamar la atención el hecho de que se pueda privar de libertad a una persona para asegurar una eventual sanción administrativa –la expulsión– impuesta no por la comisión de un delito, sino por una infracción de naturaleza administrativa cual es, por ejemplo, la estancia irregular en nuestro país. Tal posibilidad no puede sino generar una serie de dudas.”

¹²⁰ Nesse sentido, o art. 62.2 da LO nº 4/2000 prevê que “el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y

lugar, porque com frequência a medida tem sido utilizada com uma função sancionadora, dentro de uma lógica preventiva geral e especial que tem por escopo intimidar o imigrante para que regresse ao seu país ou dissuadir outros migrantes com destino à Espanha de seu intento; em segundo lugar, porque se verifica, mesmo diante do disposto nos arts. 60.2 e 62bis.1 da LO nº 4/2000, que há uma aproximação entre os centros de internação e o contexto carcerário em diversos países europeus, nos quais a privação de liberdade dos migrantes se dá em celas policiais ou centros penitenciários, ou, ainda, com aplicação da legislação carcerária (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

Além disso, em que pese a LO nº 4/2000 prever uma intervenção judicial, esta se limita a autorizar a internação administrativa (art. 61), o que não permite considerar que se trata de uma privação judicial da liberdade. Essa privação continua sendo administrativa, mesmo que requeira uma autorização judicial que lhe confira uma aparência de legalidade, de modo a “adequá-la” constitucionalmente, já que o art. 25.3¹²¹ da Constituição espanhola veda à administração a imposição de sanções que impliquem privação de liberdade

Em relação aos Centros de Internação de Estrangeiros (CIE's), Martínez Escamilla (2009a) ressalta que eles representam na atualidade espanhola os espaços de maior “opacidade” jurídica e o internamento a figura que mais tensiona os princípios que orientam o Estado de Direito espanhol. Segundo a autora, além das denúncias – por parte de organismos de proteção de direitos humanos nacionais e internacionais – de que muitos desses centros tem uma estrutura penitenciária (sendo que alguns deles funcionam em antigas prisões¹²²), há graves acusações relacionadas às condições de higiene dos CIE's, à má alimentação, à falta de assistência médica adequada, à ausência

sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.”

¹²¹ Dispõe o art. 25.3 da Constituição espanhola que: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

¹²² Sobre a gestão policiaesca dos CIE, Martínez Escamilla (2009a) escreve: “mientras que en los Centros penitenciarios los labores de custodia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, sin que se les exija ni se les proporcione una especial formación para atender a las personas sometidas a esta medida de internamiento. El Director del CIE es nombrado por el Director General de la Policía entre los funcionarios del grupo A con dependencia funcional de la Comisaría General de Extranjería y documentación.”

de assistentes sociais e de intérpretes, bem como a módulos familiares apropriados¹²³.

Além disso, são frequentes as notícias de maus-tratos e violência contra os imigrantes detidos nos CIE's. De acordo com reportagem publicada no jornal El Mundo, em 16/02/2009¹²⁴, 85 imigrantes clandestinos detidos no CIE de Madrid elaboraram um manuscrito onde pediam ajuda. Na missiva, os internos escreveram: "Nos desnudan y tiran nuestras cosas al suelo, desarman nuestras camas, nos insultan y nos humillan con sus amenazas. Nos recuerdan que somos basura que ha llegado de otros pueblos".¹²⁵

Em grande medida, essa confusão entre a esfera penal e a administrativa se justifica e é viabilizada pela perspectiva de análise utilizada quando o assunto é a imigração, qual seja: o "risco". Isso porque as infrações que sustentam a expulsão, salvo situações nas quais é levada em consideração a periculosidade em concreto do migrante (como por exemplo as previstas no art. 53.1.f¹²⁶ e 54.1.a¹²⁷ da LO nº 4/2000), são casos de mera permanência irregular em território espanhol.

¹²³ Interessante, a propósito, o câmbio de perspectiva de análise da problemática dos CIE's proposta por De Giorgi (2006, p. 98): "Repetiu-se e denunciou-se insistentemente que os 'centros de detenção para migrantes', que foram disseminados pelos territórios da fortaleza europeia, são de fato prisões e que o regime carcerário ao qual são submetidos os migrantes aí mantidos não oferece sequer aquelas poucas garantias jurídicas de que a condição de detento, ao menos formalmente, 'goza'. Talvez tenha chegado o momento de inverter este raciocínio e de perguntarmos se não são os próprios centros de detenção para migrantes que constituem o novo modelo no qual, progressivamente, as prisões pós-fordistas se inspirarão. Esses centros se configuram como dispositivos prepostos à contenção de uma *população excedente* e de um *surplus* de força de trabalho desqualificada; eles prescindem explicitamente da consumação de um delito, das características individuais de quem está detido neles e de qualquer finalidade reeducativa ou correccional, para orientar-se no sentido da 'estocagem' de categorias inteiras de indivíduos considerados *de risco*."

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/15/espana/1234725780.html>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

¹²⁵ No mesmo sentido são as denúncias referidas por Junqueira (2008): "Se parecen demasiado a una cárcel y no lo son. Es la conclusión de un informe encargado por el Parlamento Europeo a una consultora privada sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), donde los inmigrantes que han entrado de forma irregular en España permanecen retenidos un máximo de 40 días mientras se tramita su expulsión. El informe llama la atención sobre el sistema "excesivamente estricto" y "típicamente penitenciario" de estos centros, donde los *sin papeles* están "casi permanentemente en las celdas", en unas "condiciones higiénicas deplorables"."

¹²⁶ O art. 53.1.f considera infração grave "La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana."

¹²⁷ O art. 54.1.a considera infração muito grave: "Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana."

E, mesmo nos casos em que se leva em consideração a periculosidade em concreto do migrante, a redação dos artigos 53.1.f e 54.1.a mostra-se de difícil compreensão: afinal, quais são as atividades contrárias à segurança exterior do Estado ou que podem prejudicar as relações da Espanha com outros países? Tratam-se de conceitos muito ambíguos e que, em virtude disso, podem servir como “cobertura” para as mais variadas condutas, dado que viabilizam uma grande discricionariedade por parte da administração pública ao aplicá-los (MONCLÚS MASÓ, 2001).

Esses problemas relacionados às medidas administrativas previstas na legislação espanhola para o controle dos fluxos migratórios acabam refletindo o que se tem produzido sobre o tema no cenário mais amplo da União Europeia. No tratamento legal da matéria, verifica-se uma sensível mudança no sentido do recrudescimento das medidas destinadas ao controle da imigração irregular, utilizando-se, para tanto, cada vez mais, de medidas com caráter sancionador. Nesse sentido, a Diretiva nº 2008/115/CE¹²⁸, denominada “Diretiva de Retorno”, aprovada pelo Parlamento Europeu em 16 de dezembro de 2008 e publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 24 de Dezembro de 2008, estabelece medidas de maior controle ao fluxo migratório, particularmente no que se refere à promoção do regresso voluntário de imigrantes ilegais e ao estabelecimento de normas mínimas para o período de detenção e para a interdição de entrada na União Europeia. A normativa concede aos Estados-Membros uma autonomia procedimental e grande poder discricionário na aplicação das ações nela contidas¹²⁹. Na exposição de motivos da referida Diretiva, menciona-se a importância do estabelecimentos de “normas claras, transparentes e justas para uma política de regresso eficaz, enquanto elemento necessário de uma política de migração bem gerida”.

A Diretiva em questão tem sido objeto de acirrados debates jurídicos, pois se mostra incompatível com as Constituições nacionais dos Estados-

¹²⁸ Texto integral disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TC&reference=P6-TC1-COD-2005-0167&language=PT>>. Acesso em 01 abr. 2014.

¹²⁹ No direito da União Europeia, a Diretiva configura o instrumento jurídico mais original: ela alcança ou obriga apenas os Estados destinatários, que são por meio dela compelidos a alcançar determinados objetivos em um determinado prazo. Aos Estados compete a eleição da forma e dos meios de alcançar esses resultados. Assim, “la directiva es un instrumento que, sin sustituir al poder legislativo nacional, permite la armonización de las legislaciones nacionales en el marco de una legislación común para la UE.” (FERNÁNDEZ; RAIGÓN, 2012, p. 208).

membros da União Europeia, bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, colide com o próprio direito regional, particularmente com documentos como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Roma, 1950). Como referem Ventura e Seitenfus (2008), a norma possui uma redação ardilosa, porque a um só tempo refere os direitos humanos e institucionaliza sua violação sistemática, dado que uma alínea assegura um direito que a outra, mais adiante, vai condicionar ou roubar o sentido. Alguns exemplos servem para ilustrar essa tomada de postura.

A Diretiva prevê, dentre outras medidas, em seu art. 15, que imigrantes sem-documentos sejam presos, por ordem emanada por autoridades administrativas ou judiciais, durante até dezoito meses. Assim, os Estados membros estão autorizados a prender os estrangeiros envolvidos em procedimentos de expulsão por até seis meses quando se entender que isso é necessário para a execução da medida. O apartado 6 do referido dispositivo prevê que os Estados membros podem, no entanto, prolongar dita privação de liberdade por até doze meses a mais quando a expulsão tenha sido inviabilizada por conta de “falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa” ou em decorrência de “atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros.” Em outras palavras: o migrante, mesmo por razões que não possam ser a ele imputadas como, por exemplo, a falta de colaboração de seu país, pode permanecer detido pelo prazo de até um ano e meio.

Além disso, no que tange às condições da detenção, o art. 16, alínea 1, prevê que a detenção terá lugar em centros especializados e que se “um Estado-Membro não tiver condições para assegurar aos nacionais de países terceiros a sua detenção num centro especializado e tiver de recorrer a um estabelecimento prisional, os nacionais de países terceiros colocados em detenção ficam separados dos presos comuns.”

A severidade da medida administrativa de expulsão fica evidenciada também a partir de seus efeitos. Em primeiro lugar, o próprio ato de deportação pode comportar um grave risco para a vida ou integridade física do sujeito. Isso pode ocorrer tanto naqueles casos em que a expulsão se realiza ao país de origem quanto nos casos em que se realiza a um país de trânsito, conforme

autoriza o art. 3º da Diretiva 2008/115/CE¹³⁰. Em segundo lugar, os graves efeitos da expulsão se evidenciam em relação ao eventual intento de retorno, “teniendo en cuenta las cargas económicas y en tempo vital que supone, así como las potenciales consecuencias de la vulneración de una prohibición de regreso” e, sobremaneira, “los riesgos para todo un conjunto de bienes jurídicos personales (propiedad, libertad sexual, integridad, vida) que se pueden producir en el trayecto”, sendo que os índices cada vez maiores de mortes de imigrantes transformam a imigração na “actividad más arriesgada de nuestras sociedades contemporâneas.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 80-81).¹³¹

Em virtude dos fatores apresentados, pode-se afirmar que as medidas de cunho administrativo podem causar aos migrantes um nível de sofrimento que supera o da prisão, considerada a sanção mais grave em um ordenamento jurídico-penal: em muitos casos, destaca Monclús Masó (2002), a pessoa afetada pela expulsão pode estar ameaçada de morte em seu país de origem ou, ainda, não dispõe de qualquer recurso para a sua subsistência ao retornar, porque investiu tudo o que possuía na aventura migratória. Por outro lado,

la orden de expulsión, si un letrado no consigue revocarla, impide que el extranjero pueda ‘regularizar’ su situación legal y hacer ejercicio de los derechos que tiene como persona. El extranjero es expulsado del sistema de garantías jurídicas en nombre de una supuesta ‘necesidad’ superior – peligrosidad, clandestinidad, seguridad nacional – y pasa a una situación de a-legalidad jurídica y clandestinidad social. (GORSKI, 2002, p. 181-182).

¹³⁰ O apartado 3 do art. 3º da Diretiva considera: “‘Regreso’, o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo:

- ao país de origem, ou
- a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais ou de outras convenções, ou
- a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite.”

¹³¹ De acordo com Rodier (2007, p. 7), somente a partir da análise das cifras observadas na imprensa europeia pela organização Fortress Europa, mais de 11.000 pessoas haviam morrido nas fronteiras europeias entre 1988 e 2007, entre as quais 8.000 afogadas no mar e mais de 1.500 cruzando o deserto do Sahara. A autora salienta que essa cifra pode ser multiplicada por dois ou três, considerando-se, em primeiro lugar, as condições de viagem dos migrantes: muitos deles se ocultam, ou a sua identidade, bem como seus projetos e itinerários, de modo que muitos acidentes mortais são produzidos sem testemunhas, ou diante de testemunhas que não desejam chamar atenção ao pedir auxílio. Há também mortes dos migrantes que sucumbem ao esgotamento, morrendo de fome e sede, bem como em decorrência de maus tratos por parte de chantagistas, passadores de fronteiras, militares ou policiais encontrados no caminho. Além disso, há inúmeras mortes no mar em decorrência de naufrágios das precárias embarcações utilizadas nas travessias, equipadas apenas com bússolas e telefones celulares, que impedem o recurso a qualquer ajuda minimamente eficiente quando necessário.

Nesse sentido, Terradillos Basoco (2010, p. 7) adverte para as consequências que a onipresença da expulsão – ou a ameaça de expulsão – projeta sobre a questão *penal*: a marginalização crescente do imigrante irregular, cujos corolários são a “proliferación de comportamientos xenófobos y racistas; dificultades de acceso a la Administración y a la justicia, así como a la vivienda, a la escuela o a la sanidad” e, principalmente, a “potenciación de situaciones de explotación sexual y de explotación laboral – con el conseqüente incremento de la siniestralidad, etc.”

Na esfera penal propriamente dita, a situação não se afigura diferente. Os dados estatísticos confirmam a “proeminência” que o sistema punitivo espanhol tem conferido aos imigrantes nos últimos anos: o número de estrangeiros reclusos na Espanha, em termos absolutos, é o mais elevado de toda a Europa, segundo pesquisa minuciosa conduzida por Brandariz García (2011). Esta sobrerrepresentação carcerária dos estrangeiros ilustra, segundo a perspectiva de Wacquant (2001), que os imigrantes na Europa constituem na contemporaneidade o equivalente dos negros nos Estados Unidos no que diz respeito aos objetivos do controle punitivo.

Além disso, a sobrerrepresentação carcerária não demonstra uma maior comissão de delitos pelos estrangeiros, mas sim a discriminação levada a cabo pelo sistema punitivo: é por isso que a sobrerrepresentação de estrangeiros não é somente encontrada na fase final do processo penal, ou seja, na fase de execução penal, “sino que la observamos en todas las fases del proceso (detenciones policiales, prisión preventiva, procesos penales en los que se encuentran involucrados inmigrantes, porcentajes de la población extranjera encarcelada).” (MONCLÚS MASÓ, 2002, p. 176).

Essa crescente utilização do Direito Penal para fins de controle de fluxos migratórios tem sido objeto de intensos debates, uma vez que de acordo com Llinares (2008), a relação entre Direito Penal *versus* imigração passou, em poucos anos, de uma relação de “ignorância” para uma relação de “excesso”. Alguns dispositivos recentemente incorporados ao Código Penal espanhol¹³² e/ou alterados permitem ratificar essa constatação.

¹³² O texto integral do Código Penal da Espanha encontra-se disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>.

Primeiramente, cumpre analisar o disposto no art. 318 bis do Código Penal espanhol, introduzido pela LO nº 4/2000 e que, após redação conferida pela Lei Orgânica nº 11/2003, comina uma pena de quatro a oito anos de prisão a quem “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea” (apartado 1). Já o apartado 2 prevê que as pessoas que realizarem as condutas descritas no apartado anterior “serán castigados con las penas en su mitad superior” caso tenham agido “con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas”. Do mesmo modo, a parte final do apartado 2 prevê que “si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.” Em relação às pessoas que praticarem as condutas descritas nos apartados 1 e 2 prevalendo-se de sua condição de autoridade, agente desta ou funcionário público, o apartado 3 prevê a incidência das penas previstas no apartado 2, cumulada com a “inhabilitación absoluta de seis a 12 años.” Por fim, o apartado 4 trata dos casos em que a pessoa que promove ou facilita o tráfico ilegal pretence uma “organización o asociación, incluso de carácter transitorio” que se dedica à realização de tais atividades. Nesse caso, “se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena” e, “cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.”

A inclusão do dispositivo legal sob análise no Código Penal foi fundamentada na necessidade de proteção de uma coletividade, qual seja, os cidadãos estrangeiros que, em virtude de sua peculiar condição – e pelos diversos fatores já analisados – podem ser vítimas de abusos e de negação de direitos. Em razão disso, o bem jurídico tutelado pela norma seria, em uma primeira análise, o *status* jurídico de imigrante legal, de cujo desfrute se vê privado o estrangeiro que ingressa de modo irregular no território espanhol e que, em razão disso, não dispõe de uma plataforma jurídica necessária para

conseguir sua plena integração social no país. Em outras palavras: “no se protege a los extranjeros en cuanto individuos aislados, sino como colectivo social titular de una serie de derechos.” (RODRÍGUEZ MESA, 2001, p. 60).

Também se legitimaria a existência do dispositivo analisado em razão da dignidade humana. Como refere Pérez Cepeda (2004, p. 173), “la dignidad de la persona excluye que el extranjero pueda ser considerado como un mero instrumento o mercancía, en algo asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable, que en realidade consiste en su anulación como seres libres.”

No entanto, na prática, o tipo básico do art. 318bis tem suscitado uma série de discussões. Martínez Escamilla (2007) refere que se trata de um claro exemplo de expansão do Direito Penal, uma vez que o legislador, dentre todas as condutas de favorecimento que poderia ter optado criminalizar pela sua gravidade – como, por exemplo, a concorrência de ânimo de lucro, a atuação no marco de uma organização delitativa, etc – levou a cabo uma regulação “onicompreensiva”, o mais ampla possível, com a finalidade de criminalizar qualquer comportamento relacionado com a imigração irregular que de alguma forma, “direta ou indiretamente” a favoreça. As hipóteses salientadas pela autora a título exemplificativo não se subsumem no tipo básico, visto que a exploração sexual, violência, intimidação, engano, abuso de superioridade ou vulnerabilidade, ânimo lucrativo, perigo de vida, risco à saúde ou integridade, abuso de menores de idade ou incapazes e, ainda, a participação em organização criminosa, são circunstâncias que determinam a incidência dos tipos qualificados do delito.

Em razão disso, Cancio Meliá (2005) refere que o fato de o legislador ter incluído as condutas agravadas no apartado terceiro leva a inferir, a *contrario sensu*, que o tipo básico não exige a concorrência de nenhum desses elementos, o que torna difícil compreender, em última análise, o que caracteriza efetivamente o tráfico ilegal de pessoas. Isso decorre, para o autor mencionado, de uma confusão estabelecida pelo legislador espanhol entre os conceitos de “imigração ilegal” e “tráfico ilegal de pessoas”.

Para clarear essa distinção, é imprescindível levar em consideração as normas de caráter internacional que se referem ao tráfico ilegal de pessoas. Dentre essas normas, destacam-se os Protocolos que integram/complementam

a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, a chamada Convenção de Palermo, firmada no ano 2000¹³³. Esta Convenção é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

No primeiro desses Protocolos, o art. 3º define a expressão “tráfico de migrantes” como “a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente.” Já o segundo dos Protocolos referidos considera, em seu art. 3º, que tráfico de pessoas “significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.”

Analisando os textos internacionais sobre a matéria, permite-se a afirmação de que o conceito de “tráfico ilegal de pessoas” utilizado no art. 318bis é aquele que implica a passagem ilegal de fronteiras e que não difere do conceito de “imigração ilegal” ou “imigração clandestina”. Desse modo, em que pese a possibilidade de uma diferenciação entre os conceitos de “tráfico ilegal de pessoas” e “imigração ilegal” ou “imigração clandestina de pessoas”, o legislador espanhol optou pela equiparação entre os conceitos (CANCIO MELIÁ, 2005).

¹³³ No Brasil, a Convenção de Palermo foi aprovada/promulgada por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, cujo texto integral está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

Rodríguez Mesa (2001, p. 64) assevera, ainda a propósito dos problemas envolvendo a vagueza da redação do tipo básico do art. 318bis, que, ainda que não configure tecnicamente uma norma penal em branco, a correta delimitação da conduta típica exige remissão ao disposto nos arts. 25¹³⁴ e 26¹³⁵ da LO nº 4/2000, que tratam, respectivamente, dos requisitos para entrada no território espanhol e da proibição de entrada na Espanha. Essas condições devem ser analisadas em conjunto com o art. 5º do Acordo Shengen, o qual estabelece, de modo taxativo, outras implicações para a entrada de estrangeiros no território europeu, como não estar incluído na lista de pessoas não admissíveis, bem como não representar um perigo para a ordem pública, à segurança nacional ou às relações internacionais dos países contratantes¹³⁶.

¹³⁴ “Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español.

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado.

No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.”

¹³⁵ “Artículo 26. Prohibición de entrada en España.

1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.”

¹³⁶ O texto integral do Regulamento (CE) n.º 562/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código de Fronteiras Shengen) está disponível para consulta em: <<https://sites.google.com/site/leximigratoria/legisp%C3%A9dia-sef/decreto-reg-84->

Álvarez e Delgado (2001, p. 393) comentam que, dada a amplitude desmesurada do âmbito de comportamentos proibidos previstos no art. 318bis, o simples fato de emprestar dinheiro a um estrangeiro para que ele possa pagar uma rede de imigração ilegal para entrar na Espanha ou levá-lo a um ponto ou outro da geografia espanhola, por exemplo, poderia ser enquadrado no tipo descrito. Cancio Meliá (2005) também menciona o exemplo da pessoa que empresta um veículo para que um amigo entre ilegalmente na Espanha, conduta que também se subsume no tipo analisado.

Efetivamente, o tipo previsto no art. 318bis é amplíssimo, porque não estabelece nenhuma modalidade de conduta por meio da qual se leva a cabo o favorecimento ou promoção do tráfico ilegal de pessoas. Além disso, o tipo consagra um conceito unitário de autor – visto que se equiparam as condutas de colaboração ou ajuda às de autoria – fazendo com que sejam englobadas condutas muito diversas e de gravidade distinta, “lo que resulta contrario al mandato de determinación y certeza, garantía material del principio de legalidade, y al principio de proporcionalidade.” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2001, p. 1738). Sobre o tema, Cancio Meliá (2005) assevera que a redação do art. 318bis suscita sérios problemas para identificar distintas formas de participação e diferentes graus de execução, permitindo, entretanto, considerar incluídas no tipo uma grande variedade de condutas: ao fim e ao cabo, a conduta consiste em contribuir de algum modo com a imigração irregular.

Ao analisar julgados envolvendo o tipo básico do art. 318bis, Martínez Escamilla (2007, p. 53-54) refere, dentre outras, as seguintes situações que deram azo à aplicação das penas por ele cominadas: a) imposição de pena de três anos de prisão a uma pessoa que tentou introduzir na Espanha, escondido no porta-malas de um carro, um cidadão marroquino, sem que houvesse sido constatado ânimo de lucro ou outra circunstância atentatória aos direitos do imigrante; b) imposição de pena de quatro anos de prisão a um acusado de ter tentado introduzir em território peninsular dois marroquinos indocumentados ocultos em um furgão, sem que fosse provado o ânimo lucrativo; c) imposição de pena de três anos e um dia de prisão a um cidadão marroquino que tentou

introduzir na península, fazendo-o passar por seu filho, um sobrinho neto próximo de atingir os dezoito anos, no intuito de viajarem juntos até a Bélgica.

Em todas essas situações, a conduta dos acusados se encaixa perfeitamente no dispositivo em análise. No entanto, torna-se difícil verificar a condição de “vítima” dos imigrantes, bem como identificar direitos que presumivelmente foram violados pela conduta dos “agentes”. Em razão disso, Álvarez e Delgado (2001) defendem a exigência de que a conduta que favorece, promova ou facilite o tráfico ilegal de pessoas em território espanhol pelo menos coloque em perigo – abstrato – o bem jurídico que se busca proteger, razão pela qual não seria enquadrada no tipo qualquer conduta que não permita constatar essa ofensa, ainda que em grau mínimo.

No mesmo sentido, Rodríguez Mesa (2001, p. 59), em crítica à redação do dispositivo, salienta que a resposta punitiva à realidade que supõe o tráfico ilegal de pessoas teria sido mais clarificadora e correta se o legislador tivesse atendido, na tipificação, ao perigo que este tipo de conduta supõe diretamente para bens jurídicos como, por exemplo, a liberdade, saúde, integridade e vida do cidadão estrangeiro. Com isso, o legislador, “además de haber arrojado una mayor claridade que la regulación actual y ser más respetuoso con el principio de tipicidade y de intervención mínima, habría evitado cualquier posibilidad de interpretar estos tipos como meros ilícitos formales elevados a categoría de delitos.”

Outrossim, também no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, o art. 318bis afigura-se incoerente com outros dispositivos do Código Penal espanhol relacionados ao tema da imigração, especialmente com os arts. 312¹³⁷ e 313¹³⁸, que tratam do favorecimento ou promoção da imigração clandestina para fins laborais. Os referidos dispositivos impõem penas bem inferiores (dois a quatro anos) às previstas no art. 318bis (seios a

¹³⁷ O art. 312 do Código Penal espanhol dispõe: “1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.”

¹³⁸ O art. 313 do Código Penal espanhol dispõe: “El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.”

oito anos) sem que haja nenhuma explicação penalógica que justifique o tratamento distinto e desproporcional.

Além disso, há desproporção entre o que prevê o tipo básico do art. 318bis e o disposto no art. 54.1.b da LO nº 4/2000, que considera infração muito grave “inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.” Em outras palavras: a carga de injusto das condutas previstas na normativa administrativa supera à do tipo básico do art. 318bis do Código Penal.

Nesse ultimo caso, Cancio Meliá (2005) menciona que o art. 54.1.b da LO nº 4/2000, da forma como está redigido, nao pode ser diferenciado claramente do delito do art. 318bis, razão pela qual não tem nenhuma possibilidade de ser aplicado, em homenagem ao princípio do *ne bis in idem* e dada a proeminência do Direito Penal em face do direito administrativo sancionador.

Ainda, deve-se considerar que o tipo em questão configura claramente um delito de mera atividade, “no siendo necesario para su consumación, desde luego, que se consiga efectivamente que el extranjero entre en territorio nacional o que consiga salir de él cuando tal salida le estaba prohibida.” (ÁLVAREZ; DELGADO, 2001, p. 394). Há, claramente, aqui, um adiantamento da barreira punitiva para o momento em que se facilita ou favorece o tráfico (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2001)¹³⁹. Cancio Meliá (2005) observa, a propósito, que o emprego do verbo “promover” pelo legislador indica o início de um processo, de modo que tudo aquilo que não seja meramente um ato preparatório supõe a plena realização do delito.

Nesse rumo, convém salientar que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito analisado, não sendo necessário que participe de uma organização ou associação dedicada ao tráfico ilegal de pessoas. O fato de pertencer a uma dessas instituições constitui uma qualificadora específica

¹³⁹ De acordo com Rodríguez Montañés (2001, p. 1740), “el delito se consuma con la realización de los actos de promoción o favorecimiento del tráfico, sin exigir ningún resultado, ni siquiera acreditar la entrada, salida o el tránsito por territorio español. Al tratarse de un delito de consumación anticipada en el que el intento puede considerarse descrito en el tipo, no cabe tentativa, pues no es posible ‘intentar intentar’.”

prevista no apartado 4¹⁴⁰ do art. 318bis. Logo, “hay que aclarar que aunque el que incumple la normativa correspondiente a la entrada o salida del territorio español es el extranjero objeto de la misma, este extranjero no incurrirá en responsabilidad penal por esta infracción.” (ÁLVAREZ; DELGADO, 2001, p. 395).

Cumpre ressaltar que, ainda que o referido dispositivo, que trata dos chamados “delitos de solidaridade”, não castigue com penas o imigrante, mas sim as pessoas que com ele se solidarizam, ajudando-o a promover seu projeto migratório, há conseqüências perniciosas para os imigrantes, do ponto de vista dos direitos humanos, sendo bastante ilustrativo o seguinte relato feito no informe “Derechos Humanos en la Frontera Sur”, relativo ao ano de 2007, elaborado pela Associação Pró-Direitos Humanos da Andaluzia (apud MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 10):

En mayo de 2007, veintisiete migrantes permanecieron durante más de veinticuatro horas desesperadamente agarrados a jaulas de atún de 35 cm. de largo tiradas, en pleno Mediterráneo, por un remolcador maltés cuyo capitán se negaba obstinadamente a detenerse para tomarlos a su bordo, o incluso a escoltarlos hasta la costa. Ya que ayudar a los naufragos conduciéndolos al puerto significa, para los salvadores, varios días de inmovilización de su barco, cuando no son perseguidos, además, ‘por haber facilitado la inmigración ilegal’, como pasó en el mes de agosto de 2007 con siete pescadores tunecinos, mandados a prisión en Sicilia después de haber salvado del ahogamiento a cuarenta y cuatro personas. El delito de ayuda a la entrada y a la residencia ilegal de extranjeros, que permite llevar a juicio no solo a aquellos que se designa como ‘pasadores de fronteras’ porque hacen pagar sus servicios, sino a cualquiera que lleva asistencia a un inmigrante desprovisto de papeles, está por otra parte generalizándose tanto en las legislaciones europeas como en los países de tránsito. Es bajo este fundamento que, en Francia, militantes asociativos de la región de Calais fueron inculcados porque procedían a la distribución de comida o albergaban exiliados. En Marruecos, es porque la amenaza de actuaciones judiciales pesa como una espada de Damocles, que numerosos subsaharianos se ven privados de transporte público: por temor a ser inculcados en

¹⁴⁰ Dispõe o apartado 4 do art. 318bis: “4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.”

aplicación de la ley 02-03 relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros por haber tomado a su bordo a extranjeros en situación irregular, no es raro que los conductores de autocar se nieguen a subir a Africanos.

Há uma infinidade de situações congêneres. Segundo relatam Morice e Rodier (2010), foi também nessas circunstâncias que sete pescadores tunisianos foram indiciados e encarcerados em agosto de 2007 por um juiz italiano, por “ajudarem a imigração ilegal”, enquanto os seus barcos foram confiscados, porque eles haviam salvado uma embarcação do naufrágio, e conduzido seus passageiros à Sicília, na Itália, o porto mais próximo, conforme preveem, contudo, os regulamentos marítimos.

Assim, na ótica de Martínez Escamilla (2007; 2008), o bem jurídico tutelado pelo tipo penal ora analisado não é a dignidade ou os direitos dos cidadãos estrangeiros, uma vez que o Direito Penal, nesse caso, não é chamado a protegê-los, mas sim a defender a sociedade “deles”, ou seja, daqueles imigrantes que não se pode ou não se quer aceitar. Exsurge daí a razão principal da existência do tipo legal: ser um coadjuvante no controle da imigração irregular¹⁴¹.

Efetivamente, nenhum dos elementos que configuram o tipo básico do delito em questão pressupõe abuso ou coisificação, e tampouco perigo para a dignidade dos migrantes. Afinal, ao se considerar que toda imigração irregular conduz à degradação do imigrante – individual ou coletivamente – desconsidera-se as múltiplas modalidades em que uma pessoa pode executar o seu projeto migratório. Os exemplos jurisprudenciais referidos por Martínez Escamilla (2007) servem para demonstrar que nem toda imigração, pelo fato de ser irregular, significa necessariamente prejuízo a bens jurídicos dos migrantes. O estabelecimento dessa relação entre imigração irregular e criminalidade, na verdade, serve para reforçar estereótipos negativos a respeito dos migrantes. Como salienta Wagman (2006, p. 207),

¹⁴¹ Segundo a autora (2007, p. 31), “esta descripción de la conducta típica, unida al hecho de que dicho precepto configura la lesión o peligro para los derechos de los inmigrantes como circunstancias agravantes y no como elementos del tipo básico, hace pensar que el Derecho penal entra en juego para combatir la inmigración irregular, no ya vista desde la perspectiva de los derechos de los inmigrantes y de su posible vulneración, sino como un fenómeno supraindividual, como un fenómeno estructural llamado a incidir en nuestra configuración social. Y en este sentido el Derecho penal se convierte también en un instrumento de la política migratoria, en cuanto con él se pretende combatir la inmigración irregular mediante la punición de la promoción o ayuda a quien pretende entrar, transitar o salir de nuestro país al margen de lo que establece la ley.”

culpar sistemáticamente a las mafias de la existencia de inmigración ilegal es olvidar el hecho de que la gran mayoría de personas sin permiso de residencia entraron a España con la Transmediterránea, con Iberia, o en línea regular de autocar. Y las ‘redes de tráfico’ consisten mayormente en familiares y amigos de los viajeros. Y aunque hay empresarios de transporte clandestino que en muchos casos son gente sin escrúpulos, hay otros que, aun trabajando en la ilegalidad, ofrecen un servicio bastante normalizado y con los que los clientes no van engañados. Pagan un precio por un servicio que creen les compensa.¹⁴²

No mesmo sentido, Rodríguez Montañés (2001, p. 1738) assevera que, ainda que o art. 318bis faça menção à tutela dos direitos individuais dos cidadãos estrangeiros como coletivo, esses direitos acabam constituindo uma espécie de

‘bienes intermedios con función representativa’ del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los ‘intereses difusos’ del orden socioeconómico en sentido amplio (conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto em su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo), en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado. [...] En definitiva, [...] nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tienen una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso.

Por fim, deve-se salientar que quem favorece a entrada irregular não é quem priva o estrangeiro da possibilidade de aceder aos direitos individuais que lhes são atribuídos, afinal, o estrangeiro carece desses direitos antes que se favoreça a sua entrada ilegal, pois são as próprias normas reguladoras da entrada e da permanência dos estrangeiros que definem quando eles podem ou não desfrutar desses direitos e se integrar no país de destino. Em razão disso, Cancio Meliá (2005) refere que é difícil afirmar que se protegem os direitos que o estrangeiro teria se a entrada tivesse ocorrido de modo regular,

¹⁴² De acordo com Lorenzo Copello (2004, p. 34), “la ley penal española viene a castigar con penas de una severidad inusitada una serie de conductas de colaboración con la inmigración irregular que ni poseen connotaciones lesivas para los derechos de los ciudadanos extranjeros – al no concurrir situaciones de abuso o peligro para las personas – ni tampoco parecen idóneas para desestabilizar de modo importante la política migratoria del Estado – debido a que se realizan al margen de grupos organizados y sin que concurra siquiera un interés lucrativo.”

quando a situação desse estrangeiro se caracteriza, precisamente, pela impossibilidade de ingresso regular. Em síntese: o bem jurídico protegido não pode ser representado por direitos que não existem.

Portanto, verifica-se que o argumento utilizado pelo legislador espanhol para a criminalização das condutas previstas no art. 318bis, qual seja, o direito do imigrante de alcançar uma plena integração social, acaba, reversamente, por estigmatizá-lo e marginalizá-lo ainda mais. Como assevera Rodríguez Mesa (2001), o Direito Penal não pode converter-se em cúmplice de uma legislação que, ao procurar a integração social de uns, favorece a exclusão de outros. Efetivamente, as causas de exclusão e marginalização social dos imigrantes não se originam apenas no tráfico ilegal de pessoas, mas sim em toda uma política legal e social baseada naquilo que De Lucas (2000) denomina “fobotipos”. Nesse marco, “proteger penalmente la integración social de un colectivo supondría utilizar el Derecho penal para lanzar a la sociedad la idea de que existen otros sujetos que irremediabilmente están excluidos por el simple hecho de ser inmigrantes ilegales.” (RODRÍGUEZ MESA, 2001, p. 57).

Ademais, mesmo que a integração plena na sociedade receptora configure um direito dos imigrantes – nos termos do disposto no art. 2ter da LO nº 4/2000¹⁴³ –, em hipótese alguma ela configura uma obrigação. Um Estado Democrático de Direito tem por missão oferecer a todos os cidadãos a possibilidade de acesso aos bens essenciais para o seu desenvolvimento em sociedade, mas em nenhum caso está legitimado a reclamar dos cidadãos a sua plena integração social, porque isso implicaria partir do pressuposto de que a sociedade de acolhida é sempre superior, o que significa desconhecer o

¹⁴³ Os apartados 1 e 2 do art. 2ter da LO nº 04/2000 dispõem: “1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.

2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.”

pluralismo cultural. Logo, “si la integración, entendida como aceptación de las pautas culturales y sociales de um determinado país, no puede ser impuesta al individuo, mucho menos podrá configurarse como um bien jurídico merecedor de protección penal.” (RODRÍGUEZ MESA, 2001, p. 57-58).

Nesse sentido, Wagman (2006) leciona que a discussão acerca da integração só assume sentido na medida em que a pauta prioritária do debate seja a luta contra a discriminação, a estigmatização e a segregação. O grande objetivo que se coloca, então, é a derrubada de obstáculos para a participação na vida social, para o acesso aos seus recursos e para o exercício de direitos, permitindo, reflexamente, que cada pessoa participe como, quando e onde queira.

Em síntese do exposto, Cancio Meliá (2005) aduz que – mesmo diante dos problemas apontados no que tange à redação do art. 318bis – a regulação jurídico-penal da matéria “imigração irregular” não é internamente contraditória, mas, pelo contrário, mostra-se harmônica quando se toma como ponto de referência não os objetivos invocados pelo legislador e agentes políticos, mas a agenda *real* que se oculta por baixo dessas declarações expressas. Em outras palavras: a regulação ora investigada é perfeitamente funcional aos propósitos da política migratória espanhola, de modo que, se a doutrina majoritária afirma não compreender a regulação, pode-se dizer que o problema radica precisamente no fato de que ela é demasiadamente compreendida.

Em virtude disso, Martínez Escamilla (2007, p. 64) assevera que as dificuldades para fundamentar de modo convincente que a finalidade do tipo básico do art. 318bis seja a proteção dos direitos dos cidadãos estrangeiros provavelmente decorre de uma razão muito simples: “a que no es éste el bien jurídico protegido y sí el interés del Estado en controlar los flujos migratorios y contener la inmigración irregular.” Conclusão semelhante é a de Cancio Meliá (2005), para quem o único bem jurídico que pode ser considerado protegido por meio do delito em questão é a política migratória que se encontra por trás das normas que regulam a entrada e permanência dos estrangeiros na Espanha.

Para além do tipo penal até aqui analisado – voltado expressamente à questão da imigração – existem também aqueles delitos que, ainda que não façam referência direta aos imigrantes e/ou às pessoas que são com eles

solidárias buscam, reflexamente, atingi-los. Um exemplo típico, no Direito Penal espanhol, é a criminalização da atividade dos “manteros” ou “top manta” – como são chamados, na Espanha, os vendedores ambulantes de reproduções ilícitas de CD’s, DVD’s ou produtos similares (que expõem suas mercadorias sobre mantas nas ruas).

Se os imigrantes ilegais, como refere Martínez Escamilla (2009, p. 14), são o exemplo mais evidente de exclusão do indivíduo operada pelas normas – “sin papeles, sin derechos, si ni siquiera posibilidad de ganarse un sustento” –, restam a eles poucas opções, uma vez que são proibidos de trabalhar e que é proibido dar-lhes emprego. A atividade de “mantero”, nesse caso, aparece como uma das poucas alternativas que lhes restam.

No entanto, o art. 270¹⁴⁴ do Código Penal espanhol, em seu apartado primeiro, tipifica como crime sujeito a pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses, a atividade de quem, com ânimo lucrativo e em prejuízo de terceiro, reproduza, plageie, distribua ou comunique publicamente, no todo ou em parte, uma obra literária, artística, ou sua transformação, interpretação ou execução artística fixada em qualquer tipo de suporte ou comunicada através de qualquer meio, sem a autorização dos

¹⁴⁴ Dispõe o art. 270: “**Artículo 270.** 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia ; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”

titulares dos correspondentes direitos de propriedade intelectual ou seus cessionários.

Por meio deste dispositivo, o Código Penal espanhol, “en cuanto castiga la distribución con ánimo de lucro de una obra artística sin el consentimiento del titular o cesionario de los derechos, está tipificando y castigando con penas de multa y prisión de seis meses a dos años la conducta de los manteros”, fazendo, assim, com que o imigrante veja-se preso nas redes do Direito punitivo “en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 14-15).

As conseqüências para os imigrantes cuja conduta é subsumida no disposto no art. 270 do Código Penal espanhol são nefastas. Primeiramente, porque as penas de prisão e de multa não são alternativas, mas cumulativas. Assim, a segunda, invariavelmente, converte-se em responsabilidade pessoal subsidiária, considerando-se que a maioria dos imigrantes são insolventes e não dispõem de condições financeiras para o pagamento da sanção pecuniária. Incide, assim, a regra do art. 53.1¹⁴⁵ do Código Penal espanhol, que prevê a substituição da pena, na proporção de um dia de prisão para cada dois dias de multa. Logo, uma vez imposta a um “mantero” uma pena mínima de multa, qual seja, doze meses, a sua insolvência determinará a conversão desta multa em seis meses de prisão (180 dias) (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009).¹⁴⁶

Além disso, em muitos casos a pena privativa de liberdade é substituída pela expulsão – por força do disposto no art. 89¹⁴⁷ do Código Penal da

¹⁴⁵ Dispõe o apartado primeiro do art. 53: “1. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.”

¹⁴⁶ De acordo com Marrè (2013), durante o primeiro semestre de 2013, somente na cidade de Barcelona, a Guarda Urbana realizou 25.147 denúncias, principalmente por venda ambulante em espaços públicos, cifra que “supone un incremento del 11% respecto al mismo periodo del año pasado, mientras las llamadas de ciudadanos denunciando esta práctica han disminuido un 31%.”

¹⁴⁷ Dispõe o art. 89 do Código Penal Espanhol: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

Espanha –, fazendo com que o “mantero” seja forçado a sair do território espanhol. Com isso,

una circunstancia ajena al Derecho penal, cual es la situación administrativa de irregularidad, que nada tiene que ver con la gravedad del hecho ni con la responsabilidad del autor, va a determinar que se excepcione y se modifique la respuesta que con carácter general el Código penal ofrece frente a delitos como los cometidos. Nos hallamos de nuevo ante una respuesta de excepción. En vez del cumplimiento de la pena impuesta o la posible aplicación del régimen general de la suspensión o sustitución de la pena (arts. 80 y ss. Y 88), el Código penal preceptúa la expulsión del extranjero irregular condenado a penas de prisión de menos de seis años, expulsión que no necesita ser motivada, ni requiere la audiencia del afectado. Tan solo excepcionalmente el juez puede anteponer la opción del cumplimiento a la expulsión, exigiéndose en este caso la motivación de la decisión y la audiencia previa del Fiscal. (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 20).

O art. 89 do Código Penal espanhol, pela sua carga flagrantemente desproporcional e xenofóbica merece, aqui, atenção. Em complementação às medidas de expulsão previstas na LO nº 4/2000, o dispositivo em questão é uma clara demonstração de que, frente aos estrangeiros, desenvolve-se uma tendência à expulsão/exclusão como paradigma de uma sociedade estritamente penal baseada na desapareição daqueles infratores do contrato social, abandonando-se qualquer pretensão de integração social. Para esses

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.”

indivíduos, a expulsão é uma alternativa ao processo penal, não existe presunção de inocência, elimina-se a possibilidade de suspensão condicional, ou de substituição de pena, com a finalidade de acelerar sua expulsão (PÉREZ CEPEDA, 2007).

Deve-se levar em consideração, aqui, que a expulsão contemplada no art. 89 comporta dois aspectos: o ato de saída do território nacional propriamente dito e a proibição de entrada durante um tempo que poderá variar de cinco a dez anos (apartado 1). Nesse período, o estrangeiro, além da impossibilidade de obter um visto de entrada, também não poderá residir ou trabalhar em território espanhol. Isso representa uma restrição considerável ao direito fundamental à liberdade de circulação, ainda mais quando se leva em conta que a medida se estende a todos os países que integram o território Schengen¹⁴⁸. Outrossim, deve-se considerar que aqui também se revela uma flagrante violação ao princípio da proporcionalidade: viabiliza-se a conversão de uma sanção penal leve aplicada em razão da comissão de uma simples falta em uma privação de direitos de duração inusitadamente grave (com a particularidade – ainda mais grave – de que, uma vez não observada a proibição de regresso, o prazo volta a ser computado integralmente, sem consideração do tempo já cumprido) (LAURENZO COPELLO, 2004, p. 30).

O art. 89 configura, na visão de Monclús Masó (2002, p. 178), “una medida substitutiva *sui generis*, ya que puede ser decretada por el juez em

¹⁴⁸ Nesse sentido, o art. 96 da Convenção para Aplicação do Acordo de Schengen estabelece: “1. Os dados relativos aos estrangeiros indicados para efeitos de não admissão são inseridos com base numa indicação nacional resultante de decisões tomadas, de acordo com as regras processuais previstas pela legislação nacional, pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos jurisdicionais competentes.

2. As decisões podem ser fundadas no facto de a presença de um estrangeiro no território nacional constituir ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional.

Esta situação pode verificarse, nomeadamente, no caso de:

a) O estrangeiro ter sido condenado por um crime passível de uma pena privativa de liberdade de pelo menos um ano;

b) O estrangeiro relativamente ao qual existem fortes razões para crer que praticou factos puníveis graves, incluindo aqueles a que se refere o artigo 71.º, ou relativamente ao qual existem indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de uma Parte Contratante.

3. As decisões podem ser igualmente fundadas no facto de sobre o estrangeiro recair uma medida de afastamento, de reenvio ou de expulsão não adiada nem suspensa que inclua ou seja acompanhada por uma interdição de entrada ou, se for caso disso, de permanência, fundada no incumprimento das regulamentações nacionais relativas à entrada ou à estada de estrangeiros.”

O texto integral da Convenção encontra-se disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/schb-9.html>>.

contra de la voluntad de afectado”, o que a distingue de todas as demais medidas alternativas, “que siempre se prevén em beneficio del afectado y requieren su consentimiento.” Outrossim, “resulta sorprendente que una ‘medida alternativa’ a la cárcel, que en principio debería ser un beneficio, este prevista sólo para los extranjeros irregulares.” (MONCLÚS MASÓ, 2002, p. 178). No mesmo sentido, Asúa Batarrita (2002, p. 53) menciona que as hipóteses de substituição da pena previstas no art. 88¹⁴⁹ do Código Penal requerem para sua operatividade a aceitação do condenado, e supõem sempre uma suavização da resposta punitiva, de modo que a substituição prevista no art. 89 se mostra ambivalente, o que impõe que se faça uma interpretação restritiva do dispositivo, como forma de torná-lo compatível com o texto constitucional. Em virtude disso, defende a autora que a substituição em questão não poderia ser aplicada nos casos em que há oposição do condenado, naquelas situações em que a expulsão se mostra mais gravosa que a pena privativa de liberdade.

¹⁴⁹ Dispõe o mencionado dispositivo: “1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.”

E mais grave ainda se afigura a disposição do apartado 5 do dispositivo legal em análise. Por meio dele, quando a condenação é superior a seis anos de privação de liberdade, pode-se expulsar o estrangeiro uma vez cumpridos $\frac{3}{4}$ da pena. Essa disposição representa uma clara discriminação dos estrangeiros pelo Direito Penal espanhol, uma vez que o que corresponde ao cumprimento de $\frac{3}{4}$ da pena, em circunstâncias normais, é a liberdade condicional, nos termos dos requisitos estabelecidos pelas letras “a”, “b” e “c” do apartado 1 do art. 90¹⁵⁰. Assim, “la posibilidad de expulsar al extranjero en este momento constituye una clara vulneración del principio *ne bis in idem*, que prohíbe sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos”, uma vez que, *in casu*, “se trata de un caso claro de doble condena, en la que lo se está castigando es precisamente la condición de extranjero del condenado. (MONCLÚS MASÓ, 2002, p. 178-179). Ademais, se o condenado reúne os requisitos legais para aceder à liberdade, negar-lhe esse acesso e substituí-lo pela expulsão contra a sua vontade configuram, na ótica de Asúa Batarrita (2002, p. 88), um mal adicional: “un *plus* de castigo que no puede conciliarse con el principio de legalidad de las penas.”

Olvida-se, aqui, que a expulsão representa um autêntico drama para os estrangeiros que aportam na Espanha com a ideia de trabalhar e que em muitos casos obtêm um emprego real apesar de não conseguirem regularizar sua situação. Essa carga aflitiva “lesiona el principio de proporcionalidad cuando la expulsión se aplica para sanciones de poca entidad, para las cuales el propio art. 89 veda la aplicación de la sustitución o suspensión de la pena.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 32)¹⁵¹.

Agora, por outro lado, a expulsão como medida substitutiva da pena privativa de liberdade configura um verdadeiro *presente* para o condenado,

¹⁵⁰ Dispõe o apartado primeiro do art. 90 do Código Penal espanhol: “1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.”

¹⁵¹ Asúa Batarrita (2002, p. 53) exemplifica a carga aflitiva da substituição em determinadas hipóteses: “una expulsión durante tres años, como alternativa a una pena de arresto de doce fines de semana – por ejemplo por un hurto de uso de un vehículo de motor – puede comportar en concreto una gravedad y unas consecuencias de mucha mayor entidad que la pena para el extranjero sin residencia legal, que tuviera expectativas de poder regularizar su situación.”

como, por exemplo, naqueles casos em que a chegada do estrangeiro na Espanha tem por finalidade a comissão delitiva. Há, aqui, uma evidente mitigação das funções preventivas gerais do Direito Penal, bem como “un difícilmente justificable trato desigualitario respecto a los extranjeros residents legales o los nacionales condenados por idénticos delitos en cuya comisión incluso pudieron participar con la persona a quien se expulsa.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 32). Tanto isso é verdade que Asúa Batarrita (2002) refere que a maioria dos casos em que o próprio condenado pleiteia a aplicação do art. 89 são casos nos quais a medida se mostra com um conteúdo aflitivo inferior ao representado pela prisão.

Quer dizer: a expulsão prevista no art. 89, em razão da desigualdade de seus efeitos, dificulta a sua aplicação racional no marco de análise das consequências do delito, uma vez que o significado e a aflitividade carregados variam de acordo com o delito e as circunstâncias do condenado. Como adverte Asúa Batarrita (2002, p. 48), “no significa lo mismo para quien emigra por desesperación en busca de trabajo, que para quien mantiene sobrados recursos en otro país y llega a España para ampliar las posibilidades de negocios clandestinos.”

Em última análise, o art. 89 evidencia uma política criminal seletiva de controle assentada sobre um único dado: que o seu destinatário seja um residente ilegal. Em virtude disso, “su pretensión no puede definirse más que como inocuidadora, de exclusion y apartamiento social.” (MAQUEDA ABREU, 2001, p. 513). Na expressão de Lorenzo Copello (2004, p. 30), uma análise do art. 89 revela “su carácter de mero instrumento ejecutor de una política inocuidadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales en nuestro país.”

Em razão disso, o art. 89, ao lado do art. 270 e do art. 318bis do Código Penal espanhol configuram medidas que demonstram a influência de interesses estritamente “defensivistas” decorrentes de políticas de controle migratório que cada vez mais se valem de pautas punitivas. Ocorre que esses interesses invariavelmente são extrapenais e relegam a segundo plano as finalidades típicas do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Em decorrência destas constatações, é possível a conclusão de que se vivencia, no que se refere ao tratamento penal da imigração irregular na União

Europeia e, particularmente, na Espanha, o abandono de um modelo de Direito Penal do fato e a consolidação de um modelo de Direito Penal orientado pela ideia de exclusão (de autor). Isso fica evidente quando se constata que não se busca, por meio das medidas penais gestadas para o “combate” à imigração irregular – a exemplo das acima analisadas – a “ressocialização” ou a “reeducação” dos imigrantes: elas se voltam, precipuamente, à sua exclusão/inocuidade.

A esse respeito, Llinares (2008, p. 25-26) assinala, em comentário à medida de expulsão dos estrangeiros prevista no art. 89 do Código Penal espanhol, que esta sanção não busca confirmar a vigência da norma, nem motivar o cidadão a não realizar o comportamento delitivo, tampouco trata de reintegrá-lo na sociedade em caso de desvio: pretende-se, tão somente, excluir o não desejado, o que permite identificar dita medida com o Direito Penal do inimigo defendido por Jakobs, uma vez que se está diante de um instrumento executor de uma política meramente inocuidadora¹⁵².

Nesse rumo, a antecipação da intervenção punitiva ao momento prévio à efetiva lesão de bens jurídicos – como se evidencia a partir da análise do tipo básico previsto no art. 318bis –, bem como os flagrantes casos de desproporção das penas verificados nos tipos investigados, também permite a identificação deste modelo com aquele preconizado na obra de Jakobs. Isso sem falar na supressão sistemática de garantias típicas de um processo penal democrático.

A subalternidade e a vulnerabilidade que caracterizam os sujeitos migrantes em todos os planos da vida social penetra, desse modo, o funcionamento do sistema penal, determinando a seletividade negativa por meio da qual são confrontados os comportamentos infratores desses sujeitos. Isso demonstra que o racismo e a xenofobia, estruturalmente inseridos na sociedade tendem a ser reproduzidos e amplificados por meio da atuação do sistema punitivo (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

No caso do art. 318bis do Código Penal espanhol isso se mostra bastante evidente: por um lado, apresenta-se o imigrante como sujeito

¹⁵² Segundo Brandariz García (2011, p. 83), “en las sanciones previstas de forma específica para los migrantes, como la expulsión (administrativa y penal), el internamento o una prisión no seguida de puesta en libertad, sino de expulsión, emerge con claridad la prevención especial negativa, esto es, la exclusión como finalidad primordial.”

vulnerável, como vítima do delito; por outro lado, criminaliza-se o mero fato de prestar-lhe ajuda em seu intento migratório. Como refere Cancio Meliá (2005), trata-se de um dispositivo que lança uma mensagem hipócrita, visto que aparentemente se interessa pelo imigrante, mas que, em última análise, converte sua própria presença em uma ameaça de caráter criminal.

Nesse sentido, Donini (2009, p. 69) refere que

el extracomunitario irregular es, por tanto, una persona a excluir, un 'enemigo', en el sentido de que se usa contra él el instrumento penal solo para excluirlo: no valen o son meramente formales y ficticios los principios del 'merecimiento' de la pena, los criterios ordinarios de la ofensa y de la culpabilidad, de la proporcionalidad retributiva y de las finalidades de recuperación. El hombre, aquí, es solo un '*alien*' que es devuelto al remitente.

Isso significa dizer, em outras palavras, que a política criminal que tem orientado as medidas punitivas voltadas ao combate à imigração irregular tem ocasionado um retrocesso rumo à conformação de um modelo de Direito Penal de autor, no qual “la razón de ser de la punición (o de una respuesta sancionatoria agravada) no consiste en el hecho cometido, sino en el tipo de autor”, seja porque “falta el hecho que es sustituido por un sujeto 'antijurídico', o porque el 'hecho' existe pero es sintoma de un juicio sobre el autor: es verdad que no se quiere la comisión del 'hecho', pero porque en realidad es su autor quien resulta indeseable. (DONINI, 2009, p. 62).

Em todas essas medidas, como observa Rodotà (2008), uma simples condição pessoal, qual seja, o fato de *ser* estrangeiro, é convertida em delito, fulminando qualquer possibilidade de apreciação do direito fundamental à igualdade. Em outras palavras: verifica-se a construção de uma categoria de sujeitos associados à condição de elementos perigosos, de “inimigos”, por meio de seu tratamento penal tecnicamente diferenciado, peculiar. Como observa Cancio Meliá (2005), busca-se assegurar a identidade dos sujeitos representados pela norma, os “excludentes”, mediante a exclusão dos inimigos, os “excluídos”.

O funcionamento seletivo e mais severo do sistema punitivo em relação aos imigrantes em situação irregular demonstra, efetivamente, que, agregado ao ilícito cometido, evidencia-se “una suerte de infracción originaria que se deriva de su propia condición de *alien*.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 105).

Desse modo, pode-se afirmar que, além da norma penal concreta, o migrante em situação irregular infringe a norma materialmente subjacente que exige dele um *plus* de obediência e um comportamento neutro em razão de sua peculiar condição em face da sociedade que o controla e sanciona.

Nesse sentido, a lição foucaultiana acerca do poder *configurador* do sistema penal se revela, isento de dúvidas. Com efeito, no caso das medidas punitivas voltadas à questão da imigração irregular, verifica-se que elas não são apenas mecanismos negativos cujo objetivo é “reprimir, impedir, excluir, suprimir”, mas que estão diretamente relacionadas “a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar”, de modo que se “se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções.” (FOUCAULT, 1987, p. 27).

Os imigrantes ilegais, no contexto de guerra global delineado no primeiro capítulo, são simplesmente tomados como *perigosos*, como se essa periculosidade fosse um dado ontológico. E, como ressalta Butler (2009, p. 108), se uma pessoa ou um grupo são considerados perigosos – e não é necessário provar nenhum ato perigoso para estabelecer a verdade sobre este fato –, então o Estado converte essa população em perigosa, privando-a unilateralmente da proteção legal que corresponde a qualquer pessoa sujeita a leis nacionais e internacionais. Nesses casos, portanto,

se trata ciertamente de personas no consideradas como sujetos, de seres humanos no conceptualizados dentro del marco de una cultura política en la que la vida humana goza de derechos legales y está asegurada por leyes –seres humanos que por lo tanto no son humanos–.

Ou seja, o Direito Penal que vem sendo gestado para o combate à imigração irregular configura uma “corrupção” do direito penal liberal, uma vez que trata como “proibido”, “reprovável”, “perigoso”, não o ato em si, mas uma “forma de ser” do autor, qual seja, a sua condição de migrante irregular. E isso representa um retrocesso inadmissível, uma vez que, por meio de um modelo tal de Direito Penal, não se reconhece e tampouco se respeita a autonomia moral da pessoa, quer dizer, sua dignidade humana.

Retomando a discussão realizada no primeiro capítulo, permite-se aqui evidenciar os contornos biopolíticos das medidas adotadas pelo Estado espanhol no sentido de controle dos fluxos migratórios. Tratam-se de medidas que não são orientadas pela lógica da disciplina, uma vez que não se trata de uma normalização reabilitadora que atende e opera em relação a sujeitos individuais. Pelo contrário, a expulsão, assim como a internação administrativa e a prisão, não objetivam o controle do indivíduo concreto, mas a normalização do conjunto dos imigrantes – nesse caso, tanto os que vivem em situação regular quanto os que estão em situação irregular –, por meio da atemorização pelo exemplo, ou seja, pela disseminação do medo. Afinal, a disseminação do medo, a virtualidade da morte, é que viabilizam, em última instância, como salienta Foucault (2010), um controle absoluto dos corpos.

Nesse sentido, Brandariz García (2011, p. 103) assevera que, retomando a distinção foucaultiana entre dispositivos disciplinares e biopolíticos de poder, “cabe apreciar la presencia de una amplia operación biopolítica de gobierno de los migrantes, en cuanto grupo poblacional de riesgo.”

Tais constatações, refere Donini (2009, p. 61), permitem inferir a evidência de que “*nos encontramos en los confines con la biopolítica*”, ou, em outras palavras,

con aquel ámbito donde el poder soberano disciplina el estatus de quien no tiene derechos de ciudadanía y se manifiesta al Estado por ser simplemente un ‘cuerpo’, con su identidad física, sexual, étnica, geográfica, etc., sobre el cual el poder dicta las leyes, comenzando así a asignar o negar derechos *en razón de las ‘corpóreas’ o, en el tipo penal, de proveniencia geográfica.*

Efetivamente, a “emergência imigração”, com suas correspondentes leis excludentes que condenam à clandestinidade boa parte dos imigrantes, tem contribuído para a construção de uma categoria de seres humanos carentes de direitos e garantias, ou seja, uma categoria de não-pessoas, de indivíduos sem direitos, mas submetidos constantemente a controle policial. E, como salienta Monclús Masó (2002, p. 175-176), “si ello es así ya en el momento de creación de la ley, cuando la misma sea aplicada por las instancias encargadas de su aplicación [...], no nos debe sorprender que la función de tales instancias sea

hacer efectiva esa exclusión de los extranjeros que previamente ha configurado la ley.”

A figura do *homo sacer* agamberiana é aqui perfeitamente identificada. Ainda mais porque essas categorias de não-pessoas estão sendo desenhadas por meio de normas jurídicas, o que permite concluir pela manutenção, por meio dessas normas, do nexos originário entre direito e violência: os migrantes irregulares – assim como os prisioneiros de Guantánamo e, retrocedendo mais na história, os prisioneiros dos campos de concentração nazistas – são objeto de uma pura dominação de fato, absolutamente excluídos da lei e do controle do judiciário. São vidas que não merecem ser lamentadas, que não contam como humanas, portanto, e que caracterizam, na ótica de Agamben (2010), a chamada “exclusão inclusiva”.

Não se afigura necessário, nesse contexto, esperar um estado de exceção total para que se possa ver funcionar a máquina soberana em todo o seu esplendor e contemplar sua infinita produção de *homo sacer*. Demonstra-se, por meio das normas analisadas, que mesmo dentro da política “normal” existem ilhas de exceção que necessitam criar a figura do *homo sacer* para lograr que o direito chegue à vida mesma. No caso dos imigrantes em situação irregular na Espanha isso é hialino.

Os imigrantes em situação irregular vivem em um estado moribundo, submetidos a sucessivos processos de exclusão que paulatinamente os submetem a mais e mais violência. Essas sucessivas cesuras os transformam em mera *vida nua*, ou seja, vida matável (*zoé*). De fato, os imigrantes em situação irregular, pela sua própria condição, não conseguem se normalizar do modo imposto pelo direito. Em razão disso, uma vez catalogados como perigosos, submetem-se a sofrer a suspensão do direito, o que, por sua vez, os coloca em uma situação de exceção, quando o Estado realiza a separação entre os direitos dos cidadãos autóctones da mera vida nua dos migrantes. Nessa situação de vulnerabilidade extrema, os imigrantes são expostos às mais variadas formas de violação sem que possam invocar qualquer norma jurídica em sua defesa. A lição de Foucault (2010), abordada no segundo capítulo, de acordo com a qual o controle biopolítico não significa simplesmente a morte direta, mas também a indireta, por meio da multiplicação do risco, da

exposição maior à morte de determinados estratos, é aqui perfeitamente vislumbrada.

Evidencia-se que, no caso dos imigrantes irregulares, o direito inclui a vida por meio da ameaça de morte. Mas isso não significa que a morte seja sempre o fim do direito: pelo contrário, a situação da vida tomada pelo império do direito não é nem puramente negativa nem puramente positiva, mas sim em seu estado de “bando”, de abandono, que não significa nem mero esquecimento nem mera exclusão, mas sim habitar em uma zona gris de indistinção, de exclusão includente, que permite que no estado de exceção ninguém esteja protegido pela lei, mas que, ao mesmo tempo, seja objeto de toda a sua força (força de lei). Trata-se de corpos abandonados que, despossuídos da lei, quedam-se sujeitos ao poder total do soberano.

As condicionantes econômicas do controle dos fluxos migratórios na Espanha permite uma aproximação ainda maior do tema com a biopolítica: como destacado no capítulo primeiro, a biopolítica enquanto forma de “gestão da vida de uma população determinada” pressupõe necessariamente uma dimensão violenta, que reside na exigência da morte em massa e/ou vulnerabilização extrema do “outro” para a garantia das condições ótimas de desenvolvimento. Nesse sentido, um elemento chave para a compreensão do racismo é justamente a sua função na perpetuação de situações de poder e domínio. E não se pode negar, a propósito, que o imigrante – regular ou irregular – cumpre com um papel fundamental em setores chave da economia espanhola, enquanto mão-de-obra hiperexplorada: “para mantener el dominio que permite este nivel de explotación, los procesos de criminalización son tremendamente eficaces.” (WAGMAN, 2003, p. 256).

As contínuas cesuras, delimitações entre o que está “dentro” (*bíos*) e o que está “fora” (*zoé*), são fundamentais para extremar a vida politicamente relevante da vida sacra, passível de ser impunemente eliminada – e os números cada vez maiores de imigrantes mortos em seu intento migratório são prova disso. Ademais, a vida sacra, enquanto não eliminada, deve ser modulada, por meio da permanência indeterminada da exclusão, de modo a contribuir para a obtenção dos objetivos da biopolítica. Privados de todos os direitos e expectativas geralmente relacionados à existência humana, e biologicamente ainda vivos, os migrantes ocupam um espaço-limite entre a

vida e a morte, entre o interno e o externo. Desligados de seu estatuto político normal, eles são abandonados, em estado de exceção, às mais extremas peripécias e sofrimentos. Afinal, como salienta Giacoia Junior (2013, p. 70), “a vida nua é a do banido, do sem lei, daquele a quem o ordenamento jurídico-político não concede nenhuma proteção ou garantia, ou [...] a quem o ordenamento se aplica por desaplicação, se exerce por suspensão, e que, portanto, mantém cativo por exclusão.”

O racismo e a xenofobia exercem, aqui, seu papel fundamental, muito bem espelhado nas políticas migratórias europeias e – particularmente – espanholas. São eles que viabilizam, na biopolítica, a função da morte e da exclusão/neutralização daqueles estratos sociais considerados irrelevantes ou inconvenientes – e, como salienta Wagman (2003), desde o holocausto nazista, com milhões de judeus, ciganos e eslavos assassinados em câmaras de gás, passando pelas limpezas étnicas ocorridas na ex Iugoslávia, temos bons exemplos de até onde podem chegar as agressões pautadas em crenças racistas ou xenofóbicas. A produção de uma sobrevivência modulável, maleável, constitui a tarefa principal do biopoder nesses casos. E os migrantes em situação irregular são transformados, na contemporaneidade, em uma espécie de “suporte” no qual se concentra e decanta a soberania biopolítica, ou seja, a tomada integral da vida pelos dispositivos de poder. Daí falar-se em um biopoder no sentido positivo e produtivo.

Diante do panorama até aqui esboçado, o estado d’arte da questão da imigração no Brasil convida à reflexão. Isso porque o país vem se consolidando como uma das economias mundiais mais importantes, e começa a atrair a atenção dos imigrantes: segundo dados do Ministério da Justiça, estima-se a presença, até junho de 2011, de cerca de 1,5 milhão de estrangeiros em situação regular no Brasil, a maior parte deles de origem boliviana, chinesa, portuguesa, e paraguaia¹⁵³.

Ademais, o Brasil ainda não possui uma regulamentação jurídica adequada do tema, razão pela qual os imigrantes aqui residentes – particularmente os que se encontram em situação irregular e sem qualificação suficiente para o mercado de trabalho – tem enfrentado uma política

¹⁵³ Dados disponíveis em: <www.portal.mj.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2014.

securitarista e autoritária – notadamente por meio da atuação da Polícia Federal – que se aproveita da margem discricionária que o “vácuo legislativo” acerca do tema proporciona.

Mas, no que tange à imigração, é realmente necessária a construção de um marco regulatório minucioso? Ou seria necessário apenas desconstruir marcos existentes? Eis o tema com o qual se ocupa o capítulo final.

3 O TRATAMENTO DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL: a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem

“Essencial é, em todo caso, que a comunidade humana seja aqui definida, em relação àquela animal, através de um conviver (syzen adquire aqui um significado técnico) que não é definido pela participação numa substância comum, mas por uma condissão puramente existencial e, por assim dizer, sem objeto: a amizade, como com-sentimento do puro fato de ser. Os amigos não

condividem algo (um nascimento, uma lei, um lugar, um gosto): eles são com-divididos pela experiência da amizade. A amizade é a divisão que precede toda divisão, porque aquilo que há para repartir é o próprio fato de existir, a própria vida. E é essa partilha sem objeto, esse com-sentir originário que constitui a política.”
(Giorgio Agamben)



A imagem¹⁵⁴ escolhida para a abertura do capítulo final desta tese retrata uma cena do filme “A excêntrica família de Antônia”, uma co-produção entre Holanda, Bélgica e Inglaterra ganhadora do Oscar de Melhor Filme Estrangeiro em 1995. Escrito e dirigido pela diretora holandesa Marleen Gorris, o filme retrata a história de Antônia, que assume posição de “estrangeira” ao retornar – por ocasião da morte de sua mãe –, depois de vinte anos, acompanhada de sua filha, ao pequeno vilarejo onde nasceu.

A condição de estrangeira de Antônia se estabelece em razão do fato de que ela destoa dos hábitos da maioria dos habitantes do vilarejo, e questiona-os veementemente no decorrer do filme. É justamente essa condição de “estranha” – decorrente do fato de ter vivido muitos anos longe dali – que a transforma em uma pessoa mais forte e segura, preparada para enfrentar as

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://pensandocinema.arteblog.com.br/68788/A-Excentrica-Familia-de-Antonia/>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

diversas formas de preconceito arraigadas na população do local, principalmente aqueles relacionados precisamente com a dificuldade em aceitar e conviver com o “diferente”.

De fato, a maior parte dos personagens que Antônia encontra em situação de vulnerabilidade social ao retornar ao vilarejo são os “anormais”: a portadora de necessidades especiais DeeDee, silenciosa e sistematicamente violentada sexualmente pelo irmão mais velho, com a conivência do pai; o Boca Mole, portador de déficit cognitivo explorado como mão-de-obra barata para a realização de trabalhos árduos na lavoura; Dedo Torto, um filósofo pessimista estudioso de Schopenhauer e Nietzsche que vive trancafiado em sua biblioteca; a Madona Louca, que uiva em noites de lua cheia, cultivando um amor platônico pelo vizinho Protestante, entre outros.

Em uma das cenas mais belas do filme, Antônia é seguida pelo grato Boca Mole em procissão pelo vilarejo, depois de tê-lo libertado da condição de semi-escravo em que era mantido por um fazendeiro local. Paulatinamente, assim como Boca Mole, Antônia vai acolhendo em sua “excêntrica família”, todas as personagens que eram alvo de preconceito pelos moradores locais. Estes atos de “resgate” perpetrados por Antônia são marcados pelo seu caráter de profanação, ou seja, de desativação de dispositivos de poder em operação naquela localidade até o momento da sua inquietante chegada.

Com efeito, Antônia não hesita em quebrar pouco a pouco todos os tabus locais. Ela se permite a profanação e, com isso, alcança a transformação da mentalidade dos habitantes do vilarejo. Em uma das cenas, ela entra com tranquilidade no bar, um espaço que até aquele momento era exclusivo para os homens, e enfrenta um dos fazendeiros locais em pé de igualdade, para estupefação/admiração dos presentes.

Ao longo do filme, a família de Antônia vai sendo composta como um grupo aberto, formado principalmente pelas pessoas excluídas da sociedade – seja por questões psicológicas, cognitivas, ou até mesmo porque pensavam de modo oposto ao “ethos” cultivado pelos moradores da aldeia – a exemplo de sua filha, Danielle, que passa a viver uma relação homoafetiva com a professora de sua neta. As cenas de confraternização de todos ao redor da mesa posta no jardim da casa de Antônia mostram o crescimento da família, e significam o renovar da vida do vilarejo, a partir de uma nova lógica: a da

hospitalidade, da tolerância às diferenças e do afeto. Antônia arrosta da sua comunidade todos os fatores negativos: nela, tudo é inclusão, pertencimento, propriedade e possibilidade. Não há, na família de Antônia, uma lógica de inclusão/exclusão: ninguém é obrigado a cumprir requisito algum, tampouco justificar-se ou reparar-se. Resta a cada um apenas “ser-tal-qual-é”. E é exatamente isso que permite, ao longo da história, o desvelamento das *peessoas* outrora escondidas pelos estereótipos.

É justamente a postura adotada por Antônia no acolhimento dos “anormais” que será utilizada, no presente capítulo, como paradigmática para a (des)construção de um marco regulatório adequado para o tratamento da imigração no Brasil. Partir da consideração do imigrante enquanto pessoa humana dotada de conhecimentos, linguagens, habilidades e capacidades criativas, enxergar nos movimentos migratórios, para além da ameaça ao modelo de Estado de Bem-Estar ou ao mercado de trabalho, uma possibilidade de “algo mais” e de “renovação”, permitir-se a profanação, portanto, é o que viabilizará que se careça de qualquer interesse na utilização do Direito Penal para a regulação de fluxos migratórios.

Nesse sentido é que o filme escolhido para o capítulo de encerramento da tese – ao contrário das obras que introduzem os capítulos anteriores – se afigura importante para a análise da temática aqui proposta: a história de Antonia e sua excêntrica família revela uma forma absolutamente diferente de abordar as singularidades de cada um, permitindo, dessa forma, relacioná-lo com o câmbio paradigmático aqui proposto.

3.1 Os padrões migratórios no Brasil e os paradigmas orientadores da legislação brasileira sobre o tema: o problema da gestão da imigração a partir da lógica da “segurança nacional”

O Brasil historicamente acolheu milhares de imigrantes: primeiramente, os colonizadores; posteriormente, os trabalhadores, sejam eles escravos africanos ou, em um segundo momento, trabalhadores livres pobres europeus (e, em menor escala, japoneses), por meio de políticas que buscavam fomentar

a imigração colimando o “branqueamento” da população¹⁵⁵. Daí a afirmação de Lopes (2009, p. 165-166) no sentido de que, no intento de construção da “nação” brasileira, “foi forjada a própria população”, razão pela qual não se pode falar em “*homogeneidade populacional* entre indígenas, colonizadores, escravos, degredados, missionários e aventureiros.”

Como salientado no capítulo precedente, o Brasil, na época da sua colonização, funcionou como uma espécie de “área vazia” – particularmente após o extermínio massivo dos povos indígenas que aqui habitavam¹⁵⁶ – cujo objetivo era funcionar como uma espécie de “depósito” – na arguta expressão de Bauman (2005) – dos excedentes que o progresso econômico produzia então na Europa. Em um primeiro momento, portanto, a imigração foi fomentada para atender aos interesses da corte de Portugal e garantir a “ocupação” do território recém “descoberto”. Nesse ponto, é importante lembrar de uma ressalva feita por Assad (2012, p. 11), no sentido de que os holandeses, portugueses, franceses, espanhóis e, posteriormente, italianos, japoneses, chineses e latino-americanos que chegaram ao Brasil entre os séculos XVI e XVII, não podem ser considerados imigrantes, uma vez que “foram enviados pelo governo de seus países com o objetivo de colonizar o Brasil; são tidos como colonizadores”.

Posteriormente, o fluxo de escravos representou o mais numeroso conjunto de imigrantes forçados que aportaram em terras brasileiras¹⁵⁷. Também aqui é importante ressaltar, de acordo com Assad (2012, p. 11), que

¹⁵⁵ De acordo com Lopes (2009, p. 167), “o incentivo à incorporação de imigrantes europeus é contraditório. Ao mesmo tempo que a incorporação de alemães, poloneses, italianos pretendia ‘branquear’ o Brasil, os imigrantes europeus que foram chamados para integrar projetos de colonização incentivados pelo governo a partir da segunda década do século XIX, foram concentrados geograficamente no sul do país. Como ali era reduzida a presença de escravos e também de indígenas (que, perseguidos pelos bandeirantes, ou haviam sido escravizados, ou dizimados, ou buscado proteção nas *missões*) não havia mesmo com quem ‘miscigenar’. Nada obstante, não se nega que, além disso, os imigrantes apresentavam tendências ‘eticizantes’, razão pela qual essas colônias do sul, num segundo momento, passaram a ser objeto de preocupação quanto ao seu potencial desagregador. Não é por outro motivo que durante a ditadura de 1937-1945, a política nacionalista, dentre outras medidas repressivas, levou à proibição do ensino de línguas estrangeiras (1937), seguida posteriormente da proibição de falá-las em público (1939).”

¹⁵⁶ De acordo com Carvalho (2008, p. 20), “calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. Os que escaparam ou se miscigenaram ou foram empurrados para o interior do país.”

¹⁵⁷ Levy (1974, p. 50) estima em 3 milhões o número de escravos africanos traficados para o Brasil entre os anos de 1550 e 1850. Já Carvalho (2008) refere que, do início do tráfico até o ano de 1850, foram trazidos para o Brasil cerca de 4 milhões de escravos.

“os negros trazidos da África como escravos, não são considerados migrantes, pois vieram para cá como prisioneiros em navios negreiros.”

Mais tarde, por volta do século XIX e até o primeiro quarto do século XX, em virtude da abolição da escravatura, uma nova leva de migrantes começa a chegar ao Brasil, com o objetivo de atender a demanda crescente por mão-de-obra na agricultura e também na incipiente indústria nacional. Isso porque a abolição da escravidão no país não tinha por objetivo a incorporação dos escravos à sociedade, o que “gerou a necessidade de atração de novos imigrantes para manter em funcionamento a economia agrícola.” (LOPES, 2009, p. 166)¹⁵⁸. De acordo com dados da Organização Internacional para as Migrações (2010, p. 10), neste período chegaram ao país mais de 800.000 imigrantes italianos e até meados do século XX mais de 200.000 japoneses. Segundo Levy (1974, p. 52), no final do século XIX e início do século XX, o Brasil recebeu cerca de 4,4 milhões de imigrantes, originários, em sua maior parte, de Portugal, Itália, Espanha, Japão e Alemanha.

Evidencia-se, então, que no Brasil a imigração inicialmente foi tratada de uma forma bastante utilitarista, ou seja, “sempre vinculada com interesses de povoamento, substituição de mão-de-obra e constituição da identidade nacional.” (LOPES, 2009, p. 168-169). Paradoxalmente, ao caráter “acolhedor” do país sempre correspondeu uma legislação bastante restritiva dos direitos dos migrantes. Como salienta Silva (2007, p. 142), o sujeito estrangeiro deveria se ajustar a uma imagem que se exigia dele, qual seja, “à de trabalhador honesto, qualificado e exemplar, e sempre ausente das questões políticas nacionais”, razão pela qual “não lhe era permitido qualquer tipo de manifestação que interferisse na ordem nacional, principalmente aquelas ligadas à natureza política, sindical ou operária.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ No mesmo sentido, Patarra e Fernandes (2011, p. 160-161) asseveram que “a abolição da escravidão proporcionou um novo cenário e trouxe consigo novos desafios; a grande expansão da produção cafeeira associada à falta de um contingente satisfatório de trabalhadores no território nacional possibilitou a abertura do Brasil para a imigração. Um período de imigração em grande escala da Europa para a América, em especial para o Brasil, aconteceu entre 1870 e 1930.”

¹⁵⁹ O excerto de uma reportagem publicada no jornal “O Paiz” em 19 de setembro de 1917, sob o título “Os Indesejáveis”, evidencia a posição da sociedade brasileira em face do imigrante: “Por maior que seja a hospitalidade que oferecemos a todos os estrangeiros que procuram o Brasil; por mais premente que seja a necessidade de incrementarmos o povoamento do nosso solo, não poderíamos ir ao extremo de transigir, eternamente com os imigrantes que não

É nesse contexto que surge a chamada “Lei dos Indesejáveis”¹⁶⁰, criada em 1907, tendo por objetivo a expulsão de estrangeiros acusados de anarquismo¹⁶¹, exploração sexual, mas também de vagabundagem, vigarice e delitos patrimoniais. Segundo Shettini (2012, p. 56), nos debates parlamentares da época, “era evidente o temor provocado pela figura do anarquista estrangeiro, que corporificava o ‘outro’ da nação, devendo ser extirpado.” Essa legislação, para a referida autora, pode ser considerada como apenas mais um sintoma da repressão ao movimento operário, muito presente na época. Daí uma possível explicação para as arbitrariedades que, com base nela, foram perpetradas pelo Poder Executivo¹⁶².

Sobre o tema, Silva (2007, p. 144) assevera que os processos de expulsão de estrangeiros no período entre 1907 e 1930, de acordo com fontes históricas localizadas no Arquivo Nacional, demonstram a arbitrariedade e as injustiças cometidas contra muitos imigrantes, expulsos “por desemprego ou por participar em movimentos sindicais, sem qualquer direito à defesa”, em uma clara manifestação de mixofobia.

A partir de 1930, também se observam no país medidas restritivas à entrada de imigrantes internacionais, o que representava um reflexo da crise econômica mundial vivenciada em 1929 que teve consequências importantes

querem corresponder ao acolhimento amigo que lhes dispensamos e, cuja permanência, entre nós, passa assim, a ser, de fato, indesejável.” (SILVA, 2007, p. 142).

¹⁶⁰ Os discursos do Senador Adolpho Gordo sobre o tema (nas sessões da Câmara dos Deputados de 29 de novembro e 14 de dezembro de 1912), bem como o texto integral da referida lei, podem ser consultados em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/gordo.html#3>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

¹⁶¹ Como refere Shettini (2012, p. 59-59), “o anarquismo era articulado como ameaça principal. Às vezes, no entanto, ele aparecia combinado a outras ameaças mais difusas, que se opunham ‘à segurança nacional e à ordem pública’. Assim, as referências a caftens, ladrões, mendigos e bandidos, juntamente com os anarquistas, reuniam diversas formas de não trabalho (assalariado) sob uma mesma denominação – indesejáveis – que ganhava, então, sentidos morais e políticos.”

¹⁶² Segundo Shettini (2012, p. 60), “o processo de expulsão também estava nas mãos da polícia. Mas as instruções para a execução da lei estabeleciam alguns procedimentos específicos, porque, além da ampla e indefinida figura de ameaça à ‘segurança nacional’, a lei também mencionava, especificamente, como motivos da expulsão, ‘a vagabundagem, a mendicância e o proxenetismo competentemente verificados’. Quanto às duas primeiras modalidades, o auto de prisão em flagrante era prova suficiente para fundamentar a expulsão. Mas, no caso do proxenetismo, era necessário um inquérito policial que reunisse ‘documentos de reconhecida força probatória’, ou pelo menos a declaração de ‘duas testemunhas insuspeitadas que afirmem a verdade do fato’. O inquérito era levado ao ministro da Justiça e as portarias de expulsão eram emitidas, em geral, para casos individuais.”

para a cultura cafeeira no Brasil. Estas restrições implicaram a fixação de cotas de imigração nas Constituições de 1934 e de 1937¹⁶³.

Outrossim, como assevera Lopes (2009), os governantes da época preocupavam-se com a instabilidade interna que poderia advir da formação de pólos de imigrantes, o que eventualmente significaria o surgimento de uma economia, uma cultura e uma política paralela e até mesmo oposta à do governo central. Em razão disso, o primeiro “Estatuto do Estrangeiro” que vigorou no país, qual seja, o Decreto-Lei nº 406, de 1938, determinava que “nenhum núcleo colonial, centro agrícola, ou colônia fosse constituído por estrangeiros de uma só nacionalidade.” No período histórico apontado, a demanda por força de trabalho na economia foi suprida pelas migrações internas ocorridas no país (PATARRA, 2012).

Nesse período, a imigração seguia sendo tratada de modo utilitarista – evidenciando, portanto, os contornos biopolíticos das políticas migratórias brasileiras. Em um período de desenvolvimento das indústrias e das cidades, buscava-se a figura do imigrante ideal, imprescindível para o progresso do país, a exemplo do agricultor, do técnico e do operário qualificado. Esse era o teor dos discursos oficiais acerca do tema, tanto que Getúlio Vargas se utilizava de meios de comunicação a favor do Estado para buscar o perfil do imigrante desejável para o desenvolvimento do país, principalmente por meio da “Revista de Colonização e Imigração”, que durante o Estado Novo, foi “porta-voz de um pensamento racista, legitimador da política discriminatória do governo Vargas em relação aos estrangeiros.” (SILVA, 2007, p. 145)¹⁶⁴.

Por meio desses discursos, é possível falar em um processo de desumanização do imigrante: ele passa a ser tratado como um *objeto*, portador de características que poderiam ou não interessar ao país receptor, de modo que “o imigrante apenas interessava quando vinha compactuar com a criação de uma identidade nacional, tomando parte na construção do futuro trabalhador

¹⁶³ O art. 121 da Constituição de 1934 e o art. 151 da Constituição de 1937 estabeleceram uma cota de no máximo 2% sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos, aplicada por nacionalidade.

¹⁶⁴ Na edição de janeiro de 1941 da referida Revista, lê-se: “Ao Brasil se impõe o dever de acelerar o processo de adaptação dos estrangeiros e seus descendentes, a sua aculturação, a sua integração, numa certa consciência política ou sensibilidade coletiva, fora da qual o indivíduo será uma negação dentro do Estado.” (SILVA, 2007, p. 145).

brasileiro, e não como elemento de desagregação e discórdia.” (SILVA, 2007, p. 145).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, os fluxos migratórios para o Brasil foram praticamente interrompidos, o que também pode ser analisado a partir de políticas restritivas de imigração adotadas pelo país na época, como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 3.175, de 1941, que suspendia a concessão de vistos temporários para a entrada de estrangeiros (exceto americanos, e aqueles que pudessem comprovar posse de meios de subsistência)¹⁶⁵, bem como vistos permanentes (exceção feita a portugueses e familiares de brasileiros em geral)¹⁶⁶. Na Constituição de 1946, o caráter restritivo e seletivo da política migratória também ficou evidenciado: o art. 162 do texto constitucional dispôs que a seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes seriam sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional.

Na segunda metade do século XX, a imigração para o Brasil seguiu incipiente, sendo que tal fato, “associado à praticamente inexistente emigração, indicava que até meados dos anos 1980 o Brasil, em termos demográficos, poderia ser considerado um país fechado à migração.” (PATARRA, 2012, p. 10). Efetivamente, a partir da década de 1970, quando o país estava em franco processo de industrialização, com uma população praticamente concentrada nos centros urbanos, o interesse em atrair imigrantes decaiu consideravelmente.

Além disso, a introdução da doutrina da segurança nacional pelo regime militar (1967-1986) inspirou uma legislação bastante restritiva dos direitos dos estrangeiros no país: “o nacionalismo se convertia em anticomunismo e o país se *protegia* das influências internacionais. Aos estrangeiros eram impostas várias proibições na área política, de associativismo e de atuação em áreas consideradas estratégicas.” (LOPES, 2009, p. 169).

Isso justifica, em parte, a desconsideração da imigração pelo texto constitucional de 1967: nos mesmos termos do disposto no art. 22, XV, Da

¹⁶⁵ O art. 1º do referido Decreto-Lei dispunha: “Art. 1º Fica suspensa a concessão de vistos temporários para a entrada de estrangeiros no Brasil. Executam-se os vistos concedidos: 1) a nacionais de Estados americanos, 2) a estrangeiros de outras nacionalidades, desde que provem possuir meios de subsistência.” Texto integral disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3175-7-abril-1941-413194-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

¹⁶⁶ Exceções previstas no art. 2º do Decreto-Lei mencionado.

Constituição Federal de 1988, o art. 8º, XVII, “p”, da Constituição de 1967 limitou-se a estabelecer a competência da União para legislar sobre “emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros.” Segundo Lopes (2009, p. 281-282), esta desconstitucionalização da imigração revela uma opção “pela soberania estatal em oposição à autodeterminação pessoal, bastante clara na época da ditadura militar mas que [...] permanece na Constituição de 1988.”

Hodiernamente, ao se consolidar como uma das economias mundiais mais importantes, o Brasil volta a atrair cada vez mais a atenção dos imigrantes. De acordo com Patarra (2012, p. 9), “no período 2008 a 2011 o número de estrangeiros que obtiveram visto de trabalho/residência no Brasil aumentou em 60,0%, passando de 43.993 solicitações atendidas em 2008 para 70.524, em 2011.”

Outrossim, de acordo com dados do Ministério da Justiça¹⁶⁷, o número de estrangeiros que solicitam refúgio no Brasil aumentou consideravelmente nos últimos anos. Imigrantes provenientes principalmente de países que enfrentam grandes crises humanitárias (novas ou relacionadas a conflitos antigos que continuam provocando deslocamentos) realizaram, no ano de 2012, 2.008 pedidos de refúgio, o que representa um aumento significativo em relação ao número de pedidos formulados no ano de 2010 (quando a Polícia Federal apurou 566 solicitações) e 2011 (quando foram registradas 1.138 solicitações de refúgio). De acordo com os dados, em 2012 o Conare (Comitê Nacional para Refugiados, presidido pelo Ministério da Justiça) aprovou 199 pedidos de refúgio [sendo que as nacionalidades que mais tiveram processos deferidos foram os colombianos (53), seguidos por nacionais da República Democrática do Congo (39) e da Síria (37)]. Em março de 2013, o Brasil contabilizava um número total de 4.262 refugiados reconhecidos, sendo a maior parte de angolanos (1.060), colombianos (738) e congolezes (570).

Destaca-se, nesse quadro, o aumento do fluxo de imigrantes bolivianos com destino ao Brasil, em decorrência de problemas relacionados à estrutura

¹⁶⁷ Disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={BB799FA1-9499-42CF-BA8D-CDCB8FFB5A4F}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B60D6A533%2D9B84%2D431A%2D9859%2D0A7710493F17%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

social e econômica da Bolívia, bem como das sucessivas crises econômicas e sociais da Argentina, país que até meados da década de 1990 era o principal destino desses migrantes. No Brasil, a maioria dos imigrantes bolivianos aporta na cidade de São Paulo¹⁶⁸. Trata-se, majoritariamente, de jovens de ambos os sexos, solteiros e que apresentam um nível mediano de escolaridade, encontrando atrativo para migrar para o Brasil principalmente no trabalho nas oficinas de costura, onde lhes são prometidos alojamento e comida grátis, bem como um salário compensador, o que, na prática, nem sempre corresponde à realidade. De acordo com Lopes (2009, p. 415), em muitos casos “os alojamentos costumam estar no mesmo local em que se trabalha, às vezes ao lado das máquinas de costura, em ambientes sem iluminação e ventilação adequada.” Os salários recebidos são invariavelmente menores que os prometidos, e as despesas da viagem “gratuita” acabam sendo descontadas dos rendimentos. Além do trabalho nas oficinas de costura, Silva (2006) destaca que as áreas da prestação de serviços informais e do comércio ambulante também absorvem parte da mão-de-obra boliviana indocumentada que chega à capital paulista¹⁶⁹.

Como na Espanha, a irregularidade da situação dos bolivianos os transforma em vítimas fáceis da exploração no mercado laboral. Na indústria do vestuário, por exemplo, com o ingresso crescente de produtos chineses no mercado brasileiro, torna-se cada vez mais difícil a produção de roupas com preços que possam competir com o das importadas. A mão-de-obra boliviana, nesse sentido, é utilizada para viabilizar a confecção de peças com preços

¹⁶⁸ De acordo com Silva (2006, p. 160), “a presença boliviana é um fato consolidado na cidade de São Paulo, seja pela manutenção do fluxo migratório ao longo da década de 1990, tornando-se o grupo mais numeroso entre os hispano-americanos que vivem na cidade, seja pelo fato de que novas famílias começaram a se formar em São Paulo, em geral de forma endogâmica. Outro elemento balizador desse processo migratório na cidade é a existência de várias organizações socioculturais criadas por eles nos últimos anos. Entre elas, destacam-se a Associação dos Residentes Bolivianos e o Círculo Boliviano, as mais antigas na cidade, a Associação Interligas, que reúne times de futebol, as várias Fraternidades Folclóricas, a Associação Bolívia/Brasil, que defende os interesses dos oficinistas, a Associação Gastronômica Praça Kantuta, entre outras.”

¹⁶⁹ A geógrafa Gislene Santos, da Universidade Federal do Paraná, refere que os movimentos migratórios contemporâneos no Brasil apresentam uma tipologia variada. No caso do setor automobilístico, por exemplo, alguns postos de trabalho são reservados para trabalhadores do país de origem, como no caso da montadora Renault em Curitiba. Por outro lado, há demanda de trabalho no setor informal da economia urbana, como serviços domésticos, de confecção e de alimentação, que exigem mão-de-obra menos qualificada e que contempla os migrantes oriundos de países latino-americanos como Paraguai, Bolívia e, mais recentemente, China (ASSAD, 2012, p. 12-13).

baixos. De acordo com reportagem da revista “Isto É” intitulada “A América é aqui”¹⁷⁰, publicada na edição de 03 de agosto de 2005, “enquanto um brasileiro com carteira assinada recebe cerca de R\$ 3 por peça costurada, os indocumentados recebem R\$ 0,30. O preço para o consumidor final é de R\$ 30.” Tal “vantagem” é obtida, também, por meio de uma jornada de trabalho que varia de 14 a 16 horas diárias¹⁷¹.

Por outro lado, esses imigrantes também são alvo de violência. Recentemente, em São Paulo, cresce o número de assaltos aos bolivianos em situação irregular¹⁷². Isso decorre principalmente do fato de que eles são impedidos, pela sua situação de irregularidade ou em virtude de mero preconceito, de abrir contas em instituições bancárias¹⁷³, de modo que

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/8426_A+AMERICA+E+AQUI>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹⁷¹ Na ótica de Souchaud (2012, p. 81), “as oficinas de costura não podem ser consideradas unicamente como lugares de exploração da mão-de-obra imigrante, também são lugares de inserção e ascensão social para numerosos estrangeiros, por que a informalidade e flexibilidade da organização das oficinas também facilitam a integração no mercado de trabalho (primeiro trabalho obtido pelo apoio dos membros do grupo familiar ou étnico), a capacitação profissional (grande parte chegam como ajudante, sem conhecimentos na costura), a realização de um projeto migratório (seja no próprio lugar: tornar-se dono de oficina; seja no país de origem: compra de um lote ou casa), para quem, frequentemente indocumentado, sem conhecimento do mercado de trabalho e com um domínio fraco da língua e dos usos da sociedade do país de destino, teria poucas chances de ficar na cidade de São Paulo.” Em contraponto, Lopes (2009, p. 425) assevera que estar à margem, “ainda que possa ser uma estratégia de mobilidade social, ou até mesmo de simples sobrevivência, implica muitos riscos. Esses riscos decorrem da situação de sujeição perante um sistema de poder bastante desigual, e ademais, desprovido de quaisquer garantias jurídicas.”

¹⁷² Segundo reportagem publicada no Jornal Folha de São Paulo, no caderno Cotidiano, em 7 de julho de 2013, desde dezembro de 2012 foram mortos seis bolivianos em assaltos na capital paulista. Somente no mês de junho de 2013, quatro casas coletivas onde vivem imigrantes bolivianos foram assaltadas. Reportagem disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/117744-prefeitura-diz-que-familia-de-brayan-foi-roubada-4-vezes.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

Um vídeo que retrata bem essa realidade encontra-se disponível em: <<http://tvuol.uol.com.br/video/boliviano-e-esfaqueado-durante-assalto-na-porta-de-casa-04024C193060D8B14326>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹⁷³ É importante salientar que o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), por meio da Resolução Recomendada nº 12/2010, solicitou ao Ministério da Justiça que tomasse providências necessárias para viabilizar que o documento provisório entregue no momento da requisição da Carteira de Identidade de Estrangeiro (CIE) seja aceito como prova de identidade do estrangeiro para fins de exercício de direitos e obrigações como, por exemplo, a abertura de conta corrente em instituição financeira brasileira. Ocorre que se trata de mera comendação, o que, na prática, abre espaço para discricionariedade das agências bancárias. Além disso, muitos dos imigrantes não dispõem de documentos comprobatórios de renda – dada a sua ocupação informal no mercado de trabalho – o que os impede de cumprir com esse requisito para a abertura de conta bancária. O texto integral da sobredita Resolução Recomendada encontra-se disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-recomendada-n-12-18-08-2010.htm>. Acesso em 28 abr. 2014.

acumulam todas as economias em suas casas/alojamentos, que se transformam em alvo de crimes patrimoniais¹⁷⁴.

O estranhamento cultural também faz com que os imigrantes bolivianos sejam constantemente alvo de manifestações xenofóbicas na capital paulista. Como salienta Salgado (2013),

há, em São Paulo, uma cultura xenófoba que classifica os imigrantes bolivianos como 'índios' e 'ladrões de empregos'. Crianças sofrem 'bullying' na escola e o discurso de ódio e racismo se estende inclusive aos professores, que nada fazem para reprimir o preconceito sofrido por essas crianças. Os bolivianos são, hoje, os baianos de ontem em São Paulo, ou seja, sofrem em peso com o preconceito da sociedade. São colocados como culpados por tudo. 'Vocês só trazem cocaína pra cá', muitos escutam. 'Boliviano, vai pra casa. Você veio roubar meu emprego' é o mantra dos xenófobos de São Paulo.

Além disso, por meio da atribuição de estereótipos, os bolivianos residentes em São Paulo são identificados como um grupo homogêneo, desconsiderando-se o fato de que, na verdade, eles são culturalmente diversos (quéchuas, aimarás ou guaranis). A homogeneização decorre do fato de que esta comunidade passa por um processo de estigmatização, seja *sociocultural* (reconhecimento dos imigrantes bolivianos como pessoas de pouca cultura e possíveis traficantes), seja *étnica/racial* (generalização dos bolivianos como índios) e, ainda, *jurídica* (atribuição aos imigrantes bolivianos da alcunha de "clandestinos") (MANETTA, 2012).

Um segundo efeito nocivo decorrente da violência perpetrada contra os imigrantes bolivianos é a sua frequente associação ao conflito e à delinquência, o que gera uma imagem social estereotipada deste coletivo. Preponderante, aqui, tem sido a intervenção dos meios de comunicação de massa na disseminação desta imagem negativa. Ao analisar reportagens veiculadas em 2011 junto ao portal de notícias G1 a respeito dos imigrantes bolivianos¹⁷⁵,

¹⁷⁴ Um caso emblemático dessa forma específica de violência praticada contra os imigrantes bolivianos em São Paulo foi o assalto, em julho de 2013, à casa de uma família que resultou na morte de um menino de cinco anos. Os assaltantes, após invadirem a casa da família boliviana, exigiram dinheiro. O casal e outros parentes que estavam no local entregaram a eles a quantia de R\$ 4.500 reais, mas os assaltantes exigiram mais e passaram a fazer ameaças. Aterrorizado, o menino começou a chorar e um dos invasores, irritado com o choro, atirou na sua cabeça. A reportagem completa encontra-se disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/menino-de-5-anos-morto-em-assalto-em-sao-paulo-e-enterrado-na-bolivia>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹⁷⁵ O autor (2012, p. 264) destaca 16 notícias que estabelecem uma relação direta entre a imigração boliviana e a delinquência/conflito social: "1) (27/05/2011) Brasil tem 20 mil

Manetta (2012) ressalta a predominância de temáticas que associam os bolivianos ao crime e à informalidade: os títulos das reportagens utilizam com frequência termos como “polícia”, “traficante”, “cocaína”, “prisão”, “assassinato”, “documentos falsos”, etc, relacionados à nacionalidade boliviana, o que contribui para a construção de uma imagem pejorativa. Em outros casos, a imagem do boliviano está relacionada a situações humilhantes de miséria e de escravidão contemporânea.

De acordo com Manetta (2012, p. 267),

as condições adversas enfrentadas na Bolívia, ou mesmo durante as diversas etapas migratórias empreendidas até a chegada e estabelecimento no Brasil, não são aspectos levados em conta já que são ignorados no processo de produção e de veiculação de notícias. Em outras palavras, o boliviano, no senso comum, acaba por tornar-se indesejável, com uma trajetória pessoal que não têm importância para membros da comunidade local.

Em síntese, pode-se afirmar que há, em relação aos migrantes bolivianos – tanto em situação regular quanto irregular – um sentimento coletivo de mixofobia, que os relaciona diretamente à insegurança, ao conflito e à delinquência. Até mesmo suas manifestações culturais são compreendidas como “desordeiras” e provocadoras da “degração urbana” (SILVA, 2005, p. 42)¹⁷⁶.

trabalhadores em situação próxima à escravidão; 2) (20/05/2011) Mulher é presa com 5,4 quilos de cocaína em garrafas térmicas em MS; 3) (18/05/2001) PF prende estrangeiros suspeitos de tráfico de drogas em Cumbica; 4) (02/05/2011) Bolivianos são presos com mais de meio quilo de cocaína no estômago; 5) (26/04/2011) Treze bolivianos são presos com documentos falsos no Paraná; 6) (19/04/2011) Bolivianos que transportavam drogas no estômago são presos em SP; 7) (18/04/2011) Onze bolivianos são presos com 145 kg de cocaína em MS; 8) (29/04/2011) Residentes são obrigados por médicos a trabalhar de graça em MG; 9) (13/03/2011) PF e Força Nacional apreendem cocaína com boliviano em MS; 10) (10/03/2011) Boliviano é preso por exercer medicina ilegalmente; 11) (25/02/2011) Bolivianos são detidos com folhas de coca no interior de SP; 12) (20/02/2011) Três são presos por tráfico de drogas no Amapá; 13) (04/02/2011) Polícia encontra bolivianos em situação análoga à de escravos em SP; 14) (24/01/2011) Dois peruanos são presos após matar boliviano em SP; 15) (21/01/2011) Barracos são derrubados em área de risco na Zona Sul de SP; 16) (17/01/2011) Bolivianos são presos com cocaína no estômago em rodoviária de SP.”

¹⁷⁶ Ao tratar da presença de bolivianos em São Paulo, Silva (2005, p. 42) refere a praça da Kantuta como uma espécie de “pedaço boliviano em São Paulo”, no qual se reúnem, todos os domingos, centenas de migrantes e onde são realizadas algumas festividades como, por exemplo, a festa das *Alasitas*. De acordo com a tradição, esta festa deve ser realizada no dia 24 de janeiro, quando se homenageia o deus da abundância *Ekeko*. Ocorre que o dia 24 de janeiro não é feriado no Brasil, e a realização desta festa ocasiona alguns transtornos para as pessoas que frequentam uma escola situada em frente à praça. Em razão disso, “os que vivem nas proximidades da praça se sentem incomodados com a presença dos bolivianos naquele local, revelando uma vez mais a dificuldade que temos em lidar com a chegada do ‘estranho’;

Em agosto de 2005, o Brasil assinou um acordo com a Bolívia colimando a regularização dos imigrantes em situação irregular em ambos os países¹⁷⁷. O objetivo do acordo era a regularização da situação migratória de cidadãos bolivianos e brasileiros e suas respectivas famílias, que tivessem ingressado no território de um ou outro país até 15 de agosto de 2005, tendo nele permanecido de modo irregular. O prazo estipulado inicialmente no acordo para a regularização foi de 180 dias, a contar da sua assinatura, o qual foi prorrogado por um ajuste complementar¹⁷⁸ (publicado no Diário Oficial da União em setembro de 2006), passando a ser de 360 dias.

Ocorre que, para a regularização da situação, além da comprovação de meios de subsistência e de não ter sido condenado ou estar respondendo a processo criminal, o imigrante deveria arcar com uma multa no valor de R\$ 827,75 (uma vez que os bolivianos em busca de regularização estavam em situação irregular desde antes de 15 de agosto de 2005, superando os 100 dias, ou seja, alcançando o teto da multa diária previsto no acordo). À multa deveriam ser acrescidos os gastos com taxas que o imigrante deveria pagar aos cofres públicos – cerca de R\$ 200,00 – de modo que o custo final do documento ficaria em torno de mil reais. Esse valor se afigura muito alto, superando na maioria das vezes o rendimento mensal e até mesmo bimestral percebido pelos imigrantes bolivianos em situação irregular no Brasil, o que contribuiu para o baixo número de pedidos de regularização encaminhados. De acordo com Lopes (2009, p. 428), durante os dois anos de vigência do ajuste, “apenas 11.260 bolivianos promoveram seus registros na Polícia Federal em razão do acordo bilateral”, um número inexpressivo, já que, segundo Silva (2006), na época da assinatura do acordo, o Ministério da Justiça estimava que, somente no estado de São Paulo, havia cerca de 60 mil bolivianos em situação irregular.

A recente polêmica envolvendo os imigrantes haitianos que aportaram ao Brasil também serve para evidenciar o quanto a política migratória brasileira

nesse caso, os (i)migrantes, acusados de serem portadores da desordem e da degradação urbana.” (SILVA, 2005, p. 42).

¹⁷⁷ O texto integral do referido acordo está disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812D0A02C0012D0DF379886073/acordo.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

¹⁷⁸ Texto integral disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812D0A02C0012D0DF0C3A724B1/ajuste_complementar.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2014.

encontra-se defasada e, em razão disso, permite espaço para arbitrariedades e truculências contra os migrantes, principalmente os que estão em situação irregular. Por outro lado, serve para demonstrar o quanto a mixofobia se encontra arraigada na sociedade brasileira, em detrimento dos discursos de acolhimento/hospitalidade que são constantemente utilizados quando se busca – ao menos ideologicamente – caracterizar esta sociedade.

Até 2010, a migração de haitianos para o Brasil era motivada por incentivos a estudantes em programas de graduação ou pós-graduação. Ocorre que, após o terremoto que arrasou o Haiti no dia 12 de janeiro de 2010, motivados pelas oportunidades do bom momento econômico brasileiro, e influenciados pela presença de missionários brasileiros em Porto Príncipe, muitos haitianos começaram a vir para o Brasil por rotas ilegais, alguns deles aliciados por coites que prometem uma vida próspera em terras brasileiras, especialmente no polo de Manaus (LIMA, 2011). Efetivamente, o Haiti é o país mais pobre do Caribe e das Américas: a maior parte da sua população vive em condições extremas de pobreza, percebendo menos de dois dólares por dia. Em 2010, o país apresentava um dos mais baixos IDH do mundo, segundo dados da ONU, o que o colocava na 146ª posição¹⁷⁹.

Na cidade amazonense de Tabatinga, os haitianos esperavam pelo menos um mês pelo visto provisório expedido pela Polícia Federal. Muitos deles, no entanto, não conseguiam o documento, de modo que em 2011, ano e meio após o terremoto que devastou o Haiti, apenas naquela cidade havia mais de 500 haitianos esperando pelo visto provisório como refugiados no Brasil. Na pequena cidade de Brasiléia, no estado do Acre, a situação era bastante similar: somente no mês de janeiro, a cidade recebeu mais de 500 haitianos.

A Resolução nº 97/2012¹⁸⁰ do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) determinou que a embaixada do Brasil no Haiti passaria a conceder cem vistos de trabalho ao mês para haitianos que quisessem entrar no país. Paralelamente, a Polícia Federal passou a barrar haitianos sem visto nas fronteiras. Segundo Assad (2012, p. 11-12), mesmo em decorrência de razões

¹⁷⁹ Informação disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/media/Pr3-hdr10-hd1-Pt.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

¹⁸⁰ Texto integral disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC8820135687F345B412D/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

humanitárias, 274 haitianos foram surpreendidos no vilarejo peruano de Iñapari, na fronteira com o Brasil, com a Resolução acima mencionada. Com isso, os haitianos que haviam saído do seu país sem permissão encontraram empecilho para sua entrada no Brasil.

Além disso, durante esse período em que se deu a migração massiva de haitianos para Manaus, o governo brasileiro, além da realização, pela Polícia Federal, de mutirões para a concessão de vistos em Tabatinga, jamais se preocupou, como salienta Costa (2012, p. 93), com o que aconteceria com os imigrantes quando chegassem a Manaus ou como os ajudaria: “simplesmente os despejou em Manaus.” A maior parte dos haitianos, em face do descaso das autoridades estatais, necessitou do auxílio da Pastoral do Migrante, ligada à Igreja Católica, até porque, como salienta Costa (2012, p. 95), “com a chegada a Manaus de mais de 1.500 imigrantes nos últimos dias de janeiro e primeiros de fevereiro, e 350 em março [no ano de 2012], a oferta de trabalho se tornou insuficiente.” Tudo isso, para o mencionado autor, serve para mostrar como é grande a distância entre a comoção e os discursos humanitários das ações concretas colimando o bem-estar dos migrantes em terras brasileiras. Na ótica de Thomaz e Nascimento (2012), este episódio serviu para reprimatizar uma tradição nacional vetusta e infame: “a do favorecimento da imigração, sim, mas com alta seletividade, ao longo de uma história em que aos negros estrangeiros só se abriam as portas enquanto chegassem pelos porões do cativoiro.”¹⁸¹

Essa breve incursão sobre a situação em que vivem os migrantes bolivianos e haitianos no Brasil – particularmente sobre as dificuldades por eles encontradas em regularizar a sua situação no país –, serve para evidenciar que, mesmo tendo apresentado fortes críticas à União Européia por ocasião da aprovação da *Diretiva de Retorno*¹⁸², o país, na ausência de um marco

¹⁸¹ Segundo os autores (2012), “o tumulto pela entrada de pouco mais que 3.500 haitianos no País ao longo dos últimos dois anos é, no mínimo, caricatural, tendo em vista não somente o volume dezenas de vezes maior de imigrantes europeus no mesmo período, mas também a dimensão centenas de vezes mais ampla da diáspora haitiana em outros países da América Latina.”

¹⁸² Em nota divulgada em 18 de junho de 2008, o Itamaraty lamentou a forma como a União Europeia vem consolidando a sua política migratória: “O Brasil, país que deu acolhida a milhões de imigrantes e descendentes hoje harmoniosamente integrados na sociedade brasileira, lamenta uma decisão que contribui para criar percepção negativa da migração e vai no sentido contrário ao de uma desejada redução de entraves à livre circulação de pessoas e de um mais amplo e pleno convívio entre os povos.” Disponível em:

regulatório adequado, e diante do anacronismo do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980)¹⁸³ – resquício do período em que o país viveu sob regime ditatorial –, vem tratando a imigração de forma discricionária e truculenta, particularmente por meio da atuação da Polícia Federal, órgão responsável pelo atendimento dos imigrantes para o processamento de sua documentação brasileira.

Com efeito, os critérios para a concessão dos pedidos de visto e de residência não são previstos de forma apropriada no Estatuto ou em qualquer outra regra, o que acaba por abrir margem a uma avaliação subjetiva por parte dos agentes administrativos. A propósito, o art. 7º do Estatuto – demonstrando claramente sua herança ditatorial – dispõe, em seu inciso II, que a entrada do estrangeiro pode ser negada caso ele seja considerado nocivo à “ordem pública” ou aos “interesses nacionais”. No mesmo sentido, os arts. 1º, 2º e 3º do Estatuto utilizam os conceitos indeterminados de “interesse nacional” e “segurança nacional”, revelando, assim, a “tônica” da legislação. De acordo com Lopes (2009, p. 501), esses conceitos “podem ser utilizados para a deturpação do conteúdo da lei, até o limite de destruir eventuais garantias por ela concedidas.”

Efetivamente, a relação estabelecida pela legislação brasileira sobre imigração entre a entrada de estrangeiros no país e a “segurança nacional” evidencia a compreensão dos processos migratórios enquanto “ameaça” ou “invasão”, conceitos típicos de uma legislação de exceção. Esses conceitos, foram superados pelo advento da Constituição Federal de 1988, que prioriza a proteção aos direitos humanos em detrimento dos vagos “interesse nacional” e “ordem pública”.

No que se refere à concessão de vistos, o art. 26 do Estatuto em vigor dispõe que o visto concedido pela autoridade consular configura mera “expectativa de direito”, de modo que o a entrada, estada ou registro do imigrante pode ser obstada nas hipóteses previstas no art. 7º – dentre as quais situa-se a já mencionada consideração do imigrante como sendo nocivo à “ordem pública” ou aos “interesses nacionais” – bem como quando se julgar

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2008-06-18/governo-lamenta-aprovacao-da-nova-lei-de-imigracao-europeia>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

¹⁸³ Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2014.

sobre “a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça.”¹⁸⁴

Vê-se, dos dispositivos citados, que os termos empregados pelo legislador nacional conferem uma ampla margem de discricionariedade para um julgamento subjetivo dos agentes públicos responsáveis pela concessão dos vistos. Como ressaltam os autores do *Informe sobre a legislação migratória e a relidade dos migrantes no Brasil* (2011, p. 15), “daí resulta uma percepção das migrações ainda focada na *segurança nacional*, em detrimento dos direitos humanos.” De fato, essa subjetividade da interpretação dos dispositivos legais amparados em conceitos indeterminados gera uma grande insegurança jurídica para os imigrantes, que ficam à mercê de avaliações pessoais de agentes da Polícia Federal, órgão cuja lógica de funcionamento é a de investigação e combate à criminalidade.

De fato, o Brasil não dispõe de um serviço de imigração. Há, no país, quatro órgãos que exercem competências em matéria de migrações, nem sempre atuando de maneira coordenada. Basicamente, a estrutura é composta pelo Ministério das Relações Exteriores, Ministério do Trabalho, Ministério da Justiça (que atua em parceria com a Polícia Federal) e o Conselho Nacional de Imigração. Nessa lógica, compete ao Ministério das Relações Exteriores a concessão de vistos; ao Ministério do Trabalho, cabe a concessão de vistos de trabalho; o Ministério da Justiça cuida da tramitação dos documentos relacionados com a permanência do estrangeiro no Brasil, o que acontece em parceria com a Polícia Federal que, por sua vez, é subordinada ao Ministério da Justiça; por fim, o Conselho Nacional de Imigração tem atuação no sentido de atualização da legislação sobre migrações no país, resolvendo os casos que envolvem suas lacunas ou omissões.

Para requerer a regularização de sua situação, os migrantes devem dirigir-se à Polícia Federal, “cujos serviços são em grande parte terceirizados, desprovidos de formação e mal remunerados.” Ademais, “a polícia tende a uma

¹⁸⁴ Sobre esse ponto, Lopes (2009, p. 541) assevera que “muito embora sejam plausíveis alguns dos motivos invocados para definir o visto como documento que corporifica simples expectativa de direito, é preciso ter em mente que impedir a entrada de quem possui um visto, resultará na frustração de expectativas legítimas (o estrangeiro formulou um pedido prévio e obteve uma resposta favorável), além de prejuízos econômicos importantes, o que deveria ensejar a responsabilidade estatal em caso de erro posteriormente demonstrado pela vítima de uma ação abusiva.”

interpretação restritiva das normas que beneficiam os migrantes”, de modo que, ao buscar a regularização, “o migrante, não raro, encontra um calvário, com a exigência de documentos que sabidamente ele não tem condições de apresentar”. Gera-se, assim, uma espécie de círculo vicioso, no qual “a constância da irregularidade gera mais precariedade.” (VENTURA; ILLES, 2012).

A forma como foi conduzido o caso dos imigrantes haitianos é, talvez, a melhor evidência deste quadro. Outrossim, demonstra que a inspiração para o enfrentamento da questão no país tem sido buscada em políticas altamente repressivas, típicas do modelo espanhol – analisado no capítulo precedente. Ademais, as medidas que vem sendo adotadas pela Polícia Federal no tratamento dos imigrantes que aportam ao país demonstram que há uma dificuldade em “superar o paradigma da segurança nacional, sucedido pelo ideário da ‘guerra ao terror’, altamente xenófobo, preconizado pelos Estados Unidos e seus parceiros após os atentados de 11 de setembro de 2001.” (VENTURA; ILLES, 2012).

Dessa forma, “o mesmo país que, entre 2009 e 2011, graças à Lei n. 11.961, possibilitou a regularização migratória de mais de 40 mil estrangeiros, bramiu ameaças de deportação e estipulou magras cotas de entrada no país – e logo para haitianos, cujas razões de migrar são por demais conhecidas do Estado brasileiro.” (VENTURA; ILLES, 2012). Saliencia-se, outrossim, que ditas medidas foram acompanhadas por mitos como, por exemplo, o de que dificultar a entrada de pessoas as protege dos “coiotes”, ou seja, dos falsários que organizam a passagem pelas fronteiras ou até promovem o tráfico de pessoas. Olvidou-se, aqui, que, na realidade, quanto maior for a restrição, mais valorizado é o atravessador. Quer dizer: por influência de discursos falaciosos – em boa medida fomentados pelos meios de comunicação de massa¹⁸⁵ – os processos migratórios acabam sendo, também no Brasil, associados à criminalidade e, conseqüentemente, até mesmo em virtude da forma como conduzidos pelas instâncias oficiais, à conflituosidade – a demonstrar que não

¹⁸⁵ A propósito, conferir a reportagem do jornal *Estadão*, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-brasil-esta-aberto-a-haitianos-combate-e-contra-coiotes,830140,0.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

se vive, aqui, uma realidade tão diversa da espanhola quando se trata do assunto.

De fato, ao buscar regularizar, por meio da Lei nº 11.961/2009¹⁸⁶ – que dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional (regulamentada pelo Decreto nº 6.893, de 02 de Julho de 2009¹⁸⁷) –, a situação de muitos imigrantes residentes no país, o Brasil objetivou demonstrar a sua “boa vontade” em relação ao favorecimento da entrada de estrangeiros no país, tanto que, desta vez, o texto legal previa a isenção do pagamento de multas e quaisquer outras taxas decorrentes da situação irregular no território nacional.

Referida “boa vontade” ficou evidenciada pela declaração proferida pelo então Presidente do país, Luís Inácio da Silva, quando da assinatura do documento:

Ao longo de muitas décadas o Brasil sempre acolheu europeus, asiáticos, árabes, judeus, africanos e, mais recentemente, temos recebido fortes correntes migratórias de nossos irmãos da América do Sul e da América Latina [...] Somos, na verdade, uma nação formada por imigrantes; uma nação que comprova, na prática, como as diferenças culturais podem contribuir para a construção de uma sociedade que busca sempre harmonia e combate com vigor, discriminação e preconceito¹⁸⁸.

Em boa medida, esse discurso serve para demonstrar a distância que medeia entre a retórica política e a prática das instâncias oficiais em relação aos imigrantes – particularmente aqueles que estão em situação irregular – no Brasil: paralelamente aos discursos hospitaleiros, a prática arbitrária e truculenta dos órgãos oficiais. A forma como se deu a interpretação e aplicação do art. 7º da sobredita Lei serve para evidenciar o exposto: o artigo em questão trata dos requisitos a serem cumpridos no momento do pedido de transformação da residência para permanente, estabelecendo, dentre eles, no inciso I, a apresentação de documento comprobatório de “exercício de profissão ou emprego lícito ou a propriedade de bens suficientes à manutenção

¹⁸⁶ Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

¹⁸⁷ Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6893.htm>. Acesso em: 02 abr. 2014.

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJA5F550A5ITEMID579A8A09099C481FA6B64D5112A7A678PTBRIE.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

própria e da sua família.” Instaurou-se um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico” – na expressão de Streck (2012) – sobre quais documentos seriam aceitos para o cumprimento deste requisito. Tanto que foi necessária a edição, pelo Ministério da Justiça, da Portaria nº 1700¹⁸⁹, de 28 de julho de 2011, que definiu expressamente os documentos que deveriam ser aceitos como comprovação de renda. Ocorre que, como salientado pelos autores do *Informe sobre a legislação migratória e a realidade dos imigrantes* (2011, p. 18), “terminado o processo de renovação da Anistia em dezembro de 2011 é possível afirmar que, ao menos na cidade de São Paulo, a Portaria foi ignorada pela PF.”

Em boa medida, o mito do imigrante-delinquente, que passou a ter destaque nos meios de comunicação de massa brasileiros, é responsável por essas práticas arbitrárias. Como destacam Ventura e Illes (2012), logo depois da divulgação de denúncias de trabalho escravo envolvendo uma grande rede internacional de lojas de vestuário, os meios de comunicação de massa passaram intensificar as notícias de crimes praticados por estrangeiros, mesmo os mais banais, sendo que “algumas delas transmitiam a curiosa ideia de que imigrantes latino-americanos tornavam o centro de São Paulo mais perigoso.” O medo dos “estranhos”, nesse caso, é reforçado por políticas seletivas e uma publicidade negativa que a eles é geralmente associada.

Esse discurso, no entanto, não condiz com a realidade. Invariavelmente,

o migrante não quer problemas com a polícia. Se ele tem documentos, quer mantê-los; caso não os possua, ou estiver tentando obtê-los, é fundamental que passe despercebido. É por isso que a obsessão securitária não tem nexos quando se trata dos processos de concessão de autorização estatal para residência

¹⁸⁹ O texto integral da referida Portaria encontra-se em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariamj1700_2011.htm>. Acesso em: 06 abr. 2014.

É importante destacar que, no intuito de facilitar a comprovação do requisito previsto no inciso I do art. 7º da Lei de Anistia, a Portaria MJ 1700/2011, dispunha, em seu art. 1º, inciso XV, que poderia ser utilizado, pelo imigrante, com esse intuito, “outro documento capaz de comprovar o exercício de atividade lícita e a capacidade de manutenção do interessado e do grupo familiar no Território Nacional.” Ainda, o parágrafo único do referido dispositivo estabelecia que, caso não fosse possível apresentar nenhum dos documentos referidos no rol do art. 1º, o pedido de regularização poderia ser “instruído com declaração do interessado, com firma reconhecida, sob as penas da lei, de que exerce atividade lícita, que garanta renda suficiente para manutenção pessoal e do grupo familiar no Território Nacional, o qual será encaminhado de ofício, juntamente com outros documentos probatórios, ao Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça para que sejam decididos na categoria de casos omissos ou especiais.”

provisória ou permanente. Todo tráfico ilícito, em particular o de pessoas, precisa, sem lugar a dúvidas, ser investigado e combatido. No entanto, não há contradição entre uma boa política de segurança e uma política migratória pautada pelos direitos humanos, capaz de oferecer a perspectiva de integração social, sobretudo por meio do trabalho digno. (VENTURA; ILLES, 2012).

Outros pontos do Estatuto do Estrangeiro vigente no País servem para demonstrar seu anacronismo e total dissonância com o Texto Constitucional. Isso fica evidenciado principalmente pela clara tendência seletiva do texto legal em questão, que transforma os imigrantes em meros *objetos* de uma política migratória preocupada precipuamente com fatores econômicos. O art. 2º do Estatuto prevê a “defesa do trabalhador nacional”, ao passo que o art. 16, em seu parágrafo único, preocupa-se com a “atração de mão-de-obra qualificada” para o país. Salienta-se, quanto a este segundo ponto, que a imigração de pessoal qualificado para o Brasil é imposta hoje como consequência da necessidade das empresas transnacionais em atividade no país. Como assevera Lopes (2009, p. 607), “a mobilidade de mão-de-obra que existe atualmente em direção ao Brasil é mera consequência da transnacionalização das empresas, e opera exclusivamente em função desse fenômeno”, de modo que “nada pode garantir que os objetivos de desenvolvimento nacional e transferência de tecnologia plasmados no Estatuto do Estrangeiro estejam sendo atingidos.”

Além disso, em que pese a Constituição Federal brasileira dispor, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, razão pela qual são garantidos tanto aos brasileiros quanto aos *estrangeiros residentes no País*, uma série de direitos fundamentais, o Estatuto do Estrangeiro ainda prevê restrições a direitos fundamentais dos imigrantes. O art. 106, inciso VII, do Estatuto prevê, por exemplo, vedação ao estrangeiro de “participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada”. Por seu turno, o art. 107 do Estatuto, proíbe que o estrangeiro admitido no território nacional exerça atividade política ou que se “imiscua” – e a utilização do verbo *imiscuir* denota a consideração do estrangeiro enquanto um “intruso” pelo legislador – direta ou indiretamente nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe, por consequência, “especialmente vedado” o que segue:

- I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de ideias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;
- II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a ideias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;
- III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

No que diz respeito ao regime sancionador previsto no Estatuto do Estrangeiro, a sua inconstitucionalidade também é flagrante. O art. 125 prevê a aplicação da pena de multa nos seguintes casos: a) deixar o estrangeiro de se registrar, no órgão competente, no prazo de 30 dias após a entrada no território nacional; b) demorar-se no território nacional além do prazo legal de estada; c) não exhibir o documento de identidade de estrangeiro (original) quando exigido; d) não comunicar a mudança de domicílio ao Ministério da Justiça (Polícia Federal) no prazo de 30 dias; e) não averbar nova nacionalidade adquirida após o registro.

Além dessas hipóteses, nas quais a multa recai sobre o estrangeiro, o art. 125 prevê situações em que poderão ser multados órgãos públicos e estabelecimentos comerciais, em situações como, por exemplo: a) dos Cartórios de Registro Civil, se não remeterem, mensalmente, ao Ministério da Justiça, cópia dos registros de casamento e de óbito de estrangeiro; b) dos hotéis, imobiliárias, proprietários, locadores, sublocadores ou locatários de imóveis, e até mesmo o síndico do edifício, quando não remeterem ao Ministério da Justiça, caso requisitados, os dados de identificação do estrangeiro admitido na condição de hóspede, locatário, sublocatário ou morador; c) dos estabelecimentos de ensino, caso não remetam ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro admitido ou matriculado, bem como de informações sobre a suspensão ou cancelamento da matrícula e conclusão do curso.

Por fim, também podem ser multadas as empresas transportadoras, caso: a) deixarem de atender à manutenção ou promover a saída do território nacional do clandestino ou impedido; b) transportarem para o Brasil estrangeiro que esteja sem a documentação em ordem. Também está sujeito à pena de

multa quem empregar estrangeiro em situação irregular ou que esteja impedido de exercer atividade remunerada.

No que diz respeito à deportação, o art. 58 a define como a saída compulsória do estrangeiro do território nacional, imposta pelas autoridades competentes em razão de mera constatação de entrada ou estada irregular, incluindo o afastamento do local de inspeção, como se infere da análise do sobredito dispositivo combinado com os arts. 24 e 125. Além disso, o art. 125 prevê que a deportação incidirá caso ocorram, dentre outras, as seguintes infrações: a) demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada (além da multa, fixada por dia de excesso); b) fixar residência no Brasil, ou afastar-se dos limites territoriais fronteiriços, para os fronteiriços; c) exercer atividade remunerada estando na posse de visto de turista, de trânsito ou de estudante; d) exercer atividade remunerada estando na condição de dependente de titular de quaisquer vistos temporários; e) exercer atividade remunerada por fonte brasileira, estando na condição de correspondente de meio de comunicação estrangeiro; f) engajar-se como tripulante em porto brasileiro, tendo entrado no Brasil na condição de turista ou em trânsito; g) mudar de domicílio ou de atividade profissional, ou exercê-la fora da região fixada, quanto titular de visto permanente com esta restrição; h) estabelecer-se com firma individual, ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada, sendo possuidor de visto temporário ou ostentando a condição de fronteiriço; i) exercer o titular de visto temporário, atividade para entidade diversa daquela pela qual foi contratado, e para a qual foi concedido o visto, salvo autorização do Ministério da Justiça e do Ministério do Trabalho.

Em flagrante violação à garantia expressa no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, o art. 61 do Estatuto reza que “o estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias”, prorrogável por igual período (parágrafo único). Efetivada a deportação, o estrangeiro ficará devendo aos cofres públicos brasileiros as despesas com a execução da medida, e só poderá

ingressar novamente em território nacional após o pagamento dessas despesas, conforme previsão do art. 64.

No que se refere à expulsão do estrangeiro do território nacional, o Estatuto do Estrangeiro mostra-se ainda mais incompatível com o Texto Constitucional – e revela, conseqüentemente, seu caráter de legislação de exceção típica do período em que o País viveu sob regime ditatorial. O art. 65 utiliza expressões como “segurança nacional”, “ordem pública ou social” “tranquilidade” e “moralidade pública”, para estabelecer as situações em que o imigrante pode ser expulso do território nacional. Isso sem falar na parte final do dispositivo, que refere que a expulsão poderá ser levada a cabo sempre que o procedimento do estrangeiro “o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.”

Por fim, o parágrafo único do art. 65, menciona que a expulsão também poderá ocorrer quando o estrangeiro “praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil”, “havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação”, “entregar-se à vadiagem ou à mendicância” ou “desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

Nos casos de expulsão, o Estatuto também prevê a possibilidade de prisão administrativa do estrangeiro, por até 90 (noventa) dias e, para conclusão do inquérito ou para assegurar a execução da medida, este prazo poderá ser prorrogado por igual período.

Ainda no que se refere à expulsão, o Estatuto do Estrangeiro prevê, no art. 125, que ela se seguirá à detenção nos seguintes casos: a) do estrangeiro que for proprietário de navio ou aeronaves nacionais, de empresa jornalística ou de radiodifusão, de recursos minerais ou hidráulicos; b) do estrangeiro que exerça atividade de práctico de barras, portos, rios, lagos e canais, que faça prestação de assistência religiosa às Forças Armadas, que participe da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada, que exerça atividades de natureza política ou que retorne ao país sem pagar a multa devida, e após anterior deportação. Também se sujeitam à pena de expulsão os estrangeiros que se dedicarem a introduzir ou ocultar imigrantes

clandestinos. No caso do estrangeiro que fizer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, obtenção de passaporte para estrangeiro, *laissez-passer*, ou visto de saída, a pena de expulsão será precedida pela reclusão.

Além disso, cumpre salientar que o Código Penal brasileiro tipifica como crime, no art. 338, a conduta do estrangeiro que reingressa no território nacional após ter sido dele expulso, cominando uma pena de reclusão de um a quatro anos, “sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena”, em uma violação flagrante ao princípio do “ne bis in idem”.

Em síntese, portanto, verifica-se que a legislação brasileira pertinente ao tema da imigração é constituída de dispositivos que afrontam a Constituição Federal e a maioria dos textos internacionais – muitos deles ratificados pelo Brasil – acerca dos direitos básicos dos imigrantes. Em essência, o Estatuto do Estrangeiro é uma normativa que espelha o ideário típico de um regime de exceção, colocando os imigrantes em uma situação constante de suspeição e prendendo-os em uma espécie de “limbo jurídico”, à disposição de julgamentos de oportunidade e conveniência de autoridades administrativas. O Estatuto do Estrangeiro revela, assim, em última análise, o controle biopolítico dos migrantes, sua consideração enquanto meras vidas nuas, à mercê dos desígnios das políticas econômicas traçadas pelo Executivo.

Esse tratamento desigual e absolutamente violador de direitos e garantias fundamentais de toda e qualquer pessoa humana está em dissonância com todos os textos legais internacionais acerca do tema, o que justifica o fato de o Estatuto do Estrangeiro, dada a sua vetustez, não poder, em grande parte, ser aplicado, por absoluta inconformidade com o texto constitucional.

No entanto, contemporaneamente, a forma como a questão vem sendo tratada em âmbito legislativo no País segue em desacordo com uma política migratória que reconheça no migrante um detentor de direitos mínimos. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 5.655/2009¹⁹⁰, em tramitação na Câmara dos Deputados e que visa a substituir o Estatuto do Estrangeiro, demonstra estar

190

Disponível

em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

assentado sobre o mesmo paradigma orientador do Estatuto de 1980, ou seja, o que coloca o imigrante em uma situação constante de suspeição, como uma fonte potencial de riscos, criando situações de discriminação que seguem violando o disposto na Constituição Federal.

Na verdade, o projeto em questão representa apenas uma espécie de *atualização* do antigo Estatuto: mesmo que afirme o respeito aos direitos humanos (art.s 2º¹⁹¹ e 3º¹⁹²), em seu texto predominam dispositivos que demonstram privilegiar o primado do interesse nacional: “o paradigma do estrangeiro como indivíduo estranho à sociedade, tolerado e controlado pelo Estado prevalece apesar das reivindicações de tratamento como trabalhadores imigrantes, que vêm ao país em busca de uma oportunidade de vida digna, e contribuem para o seu desenvolvimento.” (BRASIL – INFORME SOBRE A LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA E A REALIDADE DOS MIGRANTES, 2011, p. 26).

Isso justifica a permanência da proibição constante no art. 66, II, do Projeto de Lei, segundo o qual “não se concederá visto ou residência ou não se permitirá a entrada no País do estrangeiro” que for considerado “nocivo ao interesse nacional”. A seu turno, o art. 67 do Projeto reprimatiza a mera “expectativa de direito” a que se refere o art. 26 do Estatuto em vigor, ao dispor que “a concessão de visto e a autorização de residência configuram mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado nos termos desta Lei.”

Os procedimentos administrativos previstos na redação do projeto permanecem extremamente burocratizados e são verificados ainda alguns retrocessos, como o aumento do tempo necessário ao pedido de naturalização, que passa de quatro (art. 112, III, Lei nº 6.815/1980) para dez anos (art. 87, III). Em disposição que beira o absurdo, o art. 97 do Projeto reza que “o atendimento das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro o

¹⁹¹ O art. 2º do Projeto de Lei tem a seguinte redação: “Art. 2º. A aplicação desta Lei deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, sócio-econômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais.”

¹⁹² Dispõe o art. 3º do Projeto de Lei: “Art. 3º. A política nacional de migração contemplará a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular.”

direito à naturalização”, o que significa dizer que, mais uma vez, o *alien* fica à mercê de juízos discricionários do Poder Executivo.

A discriminação do estrangeiro se evidencia no art. 4º¹⁹³ do projeto, que prevê que a política imigratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada à economia nacional. Isso significa que a imigração segue sendo vista a partir de uma lógica utilitarista, que coloca o imigrante na condição de um *objeto* ou *fator de produção* dentro da lógica do capital e do trabalho. Daí a afirmação de Sayad (1998, p. 55) no sentido de que a estadia autorizada do imigrante é sempre inteiramente sujeita ao trabalho, “única razão de ser que lhe é reconhecida”, de modo que se pode afirmar que “foi o trabalho que fez ‘nascer’ o imigrante, que o fez existir, e é ele, quando termina, que faz ‘morrer’ o imigrante, que decreta sua negação ou que o empurra para o não-ser.”

Aqui se revela claramente o aspecto biopolítico da regulação da imigração: relacionando-a com aspectos de índole meramente econômica, a vida dos migrantes acaba sendo convertida em um espaço de decisões que não se referem apenas aos seus limites externos, mas também aos seus umbrais internos, ou seja, a política passa a decidir qual é a melhor vida do ponto de vista biológico e também como se pode potencializá-la por meio do uso, da exploração utilitária. A vida menos valiosa, nesse rumo, é aquela que pode ser eliminada do tecido societal, dada a sua absoluta irrelevância. Como aduz Sayad (1998, p. 55),

um imigrante só tem razão de ser no modo provisório e com a condição de que se conforme ao que se espera dele; ele só está aqui e só tem sua razão de ser pelo trabalho e no trabalho; porque se precisa dele, enquanto se precisa dele, para aquilo que se precisa dele e lá onde se precisa dele.

Com efeito, o imigrante considerado enquanto mera “força de trabalho” representa sempre um “problema” para o país que dele se “utiliza”: a necessidade do mercado de trabalho é sempre circunstancial, o que faz com que o imigrante seja visto a partir da lógica da provisoriedade e não da sua

¹⁹³ Reza o art. 4º: “Art. 4º A política imigratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional.”

efetiva integração. Isso nega ao estrangeiro “todo direito a uma presença reconhecida como permanente, ou seja, que exista de outra forma que não na modalidade de uma presença apenas tolerada.” (SAYAD, 1998, p. 46).

Nessa lógica denunciada por Sayad (1998, p. 50), a questão da imigração e dos imigrantes só adquire sentido na medida em que o quadro duplo erigido com a finalidade de contabilização de “custos” e “lucros” apresentar um saldo positivo, ou seja, “idealmente, a imigração deveria comportar apenas ‘vantagens’ e, no limite, nenhum ‘custo’.” A busca pela maximização das vantagens – principalmente as econômicas – da imigração correlata à diminuição do seu ‘custo’ – notadamente social e cultural – é uma

formulação que, ao mesmo tempo que condensa em si toda a história do fenômeno da imigração, revela a função objetiva (ou seja, secreta) da regulamentação aplicada aos imigrantes: mudando segundo as circunstâncias, segundo as populações relativas, essa regulamentação visa impor a todos a definição constituída em função das necessidades do momento.

Nesse rumo, o imigrante desempregado representa um paradoxo: se o trabalho para o imigrante é uma modalidade especial de trabalho, ou seja, um trabalho que o “mercado de trabalho para imigrantes” lhe atribui e no lugar que lhe é atribuído, esse trabalho se afigura como “a própria justificativa do imigrante”, de modo que “essa justificativa, ou seja, em última instância, o próprio imigrante, desaparece no momento em que desaparece o trabalho que os cria a ambos.” A dificuldade reside, aqui, “em conciliar objetos inconciliáveis: desempregado e imigrante ou, o que dá no mesmo, o não-trabalho com o que só se concebe e só existe pelo trabalho.” (SAYAD, 1998, p. 55).

Um outro ponto do projeto de lei que merece destaque é a persistência, em seu art. 8º¹⁹⁴, da restrição aos direitos políticos dos imigrantes. Olvida-se, aqui, que estes direitos já fazem parte do acervo de direitos de todos os cidadãos na maioria dos países democráticos. Na América Latina, as Constituições da Bolívia¹⁹⁵ e do Paraguai¹⁹⁶ admitem a que o estrangeiro vote

¹⁹⁴ Art. 8º O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade político-partidária, sendo-lhe vedado organizar, criar ou manter associação ou quaisquer entidades de caráter político, salvo o português com o gozo dos direitos políticos no Brasil, conforme previsto no Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta.

¹⁹⁵ Dispõe o art. 220 da Constituição da Bolívia: “Art. 220. Capacidad. I. Son electores todos los bolivianos mayores de deiciocho años de edad, cualquiera sea su grado de instrucción y ocupación, sin más requisito que su inscripción obligatoria en el Registro Electoral. II. En las

nas eleições municipais. No Uruguai¹⁹⁷, o direito de voto é conferido ao estrangeiro que resida há pelo menos 15 anos no país. A Constituição chilena¹⁹⁸ estabelece que a lei poderá estender o direito de voto aos estrangeiros residentes há mais de 5 anos no país, apenas ressaltando a sua não obrigatoriedade nesses casos¹⁹⁹.

Efetivamente, como salientam os autores do Informe sobre a legislação migratória e a realidade dos migrantes no Brasil (2011, p. 27), o reconhecimento do direito de voto também para os imigrantes “é necessário para que estes realmente sejam parte da sociedade que os acolhe e sintam-se como tal”, pois o exercício desses direitos representa “um fator importante de coesão social, ao não permitir que existam cidadãos de diferentes classes.”

Nesse rumo, a Constituição da Argentina não faz nenhuma restrição ao direito de voto por parte dos estrangeiros, determinando, em seu art. 20, de modo paradigmático:

Art. 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias.

No caso do projeto de lei em discussão, as limitações não se restringem ao direito ao sufrágio. O art. 7º do projeto estabelece também as seguintes vedações: a) ser armador, comandante ou chefe de máquinas de embarcações de bandeira nacional; b) ser proprietário de empresa jornalística e de

elecciones municipales votarán los ciudadanos extranjeros en las condiciones que establezca la ley.”

¹⁹⁶ O art. 120 da Constituição paraguaia reza que “los extranjeros com radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales.”

¹⁹⁷ Nos termos do disposto no art. 78 da Constituição do Uruguai.

¹⁹⁸ Reza o art. 14 da Constituição do Chile que “los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley.” Por sua vez, o art. 15 determina que “en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio.”

¹⁹⁹ Há, no Brasil, Propostas de Emenda Constitucional que discutem a possibilidade de voto para estrangeiros, dentre elas cabendo destaque às PEC's nºs 371/2001 e 401/2005, de autoria dos deputados Marcos Cintra e Orlando Fantazzini, respectivamente. Esta última PEC constitui a proposta mais ampla, ao permitir o voto aos estrangeiros residentes há mais de cinco anos no Brasil, sem limitação quanto ao âmbito do sufrágio (municipal, estadual, federal). Recentemente, a PEC 119/2011, de autoria do deputado Roberto Freire, limita o direito de voto aos pleitos municipais.

radiodifusão sonora e de sons e imagens; c) ser responsável pelo conteúdo editorial e atividades de seleção e direção da programação veiculada em qualquer meio de comunicação social; d) obter autorização ou concessão para a exploração e aproveitamento de jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica; e) ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira; f) ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro; g) ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais; h) adquirir, em nome próprio ou de terceiros, terras em região de fronteira; i) ser proprietário, sócio ou empregado de empresa de segurança privada e de formação de vigilantes. É flagrante, em todas essas proibições, que o estrangeiro é visto como uma fonte potencial de riscos pelo legislador brasileiro. Efetivamente, todas essas vedações, em especial as contidas nas letras “b”, “c”, “h” e “i”, evidenciam que o estrangeiro, mesmo em situação regular no país, segue ocupando uma posição subalterna em relação aos cidadãos brasileiros, sofrendo limitações injustificadas no exercício de direitos fundamentais.

Esta consideração do migrante enquanto “inimigo potencial” também se extrai da análise do art. 6º do Projeto de Lei, que prevê que o estrangeiro “deverá comprovar sua estada regular no território nacional sempre que exigido por autoridade policial ou seu agente”, o que significa a permanência de uma forma policialesca de tratamento da questão e que representa a criação de uma injustificável quebra do princípio da igualdade previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Estes poucos exemplos de tratamento discriminatório perpetrado pelo Projeto de Lei nº 5.655/2009 permite evidenciar que a imigração no Brasil segue sendo compreendida enquanto “problema”, o que legitima que seja gerenciada em nível de “segurança”, fato que, por sua vez, impõe restrições injustificadas a direitos e garantias fundamentais dos migrantes. Relacionada a isso está uma compreensão coletiva do imigrante como sendo aquele que foge ao que é considerado “natural” – uma vez que aceita abandonar o universo familiar (social, econômico, político, cultural, moral, etc) ao qual pertence – e que, em virtude disso, aceita viver em terra estrangeira “com a condição de se convencer de que isso não passa de uma provação, passageira por definição,

uma provação que comporta em si mesma sua própria resolução.” (SAYAD, 1998, p. 57).

Em razão disso, a sociedade receptora está legitimada a estabelecer limitações ou condições em troca da aceitação da atividade migratória. Nesse rumo,

todas estas especificações pelas quais se define e se identifica o imigrante encontram seu princípio gerador, sua soma e sua eficiência, bem como sua justificação última, no estatuto político que é próprio do imigrante enquanto ele não é apenas um *alógeno* mas, mais do que isso, um ‘não-nacional’ que, a este título, só pode estar excluído do campo político. (SAYAD, 1998, p. 57).

Essa condição de subalternidade que subjaz à condição dos migrantes os torna devedores de “polidez” para com a sociedade de destino. Em suma, exige-se dos migrantes uma certa dose de *neutralidade*, ou, em outras palavras, impõe-se a eles a “obrigação de serem reservados” para, em troca, obterem pequenos “favores”. Em síntese, “não sendo o imigrante um elemento nacional, isso justifica a economia de exigências que se tem para com ele em matéria de igualdade de tratamento frente à lei e na prática.” (SAYAD, 1998, p. 58). De fato, a distinção legal entre “nacionais” e “não nacionais”, que é refletida, pensada e confessada na hora de estabelecer direitos e garantias fundamentais, e estabelece uma relação de subalternidade destes em relação àqueles, opera no plano político de modo decisivo, o que a transforma na justificativa suprema de todas as demais distinções estabelecidas.

Estabelece-se, então, uma lógica circular muito bem apreendida por Sayad (1998) quando salienta que a discriminação jurídica entre nacionais e não-nacionais pede reforço às discriminações de fato, ou seja, às desigualdades sociais, econômicas, culturais que, por sua vez, encontram uma justificativa para sua existência na discriminação de direito. Esta lógica circular subjaz a todas as segregações geradoras de racismo, como a escravidão, o *apartheid*, a colonização e a imigração. Em todos esses casos, a igualdade jurídica é recusada usando como pretexto as desigualdades de fato e a igualdade de fato, por sua vez, é inviabilizada pela desigualdade de direito.

Nesse rumo, se o imigrante é concebido como uma mera “força de trabalho” ²⁰⁰, sua definição ideal seria a de uma “pura máquina”, um mero “sistema integrado de alavancas”. Como, no entanto, ele não é puramente mecânico, forçosamente é preciso conceder-lhe um mínimo: é preciso alojá-lo (mesmo que no pior dos alojamentos), caso adoeça, é preciso tratá-lo (do modo mais rápido e econômico possível), quando casado e pai de família, é preciso viabilizar que, sob certos limites e condições, possa conviver e trazer para junto de si seus familiares, etc.

Esse mínimo indispensável para a sobrevivência do imigrante, na verdade, representa uma espécie de “acerto de contas moral” entre ele e a sociedade de destino que dele se utiliza à exaustão. Trata-se, em última análise, de uma forma por meio da qual sociedade ao menos busca parecer coerente consigo mesma e com seus princípios morais de organização que, invariavelmente, são princípios de igualdade e de respeito aos direitos e liberdades do indivíduo. Essas concessões seriam, neste quadro, uma espécie de compensação, aos migrantes, depois de ser retirado deles o máximo de proveito possível (SAYAD, 1998).

Nesse rumo é que pode ser compreendido o art. 5º do Projeto de Lei em discussão, que explicita aquilo que o texto constitucional desde 1988 garante aos estrangeiros: o acesso à educação, à saúde, bem como aos benefícios concernentes à relação de trabalho. No entanto, trata-se, evidentemente, de uma extensão bastante restrita, que não contempla sequer o acesso à justiça.

E, aqui, revela-se o outro objetivo da concessão desse “mínimo existencial”: para além das vantagens econômicas que a exploração (biopolítica) da imigração representa, a sociedade de destino retira dessas concessões capital político, nesse caso, simbólico, segundo a clássica definição de Bourdieu (2012, p. 10-11), para o qual

a cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função

²⁰⁰ Segundo Sayad (1998, p. 54), um imigrante pode ser definido essencialmente como “uma força de trabalho, e uma força de trabalho provisória, temporária, em trânsito.”

de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante.²⁰¹

O efeito nefasto dessa utilização simbólica das “concessões” aos migrantes reside no fato de que, com isso, a relação de forças entre eles e sociedade de destino pende inquestionavelmente sobre esta última, colocando os estrangeiros em uma posição de devedores em situações nas quais deveriam ser considerados credores. Efetivamente, os aspectos mais positivos da imigração decorrentes da experiência migratória, ou seja, do conjunto de aquisições que os estrangeiros conseguiram impor durante a sua imigração, fruto do trabalho difuso e sistemático de inculcação e educação operado graças a eles, são frequentemente apresentados como mérito da sociedade receptora (SAYAD, 1998).

O que foi até então referido fica bastante evidenciado quando da análise das medidas punitivas previstas no Projeto de Lei 5.655/2009. No que se refere à deportação, o art. 104 dispõe que nos casos de entrada ou estada irregular, o estrangeiro será notificado a se retirar voluntariamente do território nacional no prazo a ser fixado em regulamento, sob pena de deportação, que poderá, nos termos do §1º, “ser promovida mediante determinação do Ministério da Justiça, independentemente do prazo a que se refere o caput, quando o interesse nacional assim recomendar.”

Os “interesses nacionais” também são mencionados no artigo 111 do Projeto, que trata da expulsão, reservada para o estrangeiro que cometer crime no Brasil ou, de qualquer forma, atentar contra os interesses nacionais. Trata-se de um dispositivo de redação ampla, o que permite uma dose considerável de discricionariedade quando da sua aplicação.

²⁰¹ Um aprofundamento do poder político simbólico é realizado por Bourdieu (2012) no capítulo VII da obra em questão, particularmente quando o autor afirma que “em política, ‘dizer é fazer’, quer dizer, fazer crer que se pode fazer o que se diz e, em particular, dar a conhecer e fazer reconhecer os princípios de di-visão do mundo social, as *palavras de ordem* que produzem a sua própria verificação ao produzirem grupos e, deste modo, uma ordem social.” (2012, p. 185-186).

O seu art. 107²⁰² dispõe sobre a possibilidade de criminalização do imigrante que se encontra em condição de irregularidade administrativa, estabelecendo a possibilidade de sua prisão cautelar durante as apurações do processo de deportação. Viola-se aqui – em nome do já superado paradigma da segurança nacional – o disposto no Texto Constitucional, que não prevê prisões administrativas e assegura os princípios gerais do direito à presunção de inocência e ao devido processo legal. Do mesmo modo, as infrações previstas no art. 149 do Projeto praticamente repetem aquelas estabelecidas no Estatuto vigente.

O projeto também prevê a criação de um tipo penal, cujo objetivo é criminalizar o tráfico de pessoas com o objetivo de exploração. O art. 157 do Projeto dispõe sobre o acréscimo, ao Código Penal brasileiro, do art. 149-A, com a seguinte redação:

Art. 149-A. Promover, intermediar ou facilitar a entrada irregular de estrangeiro ou viabilizar sua estada no território nacional, com a finalidade de auferir, direta ou indiretamente, vantagem indevida.
Pena: reclusão de dois a cinco anos, e multa.

Em síntese, pode-se afirmar, portanto, que o Projeto de Lei analisado não traduz uma inovação legislativa digna de encômios. Pelo contrário: trata-se de um Projeto que persiste na consideração utilitarista da gestão da imigração e que insiste na consideração do imigrante enquanto fonte potencial de riscos à “segurança nacional” ou aos “interesses nacionais” – em que pese não haver nenhum indicativo, no Projeto, do que significam esses conceitos e/ou de como interpretá-los.

Esses conceitos indeterminados, que abrem ao aplicador da norma uma ampla margem de discricionariedade configuram, na ótica de Agamben (2010), espaços anômicos, ou seja, de pura força de lei sem lei, que viabilizam que uma pura força realize o Direito desaplicando a norma e criando, reflexamente, a exceção na qual é circunscrita a figura do imigrante. Nesse contexto, o

²⁰² “Art. 107. Enquanto não se efetivar a deportação, o deportando deverá comparecer semanalmente ao órgão competente do Ministério da Justiça para informar sobre seu endereço, atividades e o cumprimento das condições impostas.

§ 1º Poderá ser decretada a prisão cautelar do deportando, em face de representação de autoridade policial, no caso de descumprimento do disposto no caput ou quando for imprescindível para assegurar a conclusão do processo de saída.”

espaço normativo do Direito abre-se para possibilidades de tergiversações, podendo ser violado, contestado e até mesmo, em última análise, suspenso em virtude de uma “razão de Estado” e uma violência governamental que desativam o sistema de garantias característico de um Estado Democrático.

O Projeto, assim, inscreve-se em um contexto de biopolítica no qual se ressalta a natureza fundamentalmente provisória e utilitária da presença do imigrante, fazendo a ele apenas pequenas “concessões” de direitos como forma de salientar, em nível simbólico, a tradição do Brasil enquanto país hospitaleiro.

Exsurge desse contexto a necessidade de construção, no país, de um marco regulatório da imigração que seja adequado ao Texto Constitucional, notadamente no que se refere a um dos objetivos da nossa República Federativa, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV). Como destacam Ventura e Illes (2012), “nosso país deve evitar o risco de impingir ao ser humano migrante uma discriminação a mais, além de todas as discriminações que aqui já existem.”

Não basta, portanto, normatizar o trânsito migratório. Também tem se mostrado infrutíferas as tentativas de implementar políticas públicas de integração dos imigrantes que insistam em categorizá-los e mantê-los enquanto “diferentes”, estabelecendo meras “compensações jurídicas”.

Por seu turno, a retórica das políticas de desenvolvimento social e de proteção integral aos direitos humanos dos imigrantes tem demonstrado, historicamente, sua ineficiência em conter a violência estrutural e a desigualdade, inviabilizando o seu desenvolvimento humano. É necessário, então, uma mudança radical na perspectiva por meio da qual o fenômeno migratório é analisado. Eis a proposição da qual se ocupa o tópico que segue.

3.2 A profanação como condição de possibilidade para arrostar a mixofobia: em busca da comunidade que vem

Como demonstrado no tópico precedente, o Brasil sempre adotou e segue adotando no tratamento legal da imigração uma postura excessivamente utilitarista e repressivista que, orientada pela mixofobia, pode ser comparada

àquela implementada pela Espanha: ao “bom imigrante”, o país abre as portas e concede incentivos; à “má imigração” são direcionadas medidas restritivas e policialescas que afrontam diretamente direitos fundamentais consolidados na Constituição. As medidas desenhadas pelo atual Estatuto do Estrangeiro, bem como pelo Projeto de Lei nº 5.655/2009 – que visa a substituí-lo –, quando combinadas às práticas altamente arbitrárias dos órgãos encarregados pelas políticas migratórias, demonstram que o paradigma espanhol, antes de se apresentar como negativo, afigura-se como “inspiração” ao legislador pátrio. Em síntese: a cesura nacional/imigrante e, dentre os últimos, migrante útil/inútil é a todo momento viabilizada pelo Direito pátrio que se ocupa da imigração.

Nesse contexto, a partir da discussão suscitada no primeiro capítulo, é importante ressaltar que no Brasil o medo desempenha um papel histórico de importante mecanismo de contenção e disciplinamento da clientela “tradicional” do sistema punitivo: as classes dominantes brasileiras sempre se utilizaram do medo como estratégia para derrotar as forças populares, associando-as ao caos e à desordem, o que fica claro a partir dos discursos que, sob influência do positivismo lombrosiano “à brasileira”, justificaram, em terras brasileiras, um tratamento diferenciado por parte do sistema punitivo em relação às camadas subalternas da população²⁰³.

Essas sucessivas cesuras são típicas do racismo e servem para fragmentar o contínuo biológico ao qual se dirige o biopoder: como salientado no capítulo inicial, o resultado dessas cesuras é a vida nua, o *homo sacer*. Essa figura do direito romano arcaico resgatada na obra de Agamben serve perfeitamente para ilustrar o *status* dos corpos – invariavelmente negros – caídos no rastro da intervenção do sistema penal nacional (ANDRADE, 1997; BATISTA, 2003; FLAUZINA, 2008).

Com o esgotamento da perseguição ao “traficante”, substituto do “escravo” na trajetória incansável do sistema penal brasileiro na criminalização da pobreza (NEDER, 1994, 1995, 2007, 2009), parece que a figura do “imigrante” possa vir a servir como novo “bode expiatório ideal”, de forma a permitir a manutenção do *status quo* do sistema penal do país. Isso porque, a

²⁰³ Nesse sentido, a pesquisa desenvolvida pelo autor junto ao Curso de Mestrado em Direito da UNISINOS, publicado sob o título “Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira” (WERMUTH, 2011).

partir das reformas neoliberais que se verificam na sociedade brasileira nas últimas décadas, somam-se à população historicamente perseguida pelo sistema penal na condição de “espólio da escravidão” os contingentes populacionais que são banidos do mercado de trabalho e da sociedade de consumo porque não dispõem de meios de participação efetiva. Essa população é formada pelos chamados “consumidores falhos” para os quais só resta a segregação, tanto pela via da marginalização social e espacial, quanto por meio do encarceramento em massa e da eliminação pura e simples a partir da intervenção violenta do sistema penal – tudo isso tendo por *background* uma constituição que consagra como princípio fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro a “dignidade humana”. Nesse rumo, uma figura estereotipada do imigrante – como a que vem sendo construída historicamente no país e que recentemente parece ter sido bastante incrementada, conforme análise empreendida no tópico precedente – serve para legitimar uma “mudança de alvo” das práticas punitivas brasileiras²⁰⁴.

Pensar alternativas, novos rumos, e o estabelecimento – ou remoção – de marcos regulatórios, nesse ponto, assume especial relevância, considerando-se que o país ainda está em fase de “deliberação legislativa” quanto ao assunto²⁰⁵. E essas alternativas começam justamente a partir do

²⁰⁴ De acordo com Santos (2012, p. 358), “nas atuais perspectivas de controle capitalista, a errância, a ausência de domicílio, o desemprego, a incapacidade de participação nas sociedades de consumo acarreta o castigo do alijamento do mercado formal e o sedentarismo da permanência sob as pontes, as ruas, as calçadas, as estações de metrô e os bancos das praças públicas.” Isso viabiliza, segundo o autor, o estabelecimento de certas regras de coabitação que mitigam o medo dos estrangeiros: uma vez confinados em seus próprios alojamentos, é possível contorná-los e evitá-los; é também possível designá-los para determinados empregos e serviços, para que possam ser utilizados apenas em tempos e lugares bem definidos; por fim, é possível mantê-los separados, a uma distância segura do fluxo da vida diária “normal”.

²⁰⁵ Cumpre salientar, aqui, a importância da 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio – Comigrar, iniciativa governamental que inova ao abordar a questão migratória no Brasil, por meio da mobilização nacional e internacional dos diversos atores interessados no tema, fomentando, assim, a discussão dos conceitos centrais da política migratória brasileira. A 1ª Comigrar será realizada entre os dias 30 de maio e 1º de junho de 2014, na cidade de São Paulo, sob coordenação do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de Estrangeiros-DEEST, em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério das Relações Exteriores, com o apoio da Organização Internacional para as Migrações-OIM e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD. Objetiva-se, com a Conferência, reunir migrantes, profissionais envolvidos na temática migratória, estudiosos, servidores públicos, representações diversas que vivenciam a realidade da migração e do refúgio, para uma reflexão coletiva e elaboração de aportes para a construção da Política e do Plano Nacionais de Migrações e Refúgio. O processo de implementação da 1ª Comigrar prevê a realização de eventos participativos de mobilização dos atores locais que trabalham e convivem com diferentes contextos da temática

momento em que uma nova compreensão acerca do “ser” dos imigrantes diante da nova configuração da sociedade mundial acontecer.

Como demonstrado nos capítulos precedentes deste trabalho, há, na contemporaneidade, uma forte tendência em considerar a população migrante enquanto “supérflua”, “passiva” e, portanto, destinatária apenas de medidas punitivas de cunho segregacionista, que visam a afastá-las do convívio daqueles indivíduos que se encontram plenamente integrados na sociedade “globalizada”. O combate aos “parasitas sociais” – seja por meio das políticas criminais punitivistas assentadas no paradigma da “tolerância zero”, seja por meio das normas que vêm sendo recentemente implementadas principalmente nos países centrais europeus (aqui representados paradigmaticamente pela Espanha) tendo por objetivo frear os fluxos migratórios e/ou regulamentá-los em relação a interesses estritamente utilitaristas/mercadológicos – são um claro exemplo disso. Não se pode olvidar, também, de mencionar a cada vez mais frequente contaminação das políticas migratórias por conceitos/práticas gestados no bojo do chamado Direito Penal do Inimigo.

O que ocorre, na verdade, como assevera Sayad (1998, p. 56), é que todo o discurso sobre o imigrante e a imigração é um discurso imposto. Mais do que isso, “é até mesmo toda a problemática da ciência social da imigração que é uma problemática imposta.” E o fato de se perceber o imigrante, defini-lo, pensá-lo, ou simplesmente falar dele sempre como um “problema” evidencia uma das formas dessa imposição²⁰⁶. De fato, nos discursos construídos sobre o tema, é comum associar a figura do migrante a problemas sociais: os imigrantes e o desemprego, os imigrantes e a habitação, os imigrantes e a

migratória. Tais eventos serão oportunidades para promover a reflexão e o fortalecimento institucional de parceiros governamentais e não governamentais, além do engajamento de migrantes, refugiados, e representantes da sociedade no diálogo em torno dos temas relacionados com migrações e refúgio. Esse processo participativo acontece por meio de conferências presenciais, virtuais e livres, com início em 2013, e culminará na Etapa Nacional da Comigrar, a ser realizada em São Paulo, em 2014. A condução técnica de todo o processo está a cargo da Coordenação Executiva da 1ª Comigrar. Essas informações encontram-se disponíveis no site da COMIGRAR: <http://www.participa.br/comigrar/sobre-a-comigrar#.U00X7_IdXT8>. Acesso em: 2 abr. 2014.

Uma síntese das propostas elaboradas no quadro das dezenas de Conferências Livres ocorridas pelo país em preparação da COMIGRAR nacional pode ser obtida em: <<http://oestrangeiro.org/2014/04/11/livres-as-conferencias-que-vaograntir-o-sucesso-da-comigrar/>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

²⁰⁶ De acordo com o autor (1998, p. 55-56), “a pesquisa sobre a imigração, esse outro objeto aparentemente natural e totalmente evidente, não poderia ignorar que ela é também e antes de mais nada uma pesquisa sobre a constituição da imigração como problema social: aí está toda a dificuldade da construção do objeto de pesquisa em sociologia.”

educação, os imigrantes e/ou seus filhos e a escola, os imigrantes e o direito de voto, os imigrantes e sua integração, os imigrantes e a velhice, etc. Isso evidencia que “a problemática da pesquisa, tal como é encomendada e tal como é conduzida, encontra-se em conformidade e em continuidade direta com a percepção social que se tem da imigração e do imigrante.” (SAYAD, 1998, p. 57). É necessário, então, retirar o migrante da condição de “sujeito de risco” que lhe é relegada por esses discursos, ou seja, desativar esses dispositivos que geram assimetrias e lógicas excludentes e que conduzem à mixofobia²⁰⁷.

Uma nova perspectiva para análise do tema da questão da imigração pressupõe, nesse rumo, primeiramente, a superação da concepção equivocada de que os migrantes são os principais vitimados pela nova ordem mundial e ocupantes por excelência dos “não-lugares” reservados aos excluídos da *multidão* global. Na realidade, essas classes estão incluídas na produção social: “apesar da infinidade de mecanismos de hierarquia e subordinação”, eles “estão constantemente expressando uma enorme força de vida e produção.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 175).

Para que se possa compreender isso, é necessário cambiar as perspectivas de análise do social. Antes de enxergar nos migrantes apenas vítimas e/ou agentes de situações conflitivas e problemáticas, é preciso reconhecê-los como agentes poderosos. Sua exclusão é apenas parcial e quanto mais observarmos suas vidas e atividades, mais constataremos sua enorme força criativa e o quanto fazem parte da produção social. E, cada vez mais incluídos nesses processos de produção social, os migrantes também se tornam parte da *multidão*. Com efeito, a sua inclusão em várias formas de prestação de serviços, seu papel central na economia de diversos países, sua mobilidade em amplas migrações, bem demonstram o quanto esse processo encontra-se avançado em âmbito mundial (HARDT; NEGRI, 2005).

Economicamente, há uma tendência em considerar os migrantes enquanto um mero “exército industrial de reserva”, uma massa de trabalhadores industriais em potencial que se encontram em uma condição

²⁰⁷ Afinal, deve-se considerar que, enquanto “objeto sobre o qual pesam numerosas ‘representações coletivas’, a imigração submete-se a essas representações que, como sabemos, ‘uma vez constituídas tornam-se realidades parcialmente autônomas’, com uma eficiência tanto maior quanto essas mesmas representações correspondem a transformações objetivas, sendo que estas condicionam o surgimento daquelas e determinam, da mesma forma, seu conteúdo.” (SAYAD, 1998, p. 57).

temporária de desemprego mas que podem a qualquer momento ser reintegrados à produção ocupando, por exemplo, postos subalternizados que não são preenchidos pelos cidadãos “qualificados”. Esse exército de reserva, então, passa a ser concebido como uma ameaça constante que pende sobre a classe operária existente: em primeiro lugar, porque sua pobreza serve de exemplo assustador para os trabalhadores do que pode eventualmente lhes acontecer; em segundo lugar, porque a oferta excedente de mão-de-obra que essa população representa significa uma redução do custo de mão-de-obra que acaba, assim, solapando o poder dos trabalhadores em face dos empregadores (por exemplo, servindo como potenciais “fura-greves”).

O ressurgimento dessas velhas teorias sobre o papel negativo desempenhado pelo “exército industrial de reserva” ocorre no contexto da globalização, quando as grandes corporações tiram vantagem sobre enormes diferenças salariais e de condições de trabalho em diferentes países, por meio de uma espécie de “*dumping* trabalhista” que adota a estratégia de deslocamento de empregos pelo mundo a fora para baixar seus custos. Nesse contexto,

os operários dos países dominantes vivem constantemente sob a ameaça de que suas fábricas sejam fechadas e seus empregos, exportados. Assim é que o sul global pobre aparece na posição de um exército industrial de reserva, manipulado pelo capital global contra os trabalhadores não só no norte global como também em outras áreas do sul global. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 176-177).

Essa lógica viabiliza um aumento da exploração dos trabalhadores imigrantes, criando, segundo Santos (2012, p. 365), “uma camada de explorados-nômades a serviço de patrões-sedentários”²⁰⁸. Segundo essa racionalidade, os migrantes são “usados, abusados e logo descartados quando não forem mais necessários para o desenvolvimento das economias nacionais,

²⁰⁸ Santos (2012, p. 356) utiliza os tipos do “pastor” e do “camponês” para investigar axiologicamente os processos de institucionalização da persecução penal dos movimentos migratórios, salientando que “tais tipos não equivalem necessariamente e *in concreto* a quaisquer eventos reais, porém materializam dois modos-de-ser-no-mundo que expressam, tipologicamente, a situação problemática historicamente vivida pelos imigrantes e refugiados e os seus perseguidores.” Isso porque “o pastor e o camponês, figurados pela narrativa genealógica e mitológica, são dois modos-de-ser-no-mundo; dois mundos que se afirmam e se opõem, tornando-se, com o passar do tempo, pretextos teóricos para questões metafísicas, ideológicas e depois políticas. Cosmopolitismo dos viajantes nômades contra nacionalismo dos camponeses sedentários, oposição que agita a história desde o neolítico até as formas mais contemporâneas do imperialismo.”

para depois serem devolvidos aos seus países de origem.” Trata-se, em última análise, de uma tipologia dicotômica, segundo a qual “o forasteiro-nômade é ‘mau’ porque vem para ocupar o lugar econômico do nacional ‘bom’”. Isso implica

um *ressentimento* econômico dos sedentários-nacionalistas em relação aos nômades/cosmopolitas, e este ressentimento materializa-se ou em legislações repressoras, ou em ações econômicas de franca e aberta exploração, sem concessão de direitos, instrumentalizadas por ameaças de denúncia às autoridades responsáveis pelo controle dos fluxos migratórios. (SANTOS, 2012, p. 365).

Um câmbio de perspectiva na análise da temática requer, então, que os migrantes não mais sejam considerados enquanto integrantes de um exército de reserva e que, por isso, apenas oneram um Estado que cada vez mais se esvai. Pelo contrário, é necessário compreender que, mesmo os desempregados e subempregados contemporâneos são ativos na produção social, sendo que as suas próprias estratégias de sobrevivência diante da escassez e da ausência da tutela estatal exigem uma extraordinária habilidade e criatividade.

Deve-se considerar, também, que a luta dos pobres contra essa condição – o que em grande parte é representado pelos movimentos migratórios – não é apenas uma poderosa arma de protesto, mas sim uma afirmação do seu poder biopolítico, revelando, assim, um “ser” que é mais poderoso que o “ter”. Se ao longo do século XX os movimentos dos pobres nos países dominantes superaram a fragmentação, o desânimo, a resignação e até mesmo o pânico ocasionado pela pobreza, ao exigir dos governos nacionais a redistribuição da riqueza, hoje esses movimentos são potenciados, assumindo um caráter mais geral e biopolítico, pois colocados em nível global. Suas linguagens se misturam e interagem formando não uma linguagem unificada, mas uma força comum de comunicação e cooperação (HARDT; NEGRI, 2005).

Essa produção de subjetividade e do comum formam, então, juntas, uma relação simbiótica em forma de espiral. Quer dizer, “a subjetividade é produzida através da cooperação e da comunicação, e por sua vez esta subjetividade produzida vem a produzir novas formas de cooperação e comunicação, que por sua vez produzem nova subjetividade, e assim por diante.” E, nessa espiral,

“cada movimento sucessivo da produção de subjetividade para a produção do comum é uma inovação que resulta numa realidade mais rica.” Essa realidade mais rica, por sua vez, pode ser compreendida como a formação do corpo da *multidão*, “um tipo fundamentalmente novo de corpo, um corpo comum, um corpo democrático.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 247-248).

Quer dizer: ao contrário do que se afirma majoritariamente, o exemplo dado pelos “excluídos” da sociedade globalizada pode ser compreendido justamente enquanto um importante contributo para a revitalização do tecido societal. A virada paradigmática proposta, então, perpassa pela mudança de compreensão do que “são” os migrantes: antes de qualquer consideração meramente utilitarista, é imprescindível que se desvele a sua dimensão humana. Em última análise, é preciso libertá-los do cumprimento de qualquer tarefa, de modo a permitir a sua existência mesma, mirá-los enquanto “potencialidades”.

No universo do debate atual sobre o tema, assentado na lógica do nacionalismo e da soberania, cria-se um espaço de “tolerâncias” no qual só há espaço para os pares daqueles que se amoldam ao “padrão” considerado universal, qual seja, o do “modo-de-ser do camponês-sedentário-nacionalista”, na expressão de Santos (2012, p. 361), assentado na ideia de permanência, de tradição, aprisionamento e exclusão, amparados por discursos “recheados de preconceito, de injustiça, de discriminação e de violência em relação ao ‘Outro’, que facilmente transformam-se em repressões pelos aparelhos de Estado, até mesmo pela via penal.”

Por outro lado, o modo-de-ser dos migrantes parte de uma lógica absolutamente diversa: existir enquanto “pastor-nômade-cosmopolita” – segue Santos (2012, p. 361-362) – significa compreender a “diferença, no Outro, num vir-a-ser de encontros com o pluralismo e com a diversidade.” Aqui, os discursos assentam-se na ideia de encontro, de renovação, de liberdade, inclusão, enfim, de “hibridização de tradições que levam a novas e inusitadas combinações dos seres humanos, culturas, ideias, políticas, filmes, canções.” Nesse rumo, os migrantes representam “movimentos em busca de vida”, razão pela qual se pode afirmar que os valores que os alimentam “são fundamentalmente vitais, pois têm como referência os seres humanos, valoram os seres humanos.”

Essas matrizes fluidas, articuladas por meio de redes, podem configurar um perfeito exemplo de globalização ascendente ou contra-hegemônica. Isso porque não existe “a” globalização: o que ocorre apenas é que “frequentemente o discurso da globalização é a história dos vencedores contadas por estes”, o que faz com que os “derrotados” sejam olvidados (SOUSA SANTOS, 2008, p. 195). Portanto, na esteira de Sousa Santos (2008, p. 195-196), é preciso reconhecer a existência de “globalizações”, ou seja, de “feixes de relações sociais” que envolvem, necessariamente, conflitos e que, na medida em que se transformam, também transformam a globalização. Assim, para além da globalização (hegemônica) econômica, é possível falar em “outras globalizações”, contra-hegemônicas – como por exemplo o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade – que, em todo o mundo, oferecem “diferentes formas de resistência – iniciativas populares de organizações locais, articuladas com redes de solidariedade transnacional – que reagem contra a exclusão social” de forma a abrir espaço para “a participação democrática, para a construção da comunidade, para alternativas a formas dominantes de desenvolvimento e de conhecimento, em suma, para novas formas de inclusão social”, constituindo, assim, “um novo movimento democrático transnacional.”

Nesse sentido, como destaca Ferreira (2011, p. 264), os imigrantes, pela sua própria existência – e não necessariamente por meio de manifestações políticas conscientes – acabam por subverter o lugar comum (*topoi*) e obrigam a coletividade “a questionar a validade de conceitos e identidades estanques, fixas, imutáveis (conceitos e identidades *emuralhadas*).” Isso porque os migrantes “promovem o pensamento e a prática do *kosmopolites*, fazendo com que a Soberania territorial, dogmática e exclusiva, seja contestada.”

A credibilidade desse novo paradigma, o da globalização contra-hegemônica, ainda está em fase de estabelecimento. A sua sustentabilidade também ainda é uma questão em aberto. No entanto,

se medirmos a influência dos movimentos que lutam pela globalização contra-hegemônica em função de quatro níveis de impacto – identificação ou nomeação de novas questões (de exclusão, discriminação, etc.) e sua produção na agenda política nacional ou internacional; mudanças na retórica dos decisores políticos; transformações institucionais para enfrentar tais questões; impacto efetivo nas políticas concretas –, há razões para pensar que eles têm tido êxito em confrontar a globalização hegemônica nos dois primeiros níveis de impacto [...]. Resta saber quão bem sucedidos

serão, e quanto tempo levarão a sê-lo, nos dois últimos e mais exigentes níveis de impacto. (SOUSA SANTOS, 2008, p. 196).

Isso significa que o panorama desalentador revelado no presente trabalho, no sentido de que as nações democráticas ocidentais da contemporaneidade não se diferenciam muito dos Estados totalitários mais cruéis, nos quais a exceção se faz regra, impõe a compreensão de que, no fundo, democracia e totalitarismo fundam a sua soberania em um mesmo movimento, qual seja, o que faz da vida sua condição de possibilidade, o movimento que por meio da exclusão busca alcançar o que se lhe afigura como mais estranho: a *zoé*, a vida nua.

Como ressalta Pérez (2010, p. 48), “en el fondo, todo régimen político, sea democrático o no, sigue fundamentando su soberanía en la posibilidad de decidir quién pertenece y quién no pertenece a la comunidad, quién es el amigo y quién el enemigo, qué merece vivir y qué merece morir”. Todo Estado, por mais democrático que se conceba, “necessita desplegarse como máquina gubernamental para poder producir zonas de excepción, de vida nuda, para poder distinguir a cada instante *bíos* y *zoé*.” Isso é imprescindível para que se possa contar com uma “reserva” de vida nua disposta a converter-se em qualquer forma de vida social e politicamente funcional.

Diante de tal panorama, condição de possibilidade do novo paradigma acima assinalado por Sousa Santos (2008) pressupõe uma vida em comunidade que supere a lógica soberana. Nas palavras de Pérez (2012, p. 48), requer “una entidad sin soberanía – entendiendo que el movimiento soberano original implica la distinción entre *zoé* y *bíos* –, una comunidad que tendría la posibilidad de superar la escisión entre *zoé* y *bíos* debido a su carácter positivo, no excluyente.”

Ferrajoli (2010, p. 118) sustenta, a propósito, que nossa cultura, na atualidade, tem se esquecido das origens pouco luminosas da Ilustração jurídica e dos direitos universais:

aquellos derechos – *peregrinandi*, *migrandi*, *degen di* – fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los *indios* hasta Occidente, y servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados nacionales.

A realidade contemporânea é diametralmente oposta. A situação se inverte e a reciprocidade e universalidade daqueles direitos tem sido sistematicamente negada. Os direitos se convertem em direitos de “cidadania” e, em razão disso, são direitos “exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste.” (FERRAJOLI, 2010, p. 118). Verifica-se, aqui, claramente, o movimento – referido no capítulo 1 – apreendido pela obra agambeniana: por meio dessas declarações de direitos (que representam a passagem da soberania régia e de origem divina à soberania nacional), o “súdito” se transforma em “cidadão”, de modo que com o seu nascimento marca-se a inscrição da sua vida nua na lógica da soberania. As declarações de Direitos, nesse sentido, seriam justamente o *locus* da inscrição moderna da biopolítica. Por esse viés, as declarações de direitos fundamentais, ao lado da sua função emancipatória, cumprem também com a função de “abandono” da vida nua à violência dos mecanismos de poder.

Nesse sentido é que a obra de Agamben (2013) se afigura de extrema importância – tanto para o diagnóstico (empreendido nos capítulos precedentes) quanto para o que vem “depois do diagnóstico”. Isso porque, ao analisar a noção de comunidade, o autor busca subtrair dela qualquer fator negativo: tudo passa a ser inclusão, pertencimento, propriedade, possibilidade. A comunidade, aqui, é expropriada de todas as identidades para que possa se apropriar do pertencimento mesmo (existencial).

Na verdade, na proposta de Agamben, em última análise, a dicotomia inclusão/exclusão perde qualquer sentido, tornando-se obsoleta. Desta forma, o autor busca com sua obra aceder a uma nova política, assentada na lógica da amizade²⁰⁹ e em uma outra experiência do tempo que seja capaz de expor o homem efetivamente às exigências de compartilhamento da existência. O indivíduo, nesse marco, não precisa cumprir com nenhum requisito, elaborar nenhuma justificativa, senão somente “ser tal qual é”. Daí a afirmação de

²⁰⁹ Nesse sentido é o ensaio “O amigo”, no qual Agamben (2009, p. 88-89) faz uma interessante e peculiar leitura da obra “Ética a Nicômaco”, de Aristóteles, afirmando que a sensação de existir pressupõe “uma outra sensação, especificamente humana, que tem a forma de um *com-sentir* (*synaisthanesthai*) a existência do amigo. A amizade é a instância desse com-sentimento da existência do amigo no sentimento da existência própria. Mas isso significa que a amizade tem um estatuto ontológico e, ao mesmo tempo, político. A sensação do ser é, de fato, já sempre dividida e *com-dividida*, e a amizade nomeia essa *condivisão*.”

Agamben (2013, p. 9) no sentido de que “o ser que vem é o ser qualquer”²¹⁰, ou seja, a única divisão admissível em uma comunidade é a divisão puramente existencial. Não se admite, aqui, divisões e partilhas de classes de fundação comunitária (por exemplo, lugar de nascimento, língua, raça, etc) ou a ausência genérica de condições de fundação (comunidade negativa).

Nesse contexto,

o *ser-qual* é recuperado do seu ter esta ou aquela propriedade, que identifica o seu pertencimento a este ou aquele conjunto, a esta ou aquela classe (os vermelhos, os franceses, os muçulmanos) – e recuperado não para uma outra classe ou para a simples ausência genérica de todo pertencimento, mas para o seu *ser-tal*, para o próprio pertencimento. Assim, o *ser-tal*, que permanece constantemente escondido na condição de pertencimento (‘há um *x tal que* pertence a *y*’) e que não é de modo algum um predicado real, vem, ele mesmo, à luz: a singularidade exposta como tal é *qual-se-queira*, isto é, amável. (AGAMBEN, 2013, p. 10-11).²¹¹

Assim como o ser, deve-se propugnar por uma *comunidade* que vem: esta não é a comunidade que virá, mas a comunidade que nunca chega, que está em constante devir, que nunca acaba de chegar. Uma comunidade que vem – e que, por consequência, jamais termina de chegar – se afigura, nesse contexto, enquanto condição de possibilidade para que se possa evitar a expressão soberana por excelência e as cesuras que lhe subjazem: distinções entre o que está dentro e o que está fora, entre o que é próprio e o que é estranho, entre nacionais e estrangeiros, enfim, entre *zoé* e *bíos*. Como destaca Pérez (2012, p. 48), “una comunidad que jamás termina de llegar nunca está lo suficientemente acabada para dar lugar a tal movimiento soberano.” Em razão disso, a comunidade que vem só pode ser uma

²¹⁰ Analisando a etimologia do termo “qualquer”, o autor destaca que “na enumeração escolástica dos transcendentais (*quodlibet ens est unum, verum, bonum seu perfectum*, qualquer ente que se queira é uno, verdadeiro, bom ou perfeito), o termo que, permanecendo impensado em cada um, condiciona o significado de todos os outros é o adjetivo *quodlibet*. A tradução corrente no sentido de ‘não importa qual, indiferentemente’ é certamente correta, mas, quanto à forma, diz exatamente o contrário do latino: *quodlibet ens* não é ‘o ser, não importa qual’, mas ‘o ser tal que, de todo modo, importa’; isto é, este já contém sempre uma referência ao desejar (*libet*), o ser *qual-se-queira* está em relação original com o desejo.”

²¹¹ No mesmo sentido, a seguinte passagem: “Qualquer é a coisa *com todas as suas propriedades*, nenhuma das quais constitui, porém, diferença. A in-diferença com respeito às propriedades é o que individua e dissemina as singularidades, as torna amáveis (*quodlibet*ais). Assim como a palavra humana justa não é nem a apropriação de um comum (a língua) nem a comunicação de um próprio, do mesmo modo o rosto humano não é nem individuar-se de uma *facies* genérica nem o universalizar-se de traços singulares: é o rosto qualquer, no qual o que pertence à natureza comum e o que é próprio são absolutamente indiferentes.” (AGAMBEN, 2013, p. 27).

comunidade na qual a política é a amizade, ou seja, a “com-divisão” da própria existência.

O ser que vem, e que habita a comunidade que vem, então, é aquele que permanece, ao mesmo tempo, aberto e singular. Ele se funde no geral preservando sua singularidade. Em síntese, é o ser inacabado, aberto a outras possibilidades. Este ser amável definido por Agamben (2013) é o ser com todos os seus predicados, o ser tal qual é.

Com efeito, o amor não se dirige apenas a algumas peculiaridades do ser amado (características físicas ou psicológicas específicas, por exemplo), e tampouco prescinde destas particularidades em nome de uma insípida generalidade (amor universal): ele quer o ser com todos os seus predicados, o seu ser tal qual é. Deste modo, “a singularidade qualquer (o Amável) não é jamais inteligência de alguma coisa, desta ou daquela qualidade ou essência, mas somente inteligência de uma inteligibilidade.” (AGAMBEN, 2013, p. 11)²¹². Em outras palavras, isso significa que reconhecer alguém como amigo, como um ser amável, é justamente não poder reconhecê-lo como “algo”, uma vez que “não se pode dizer ‘amigo’ como se diz ‘branco’, ‘italiano’ ou ‘quente’ – a amizade não é uma propriedade ou uma qualidade de um sujeito.” (AGAMBEN, 2009, p. 85).

Ser *tal-qual*²¹³, sem deixar de estar exposto a ser de outra maneira é o que revela, segundo Agamben (2013), o milagre do mundo²¹⁴. Esse “ser tal qual” – do mundo e de todo o ser – é o “irreparável”²¹⁵, aquilo que é assim e

²¹² De acordo com Agamben (2013, p. 90), “as minhas qualidades, o meu ser-assim não são qualificações de uma substância (de um sujeito) que permaneça atrás delas, e que eu verdadeiramente seria. Eu não sou jamais *isto* ou *aquilo*, mas sempre *tal*, *assim*. *Eccum sic*: absolutamente. Não posse, mas limite; não pressuposto, mas exposição.”

²¹³ “Tal qual. Aqui a anáfora *tal* não remete a um termo referencial precedente (a uma substância pré-linguística) e *qual* não serve para identificar um referente que dê ao *tal* o seu sentido. o *qual* não tem outra existência a não ser o *tal*, e o *tal* não tem outra essência a não ser o *qual*. Eles se contraem um sobre o outro, se expõem mutuamente, e o que existe é o ser-tal, uma tal qualidade absoluta, que não remete a nenhum pressuposto.” (AGAMBEN, 2013, p. 90).

²¹⁴ Segundo Agamben (2013, p. 35), “talvez o único modo de compreender esse livre *uso de si*, que não dispõe, porém, da existência como de uma propriedade, é o de pensá-lo como um hábito, um *ethos*. Ser gerado a partir da própria maneira de ser é, de fato, a definição mesma do hábito (por isso os gregos falavam de uma segunda natureza): *ética é a maneira que não nos ocorre nem nos funda, mas nos gera*. E esse ser gerado pela própria maneira é a única felicidade verdadeiramente possível para os homens.”

²¹⁵ Como esclarece Agamben (2013, p. 43-44), “irreparável significa que elas [as coisas] são consignadas sem remédio ao seu ser-assim, que elas são, antes, precisamente e somente o seu *assim* [...]; mas significa, também, que, para elas, não há literalmente nenhum abrigo possível; que, no seu ser-assim, elas estão agora absolutamente expostas, absolutamente

não de outra maneira, mas que está exposto a ser de qualquer outra forma. Somente a partir do momento em que o “irreparável do mundo” é percebido, ou seja, em que as coisas em sua exposição sejam como são, é que se torna possível a salvação, uma salvação imanente que implica, antes de tudo, uma comunidade sem soberania: trata-se da salvação do caráter profano do mundo.

Nesse rumo, “ser tal qual” é ser exposto, o que significa uma vida sempre aberta a tomar esta ou aquela forma, mas sem jamais consolidar-se de maneira permanente em uma forma de vida dada, senão ser “forma-de-vida”. Dito de outra forma: em oposição às diversas formas de vida codificadas socialmente, a forma-de-vida é aquela que não demanda a separação entre *zoé* e *bíos*: ela conserva a potência e se encontra aberta a ser de qualquer forma. Trata-se, aqui, segundo Pérez (2012, p. 49), de “una vida que conserva su apertura, su exposición; de ahí que Agamben apunte que en tal forma-de-vida es imposible separar o aislar algo como la vida nuda.” Deste modo, “en una comunidad sin soberanía la separación de *zoé* y *bíos* resulta improcedente, porque la *bíos* conserva la apertura y exposición de la *zoé*.”

Em síntese: é preciso pensar para além do sujeito, ou seja, pensar uma “singularidade qualquer (*quodlibet*)” (AGAMBEN, 2013). A resolução do nexo entre lei e vida só é possível a partir dessa forma-de-vida que veda qualquer distinção entre *zoé* e *bíos*. Unidas, *zoé* e *bíos* se apresentam como condição de possibilidade para a superação do bando soberano.

Enquanto devir perene, a comunidade se opõe a qualquer forma de acabamento, o que suscita a questão sobre como escapar à concreção do processo e permanecer como abertura às possibilidades. Assume relevância, então, a ideia de inoperosidade cunhada por Agamben (2013) e que serve como resposta à objeção. Aqui, a saída não reside em uma potência que nunca passa ao ato. Pelo contrário, ela pressupõe uma potência que, ao passar ao ato sobrevive nele: suas possibilidades não se esgotam no ato, mas permanecem apesar do ato. Segundo Pérez (2012, p. 50), a potência “permanece como capacidad de desplegar el *poder de no ser*, resistirse a la concreción y al agotamiento en formas de vida últimas y acabadas.”

abandonadas.” Mais adiante, o autor (2013, p. 85) complementa: “O Irreparável não é nem uma essência nem uma existência, nem uma substância nem uma qualidade, nem um possível nem um necessário. Ele não é propriamente uma modalidade do ser, mas é o ser que já sempre se dá nas modalidades, é as suas modalidades. Não é *assim*, mas o seu *assim*.”

É importante destacar que o poder de não ser não se afigura enquanto mera passividade. Ele é considerado um poder verdadeiro, uma potência negativa que se esforça em não se esgotar, em não se concretizar nem em sua total negação nem em sua total afirmação. Eis o “ser tal” dos migrantes.

Assim como é capaz de ser, este poder é capaz de não ser. Como salienta Agamben (2013, p. 40), “somente uma potência que pode tanto a potência quanto a impotência é, então, a potência suprema. Se toda potência é tanto potência de ser quanto potência de não ser, a passagem ao ato só pode advir transportando [...], no ato, a própria potência de não ser.”

Nesse ponto, deve-se compreender que a noção de inoperosidade cunhada por Agamben não está relacionada à ideia de levar algo à inércia, à ineficácia. Pelo contrário, o autor preocupa-se em pensar uma categoria que viabilize um novo uso do que é posto em inoperosidade, razão pela qual “o movimento que torna inoperoso deve portanto deixar a potência intacta, cancelando somente as finalidades e as modalidades nas quais o seu exercício era investido.” (NASCIMENTO, 2012, p. 220). Dessa forma, as funções de uso do que é conduzido à inoperosidade sofrem uma considerável variação, mas não se anula inteiramente a possibilidade de usar.

Em Agamben (2013, p. 103), “inoperosidade não significa inércia, mas *katargesis* – isto é, uma operação na qual o *como* substitui integralmente o *que*, na qual a vida sem forma e as formas sem vida coincidem em uma *forma de vida*.” Assim, pode-se acrescentar que “a inoperosidade sugere um modo diverso de ser, um modo diverso de agir e de viver, ainda que isso determine apenas a transformação do mesmo.” (NASCIMENTO, 2012, p. 220)²¹⁶.

O conceito de inoperosidade, portanto, se mostra fundamental para que se possa pensar em uma forma de se desarticular a relação entre direito e violência, de modo a desativar e tornar inoperosos os dispositivos que viabilizam o aprisionamento do homem às redes biopolíticas da contemporaneidade. Daí a afirmação de Agamben (2011) no sentido de que

²¹⁶ Nascimento (2012, p. 220) utiliza-se, aqui, de um elucidativo exemplo para a compreensão da ideia de inoperosidade segundo Agamben: “um mesmo gesto, dependendo das circunstâncias em que é praticado, pode possuir uma natureza ou outra: numa festa entre os funcionários de um restaurante realizada depois do expediente de trabalho, aquele que serve a mesa passando a bandeja não o faz pelo dever de ofício, mas num gesto de pura gratuidade. O agir humano tornado inoperoso é suspenso na sua economia.”

nada é mais urgente do que a inclusão da inoperosidade nos próprios dispositivos²¹⁷.

Nesse rumo, pode-se afirmar que a superação da soberania não somente implicaria chegar a uma comunidade na qual é impossível a cisão entre *zoé* e *bíos* e, por consequência, não existe a figura da exceção. Em um modelo tal, tudo é pertencimento e se torna absolutamente desnecessário o isolamento e a divisão. Não há espaço, portanto, para a mixofobia. Nesse modelo, é possível, então, “ser tal qual é”, ou seja, ser pura exposição, possibilidade que se nega a assumir uma forma de vida determinada.

Em um mundo tal, Ferreira (2011, p. 263) reconhece que o imigrante não mais seria um problema. Ele apenas seria uma pessoa que se locomove por onde quer, escolhendo o lugar da sua residência, da sua morada. Nesse sentido, a figura do imigrante é interessante para a compreensão da proposta agambeniana: “ao mesmo tempo em que é visto como problema por muitos governos atuais, ele pode ser visto como uma potencialidade subversiva de derrubar as muralhas, derrubar as fronteiras.” Os migrantes trazem, assim, em sua própria característica de “‘andar pelo mundo’, ‘viajar pelo mundo’, uma centelha revolucionária (semelhante aos ciganos...)”

Agamben (2012) assevera que a vida nua foi, paradoxalmente, excluída da política e, concomitantemente, incluída e capturada através da sua exclusão, o que significa que a vida nua pode ser compreendida enquanto o fundamento negativo do poder. Na biopolítica moderna, essa separação atinge sua forma extrema: o cuidado e a decisão sobre a vida nua se tornam aquilo que está em jogo na política. Isso fica muito evidente a partir do que aconteceu nos estados totalitários do século XX: em todas essas experiências, o poder (que também assume a forma da ciência, como no exemplo do nazismo) é

²¹⁷ É importante observar, aqui, que Agamben (2009, p. 40-41) retoma o termo “dispositivo” da obra de Foucault para ampliá-lo e elevá-lo à categoria fundamental para compreensão do mecanismo político contemporâneo. Assim, dispositivo é considerado pelo autor como “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente [conforme a noção foucaultiana do termo], mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem, que talvez é o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar.”

quem decide, em última análise, sobre o que é uma vida humana e sobre o que ela não é. É por isso que o autor propõe o “pensar numa política das formas de vida, a saber, de uma vida que nunca seja separável da sua forma, que jamais seja vida nua.”

Aqui, a tarefa da *profanação* se apresenta como primordial e assume o sentido de fazer com que as coisas que saíram da esfera do humano por meio da “consagração” sejam restituídas ao livre uso dos homens. Se a consagração designa a separação entre a esfera dos deuses e dos homens²¹⁸, etimologicamente, “puro, profano, livre dos nomes sagrados, é o que é restituído ao uso comum dos homens.” (AGAMBEN, 20067, p. 65). Assim, “profanar designa o ato de restituir ao livre uso e comércio dos homens o que antes fora separado por algum tipo de consagração, interdição, indisponibilidade.” (NASCIMENTO, 2012, p. 224).

É importante, então, destacar a diferença estabelecida entre secularização e profanação: a primeira “é uma forma de remoção que mantém intactas as forças, que se restringe a deslocar de um lugar a outro”, de forma que “a secularização política de conceitos teológicos (a transcendência de Deus como paradigma do poder soberano) limita-se a transmutar a monarquia celeste em monarquia terrena, deixando, porém, intacto o seu poder.” Já a profanação refere-se à “neutralização daquilo que profana. Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado perde a sua aura e acaba restituído ao uso.” Assim, enquanto a secularização assegura o poder remetendo-o a um modelo sagrado, a profanação “desativa os dispositivos do poder e devolve ao uso comum os espaços que ele havia confiscado.” (AGAMBEN, 2007, p. 68).

O ato de profanar pode ser compreendido como uma forma especial de negligência, que ignora a separação operada pela religião, ou melhor, faz dela um uso particular. Profanar não significa apenas a abolição das separações, mas, sobretudo, aprender a fazer delas um novo uso, brincar com elas. Desse modo, a profanação pode assumir a forma de um jogo, que nada mais é que um uso totalmente incongruente do sagrado, uma vez que “a maioria dos jogos que conhecemos deriva de antigas cerimônias sacras, de rituais e de práticas

²¹⁸ Analisando a etimologia do termo religião, Agamben (2007, p. 66) constata que *religio* “não é o que une homens e deuses, mas aquilo que cuida para que se mantenham distintos.”

divinatórias que outrora pertenciam à esfera religiosa em sentido amplo.”²¹⁹ Dessa forma, “o jogo libera e desvia a humanidade da esfera do sagrado, mas sem a abolir simplesmente. O uso a que o sagrado é devolvido é um uso especial, que não coincide com o consumo utilitarista.” Nessa ótica, “da mesma forma que a *religio* não mais observada, mas jogada, abre a porta para o uso, assim também as potências da economia, do direito e da política, desativadas em jogo, tornam-se a porta de uma nova felicidade.” (AGAMBEN, 2007, p. 66-67).

Aqui, novamente, o “ser tal” dos migrantes permite uma aproximação à ideia de profanação: não sendo nem “daqui” nem “de lá”, o migrante se torna forte, justamente por dissolver a noção do “cá” e do “lá” enquanto expressões da soberania e, conseqüentemente, rígidos e excludentes. A partir desse processo, o “cá” e o “lá” se fundem, dando lugar a “outra coisa” (FERREIRA, 2011).

Dado o ímpeto com que o capitalismo interfere nas questões afetas à configuração da sociedade contemporânea – e, reflexamente, à imigração, que, como se demonstrou ao longo do segundo capítulo, no caso espanhol, e no tópico precedente, no caso brasileiro, acaba sendo gerida fundamentalmente em razão de aspectos utilitaristas relacionados a condicionantes econômicas – seria possível afirmar que a humanidade estaria em face de algo absolutamente “improfanável”, ou seja: a religião capitalista²²⁰, em sua fase extrema, seria incontornável?

Em uma entrevista concedida em 2012, Agamben refere que as expressões “crise” e “economia” não são utilizadas na contemporaneidade

²¹⁹ Nascimento (2012, p. 224-225) traduz a lógica do jogo proposta por Agamben a partir de um elucidativo exemplo: “os jogos espetaculares são em boa medida um exemplo de como nossa cultura escamoteia via subterfúgios mais diversos o âmbito religioso, embora se aproprie de seus dispositivos, sempre operando com mecanismos de separação. O nosso mundo secularizado é aquele em que jogos de futebol manifestam um forte desejo de religiosidade, produzindo, sem o admitir abertamente, templos, altares, santos, veste litúrgica, rituais, dízimo, hinos de louvor, exaltação, êxtase, sacrifício, fanatismo.” Agamben (2007, p. 67) também explicita a ideia de profanação por meio do jogo a partir de um exemplo: “as crianças, que brincam com qualquer bugiganga que lhes caia nas mãos, transformam em brinquedo também o que pertence à esfera da economia, da guerra, do direito e das outras atividades que estamos acostumados a considerar sérias. Um automóvel, uma arma de fogo, um contrato jurídico transformam-se improvisadamente em brinquedos.”

²²⁰ Na esteira de Walter Benjamin, Agamben (2012) assevera que “o capitalismo é uma religião, e a mais feroz, implacável e irracional religião que jamais existiu, porque não conhece nem redenção nem tregua. Ela celebra um culto ininterrupto cuja liturgia é o trabalho e cujo objeto é o dinheiro.”

como conceitos, mas sim como “palavras de ordem, que servem para impor e para fazer com que se aceitem medidas e restrições que as pessoas não têm motivo algum para aceitar.” A expressão “crise”, nesse sentido, “significa simplesmente ‘você deve obedecer!’.” Segundo o autor, isso decorre da constatação de que é “evidente para todos que a chamada ‘crise’ já dura décadas e nada mais é senão o modo normal como funciona o capitalismo em nosso tempo. E se trata de um funcionamento que nada tem de racional.” (AGAMBEN, 2012).

Na ótica de Agamben (2012), o Banco assume, na contemporaneidade, com seus cinzentos funcionários e especialistas, o lugar da Igreja e dos padres e, ao governar o crédito, até mesmo dos Estados, manipula e gere a fé que a contemporaneidade ainda traz consigo. A partir do título de uma reportagem publicada em um jornal italiano (“Salvar o euro a qualquer preço”), o autor aduz que é possível evidenciar o caráter religioso do capitalismo, já que “salvar” é um termo religioso. No entanto, a expressão “a qualquer preço” significaria, inclusive, o sacrifício de vidas humanas? Daí a conclusão de que “só numa perspectiva religiosa (ou melhor, pseudo-religiosa) podem ser feitas afirmações tão evidentemente absurdas e desumanas.”

Nessa lógica, evidencia-se que o capitalismo “generaliza e absolutiza, em todo âmbito, a estrutura da separação que define a religião.” (AGAMBEN, 2007, p. 71). E mais: Agamben (2009, p. 42) entende que a fase extrema do desenvolvimento capitalista atual pode ser definida como uma “gigantesca acumulação e proliferação de dispositivos.”

Segundo Agamben (2012)

a nova ordem do poder mundial funda-se sobre um modelo de governamentalidade que se define como democrática, mas que nada tem a ver com o que este termo significava em Atenas. E que este modelo seja, do ponto de vista do poder, mais econômico e funcional é provado pelo fato de que foi adotado também por aqueles regimes que até poucos anos atrás eram ditaduras. É mais simples manipular a opinião das pessoas através da mídia e da televisão do que dever impor em cada oportunidade as próprias decisões com a violência. As formas da política por nós conhecidas – o Estado nacional, a soberania, a participação democrática, os partidos políticos, o direito internacional – já chegaram ao fim da sua história. Elas continuam vivas como formas vazias, mas a política tem hoje a

forma de uma “economia”, a saber, de um governo das coisas e dos seres humanos²²¹.

Mesmo diante dessa religião capitalista que se afigura improfanável, Agamben adota uma perspectiva otimista²²², ao salientar que há formas eficazes de profaná-la. Segundo ele (2012), “a tarefa que nos espera consiste, portanto, em pensar integralmente, de cabo a cabo, aquilo que até agora havíamos definido com a expressão, de resto pouco clara em si mesma, ‘vida política’”. Em outras palavras, é possível, então asseverar que Agamben nos convida a reexaminar as bases da autoridade jurídico-política para, ao invés de justificar o poder soberano, conceber uma comunidade política que não o pressupõe. Agamben projeta uma comunidade que está além da tradição da soberania. O abandono das narrativas patrióticas e uma inextrincável relação entre política e subjetividade se impõem.

Para tanto, o autor refere que é preciso ter em mente que “a profanação não restaura simplesmente algo parecido com um uso natural, que preexista à sua separação na esfera religiosa, econômica ou jurídica.” Como evidenciado pelo exemplo do jogo, a operação da profanação “é mais astuta e complexa e não se limita a abolir a forma da separação para voltar a encontrar, além ou aquém dela, um uso não contaminado.” (AGAMBEN, 2007, p. 74). A profanação se afigura, então, como um “contradispositivo” (AGAMBEN, 2009, p. 45).

Um bom exemplo disso pode ser buscado em uma profanação que ocorre na natureza:

o gato que brinca com um novelo como se fosse um rato – exatamente como a criança fazia com antigos símbolos religiosos ou com objetos que pertenciam à esfera econômica – usa conscientemente de forma gratuita os comportamentos próprios da atividade predatória (ou, no caso da criança, próprios do culto religioso ou do mundo do trabalho). Estes não são cancelados, mas, graças à substituição do novelo pelo rato (ou do brinquedo pelo objeto sacro), eles acabam desativados e, desta forma, abertos a um novo e possível uso. (AGAMBEN, 2007, p. 74).

²²¹ Para o autor (2012), “poder-se-ia afirmar hoje que o Estado considera todo cidadão um terrorista virtual. Isso não pode senão piorar e tornar impossível aquela participação na política que deveria definir a democracia. Uma cidade cujas praças e cujas estradas são controladas por videocâmaras não é mais um lugar público: é uma prisão.”

²²² Parafraseando Marx, em uma de suas correspondências, Agamben (2012) assevera que “a situação desesperada da época em que vivo me enche de esperança”.

Aqui reside o ponto fundamental: a profanação e o comportamento libertador que lhe subjaz (como o do gato que brinca com o novelo) reproduzem e ainda expressam gestualmente as formas da atividade da qual se emanciparam. No entanto, esvaziam essas formas de seu sentido e da relação imposta com uma finalidade, promovendo a sua abertura e a sua disponibilização para um novo uso. Há, aqui, um duplo processo de libertação: no exemplo do gato, o jogo com o novelo representa a libertação do rato da condição de presa, mas também representa a libertação da atividade predatória do gato do fato de estar necessariamente voltada para a captura e a morte do rato mas, ao mesmo tempo, ele apresenta os mesmos comportamentos que definiam a caça.

Deste modo, é possível afirmar que a atividade que resulta da profanação se transforma em um puro meio, o que significa que ela se transforma em “uma prática que, embora conserve tenazmente a sua natureza de meio, se emancipou da sua relação com uma finalidade, esqueceu alegremente o seu objetivo, podendo agora exhibir-se como tal, como meio sem fim.”²²³ Em síntese: “a criação de um novo uso só é possível ao homem se ele desativar o velho uso, tornando-o inoperante.” E mais: “as formas desse uso só poderão ser inventadas de maneira coletiva.” (AGAMBEN, 2007, p. 74-75).

Nesse rumo, tornar inoperante a noção de soberania que promove a separação entre *zoé* e *bíos* só é possível por meio da profanação. A biopolítica contemporânea se consolida enquanto um domínio *sobre a vida*. A profanação, então, é uma forma que se coloca à disposição da humanidade para que se possa resistir a este domínio. Por meio da profanação é possível tentar uma nova política, um novo ser humano, uma nova comunidade, ao promover justamente o *avesso* à vida nua, qual seja: a potência *da* vida. Em outras palavras: a potência da vida humana como potência de ser mas também como potência de não ser (exposição às possibilidades).

Chueiri (2005, p. 104) refere, a propósito, que

²²³ Reitera Agamben (2007, p.75) que “profanar não significa simplesmente abolir e cancelar as separações, mas aprender a fazer delas um uso novo, a brincar com elas. A sociedade sem classes não é uma sociedade que aboliu e perdeu toda memória das diferenças de classe, mas uma sociedade que soube desativar seus dispositivos, a fim de tornar possível um novo uso, para transformá-las em meios puros.”

neste limiar em que vivemos, no qual a ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida, não nos cabe reivindicar a volta ao Estado de direito, já que os próprios conceitos de Estado e de direito estão em questão. Cabe, pois, no limite da tensão provocada pelo Estado de exceção pensar no que articula a vida e direito, anomia e *nomos*, *auctoritas* e *potestas*. Desmascarar tal articulação não restitui o Estado à sua condição original, mas abre possibilidades para uma ação política comprometida e, nesse sentido, crítica.²²⁴

No caso dos migrantes, isso significa considerá-los “tal qual são”, ou seja, não esperar que eles cumpram com esta ou aquela função no contexto de uma determinada sociedade, mas viabilizar que eles sejam potencialidades. Com efeito, o ser “tal qual” dos imigrantes pode ser considerado como uma importante forma de resistência que emerge na sociedade do controle biopolítico. Como já salientava Foucault (2012, p. 106), as formas de resistência que surgem nesse modelo de sociedade não são enraizadas em uma espécie de “Grande Recusa”. Pelo contrário, o que existe são

resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder.

Na ótica foucaultiana, essas resistências estão distribuídas no tecido social de modo irregular, disseminando-se com mais ou menos densidade no tempo e no espaço, provocando, não raras vezes, o levante de grupos ou indivíduos de forma definitiva. No entanto, essas grandes rupturas são exceções: é mais comum que esses pontos de resistência sejam móveis, transitórios, e que introduzam na sociedade clivagens que se deslocam, rompendo unidades e suscitando reagrupamentos, percorrendo os próprios

²²⁴ Em entrevista concedida à Folha de São Paulo (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1809200505.htm>>. Acesso em 23 abr. 2014), Agamben afirma que “o que está realmente em questão é, na verdade, a possibilidade de uma ação humana que se situe fora de toda relação com o direito, ação que não ponha, que não execute ou que não transgrida simplesmente o direito. Trata-se do que os franciscanos tinham em mente quando, em sua luta contra a hierarquia eclesiástica, reivindicavam a possibilidade de um uso de coisas que nunca advém direito, que nunca advém propriedade.

E talvez “política” seja o nome desta dimensão que se abre a partir de tal perspectiva, o nome de livre uso do mundo. Mas tal uso não é algo como uma condição natural originária que se trata de restaurar. Ela está mais perto de algo de novo, algo que é resultado de um corpo-a-corpo com os dispositivos do poder que procuram subjetivar, no direito, as ações humanas. Por isto, tenho trabalhado recentemente sobre o conceito de “profanação” que, no direito romano, indicava o ato por meio do qual o que havia sido separado na esfera da religião e do sagrado voltava a ser restituído ao livre uso do homem.”

indivíduos, recortando-os e remodelando-os, enfim, traçando nos seus corpos e almas regiões irreduzíveis.

Segundo De Giorgi (2006, p. 109-110), essas resistências se desenvolvem em uma “molecularidade de conflitos difusos”, ou seja, são caracterizadas “pela multiplicidade de formas, pela irreduzibilidade a qualquer práxis hegemônica, pela hibridação contínua das práticas e pela amplitude com que se manifestam.” Elas estão localizadas justamente no interior de uma determinada economia e racionalidade “para sabotá-las, subtraí-las, torná-las ineficazes”, ou seja, “minar a sua eficácia por dentro, quase um axioma daquilo que podemos definir como uma genealogia do nexo poder-resistência.”²²⁵

Essas formas de resistência configuram-se como práticas de contestação dos dispositivos que obrigam os indivíduos a acatar identidades pré-constituídas e a se colocar em espaços de controle pré-dispostos. Trata-se de resistências singulares, na maior parte das vezes subterrâneas, que sempre se tenta ocultar ou invisibilizar, mas que delineiam uma nova cartografia das resistências biopolíticas (DE GIORGI, 2006)²²⁶.

A melhor política migratória, aqui, se afigura justamente como aquela que não se ocupa em definir papéis – por exemplo, relacionando ou condicionando a imigração às exigências do mercado e trabalho e/ou ocupando-

²²⁵ No mesmo sentido, Agamben (2013, p. 61) assevera que “a pequena burguesia planetária é verossimilmente a forma na qual a humanidade está se confrontando com a sua própria destruição. Mas isso significa, também, que ela representa uma ocasião inaudita na história da humanidade, que esta não deve, sob hipótese nenhuma, deixar escapar. Pois, se os homens, em vez de procurarem ainda uma identidade própria na forma imprópria e insensata da individualidade, conseguissem aderir a essa impropriedade como tal, fazer do próprio ser-assim não uma identidade e uma propriedade individual, mas uma singularidade sem identidade, uma singularidade comum e absolutamente exposta – isto é, se os homens pudessem não ser-assim, nesta ou naquela identidade biográfica particular, mas ser o assim, a sua exterioridade singular e o seu rosto, então a humanidade teria acesso pela primeira vez a uma comunidade sem pressupostos e sem sujeitos, a uma comunicação que não conheceria mais o incomunicável.”

²²⁶ De Giorgi (2006, p. 112-113) salienta que “a incapacidade de compreender e governar o real determina a transição a um poder de controle do excesso que *não é mais produção, mas sim pura destruição de subjetividades*. Através da vigilância, do gueto, do internamento, da guerra contra a imigração, da guerra humanitária, ele cultiva a ilusão de constranger a multidão em categorias definidas, de dispô-la segundo linhas hierárquicas, impondo-lhe uma ordem pré-concebida. Não conseguindo exercer-se sobre o ‘tornar múltiplo’ dos sujeitos, o governo do excesso os cristaliza, atribuindo-lhes violentamente uma identidade pré-definida – de imigrante, desempregado, criminoso – necessária para tornar possível o regime de vigilância. Mas à violência desta imposição de identidade acrescenta-se imediatamente uma outra, a distribuição das diversas classes de indivíduos nos não-lugares do controle: a imigração nas ‘zonas de espera’ do Império, o desemprego nos guetos metropolitanos, a precariedade nas dobras do trabalho negro, o desvio no cárcere, o trabalho imaterial nas redes, as diversidades existenciais nas margens.”

se precipuamente do controle de fronteiras em defesa dos direitos da “cidadania” em oposição aos direitos dos *aliens*, utilizando-se, para tanto, de medidas de cunho repressivo na esfera penal. Desde a década de 1970, já se afirmava, nesse sentido, que “a única política possível em termos de imigração é precisamente uma ausência de política.” (SAYAD, 1998, p. 60).

É esta a luta pela ética que se impõe na contemporaneidade: não se está mais diante da necessidade de cumprimento da norma existente, ou da realização desta ou daquela essência humana, desta ou daquela vocação histórica. A luta pela ética é a luta pela liberdade, ou seja, a luta para que todos possam experimentar sua própria existência como possibilidade ou potência, ou seja, potência de ser e de não ser.

Os imigrantes são um exemplo paradigmático disso. Como destaca De Giorgi (2006, p. 113-114), o desejo de mobilidade, de subtração e de fuga dos migrantes

esbarra diariamente nos dispositivos de controle e de localização forçada da multidão, expressando uma ‘crítica prática’ a eles. As políticas de controle das migrações se traduzem numa expropriação sistemática dos desejos, das motivações e das expectativas que inspiram os projetos migratórios. Na metrópole pós-fordista, é retirada a palavra ao migrante, a linguagem e a possibilidade de comunicar a própria condição existencial. Ihe são tolhidas, reduzindo-o, assim, à afasia. Vemos desenvolver-se aqui, de modo exemplar, a racionalidade dos dispositivos de controle pós-fordistas. Ao mesmo tempo classe trabalhadora e classe perigosa, excesso positivo e excesso negativo, os migrantes devem ser privados exatamente daquelas faculdades comunicativas, linguísticas e afetivas que fazem deles uma subjetividade constitutiva da força de trabalho social. o objetivo é contrastar o auto-reconhecimento de si como parte da multidão, de impedir a construção de laços e formas de cooperação social e política que possam dar corpo à rebelião. Os migrantes constituem então uma imagem paradigmática da multidão pós-fordista e indicam, sobretudo, as formas de resistência a que ela pode dar vida, dentro e contra o novo regime do governo do excesso.

Uma política – ou a-política – migratória adequada a essa perspectiva, portanto, pressupõe abandonar as soluções que nos foram apresentadas pela modernidade. É preciso abandonar a visão de que tudo pode ser resolvido por meio do cumprimento da norma. Em síntese: a profanação pressupõe um abandono na aposta no “Estado de Direito”. Isso porque “*o fato novo da política que vem é que ela não será mais a luta pela conquista ou pelo controle do Estado, mas a luta entre o Estado e o não-Estado (a humanidade), disjunção*

irremediável entre as singularidades quaisquer e a organização estatal.” (AGAMBEN, 2013, p. 78)²²⁷.

A afirmação de que o Estado de Direito atua enquanto uma cápsula de contenção do estado de polícia, nesse rumo, não significa outra coisa senão que o que a “arca” do poder contém em seu centro é o estado de exceção, este “espaço vazio, onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida.” (AGAMBEN, 2004, p. 131). O estado de exceção não é outra coisa senão um estado kenomático, ou seja, um vazio e uma interrupção do direito que, como se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, se converte em regra na contemporaneidade. É por isso que “o retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de ‘estado’ e de ‘direito.’” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

O essencial, então, é buscar uma forma de “deter a máquina”, revelando justamente essa sua ficção central: a tarefa, então é demonstrar que não há, em essência, uma articulação substancial entre violência e direito, entre vida e norma. O caminho, aqui, perpassa não pela anulação, mas pela desativação e inatividade do direito. Em outras palavras: que se aprenda a fazer um outro uso dele. Anular, em última análise, a força de lei (AGAMBEN, 2004).

Nesse rumo, considerar as singularidades quaisquer – como proposto neste ponto – não tem nenhuma possibilidade de formar uma *societas*, o que decorre do fato de não possuírem nenhuma identidade para fazer valer e nenhum laço de pertencimento para ser reconhecido. Quando se considera que um Estado pode reconhecer qualquer reivindicação de identidade que seja – a exemplo das relações entre Estado e terrorismo na contemporaneidade – também se deve considerar que esse mesmo Estado não tolera que singularidades quaisquer façam comunidade sem reivindicar uma identidade ou que homens copertenciam sem uma condição representável de pertencimento, afinal, o Estado não se funda no laço social – do qual seria expressão – mas na sua dissolução – que ele interdita (AGAMBEN, 2013).

²²⁷ Na entrevista referida na nota 215, Agamben salienta que “nossa concepção de democracia ainda está muito dominada pelo paradigma do Estado de Direito, ou seja, pela idéia de que podemos estabelecer um quadro constitucional e normativo a partir do qual uma sociedade justa advém possível. Mas minhas pesquisas me mostraram que o problema fundamental não diz respeito à Constituição ou à lei; diz respeito ao governo.”

Revela-se necessário, então, mostrar o direito “em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito”, o que significa abrir entre eles um “espaço para ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome de ‘política’.” Na verdade, esta política sofreu um eclipse duradouro justamente porque foi “contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito.” (AGAMBEN, 2004, p. 133).

Na verdade, a política verdadeira é apenas aquela que revela e corta o nexo entre a violência e o direito. É somente por meio dela, e do espaço que ela abre, que se torna possível colocar a questão a respeito “de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida.” Assim, a uma palavra não coercitiva – ou seja, que não comanda e não proíbe – que diz apenas ela mesma, corresponde uma ação como “puro meio” que mostra só a si mesma, sem relação a nenhuma finalidade ou objetivo. No espaço entre as duas, aparece então “não um estado original perdido, mas somente o uso e a praxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção.” (AGAMBEN, 2004, p. 133).

Buscar pelas singularidades quaisquer, que se apropriam do próprio pertencimento e que recusam toda identidade e condição de pertencimento é o primeiro passo do processo que tem por objetivo justamente profanar o improfanável, que se afigura como a principal tarefa política da geração que vem. E aqui deve-se salientar que a singularidade qualquer que recusa toda identidade e toda condição de pertencimento é a principal inimiga do Estado, o que revela que a tarefa em questão é árdua.

CONCLUSÕES

As atrocidades praticadas nos campos de concentração nazistas foram amparadas na Constituição de Weimar. As torturas perpetradas contra os prisioneiros na Baía de Guantánamo não levaram em consideração o disposto na Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 1949²²⁸, e em nenhum momento o foco das discussões sobre as torturas recaiu sobre a possibilidade de o Presidente designar qualquer indivíduo como “combatente inimigo”, o que acabou sendo aceito – até mesmo pelo Judiciário²²⁹ norte-americano – como um poder inerente à função do chefe do Executivo.

Na Espanha, a violação sistemática aos mais elementares direitos dos imigrantes – particularmente os que se encontram em situação irregular – ocorre sob o manto de uma Constituição que dispõe, em seu art. 10, apartado primeiro, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. O apartado segundo complementa o sentido da norma, dispondo que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Na realidade brasileira, as violentas incursões policiais nos morros cariocas²³⁰ e a alarvaria ínsita ao sistema carcerário²³¹ são praticadas sob a

²²⁸ A Convenção em questão estabelece alguns limites ao tratamento dos prisioneiros de guerra, estabelecendo, por exemplo, a obrigação de tratar os prisioneiros humanamente, vedando taxativamente a tortura e quaisquer atos de pressão física ou psicológica, a observância das regras sanitárias adequadas, no que concerne à higiene e alimentação, bem como o respeito à religião dos prisioneiros. O texto integral da Convenção está disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²²⁹ No julgamento “Hamdi versus Rumsfeld”, a Suprema Corte Americana confirmou a legalidade de prisões de indivíduos intitulados “combatentes inimigos” decidindo, por maioria de votos, que a Constituição permitiria a detenção dos inimigos combatentes por parte do Poder Executivo sem a observância do procedimento penal ordinário. Além disso, visando a manter parte dos poderes excepcionais do Executivo, o Tribunal concluiu pela possibilidade de utilização de simples evidências testemunhais secundárias, bem como que uma “evidência plausível” do *status* de inimigo combatente poderia estabelecer a presunção daquela qualificação (FALLON; MELTZER, 2007).

²³⁰ Um excelente relatório sobre a violação sistemática de Direitos Humanos dos moradores de morros cariocas em decorrência de operações policiais foi elaborado pela Anistia Internacional (2005) sob o título: “Eles entram atirando”.

vigência de uma Constituição que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus sustentáculos (art. 1º, III). Trata-se da mesma Constituição que viabiliza o tratamento truculento de imigrantes haitianos por parte de autoridades públicas brasileiras, e que não dá conta de impedir a exploração da mão-de-obra dos imigrantes bolivianos nas oficinas de costura paulistas.

É também a mesma Constituição que assiste o crescimento das filas de doentes pobres nas filas dos hospitais, a acumulação de pacientes em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários²³², a exploração de trabalhadores exaustos nos campos de cultivo de cana-de-açúcar e nas minas de carvão, a proliferação de crianças submetidas à prostituição²³³ e ao trabalho escravo, o crescimento do número de moradores de ruas nos grandes centros urbanos, etc.

Esse pequeno – quando comparado com a amplitude de situações congêneres – rol de fatos que representam uma extrema violação a Direitos Humanos ocorre sob a vigência de Declarações Internacionais de Direitos que de longa data inspiram os discursos jurídico-políticos e tem dado sustentação àquilo que, teoricamente, denomina-se Estado Democrático de Direito.

Paradoxalmente, esse modelo de Estado preconiza a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos como forma privilegiada de conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando o desenvolvimento humano. É também esse modelo de configuração estatal que preconiza que a principal função a ser desempenhada pelo Direito Penal é a de redução e contenção do poder punitivo, de forma a mantê-lo dentro dos limites menos irracionais possíveis, colimando impedir a guerra e permitir que os conflitos sociais e políticos sejam resolvidos de forma não violenta. Típico deste modelo seria, portanto, um Direito Penal que está a serviço da contenção das pulsões absolutistas do Estado de polícia, e que, em

²³¹ O livro “Mutirão Carcerário”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se afigura, nesse tema, como uma importante referência para a compreensão da situação deletéria das penitenciárias brasileiras. O material encontra-se disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²³² E o genocídio descrito na já referida obra de Arbex (2013), aqui, é um exemplo paradigmático.

²³³ O documentário “Cinderelas, Lobos e um Príncipe Encantado” (2008) afigura-se, aqui, como uma obra de extrema relevância pra compreensão do assunto da exploração sexual de crianças e adolescentes por meio do chamado “turismo sexual”.

virtude disso, é utilizado como *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes. Em um marco tal, o respeito aos direitos fundamentais do ser humano seria o pressuposto central da intervenção punitiva.

Como se justificam, então, as violações acima referidas? A “mudança de rota” da pesquisa, acenada na introdução, foi que viabilizou uma possível resposta a esta objeção.

De fato, a partir do momento em que se descortinou o universo da biopolítica – a partir das obras de Foucault e Agamben – foi que se tornou possível a compreensão de que a exposição à morte é justamente o que viabiliza o exercício do poder na contemporaneidade. A biopolítica representa o movimento por meio do qual se dá a implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder. E é precisamente o estudo da biopolítica que viabilizou a compreensão dos motivos pelos quais o homem da contemporaneidade encontra-se exposto a uma violência sem precedentes: nunca antes na história ele foi exposto à morte de forma tão corriqueira e trivial como atualmente.

É isso que permite compreender como se dá o nexo entre sistemas tão incompatíveis a uma primeira vista: tanto nas democracias parlamentares quanto nos estados totalitários, o centro das intervenções políticas é a vida. É isso que explica como experiências políticas tão antagônicas podem se apresentar sem solução de continuidade, porque os sistemas podem se transmutar um no outro com extrema facilidade. Enfim, como o estado de exceção pode se tornar, como denunciado pela obra agambeniana, o paradigma dominante da política contemporânea. Afinal, a partir do momento em que o referente fundamental das distinções políticas tradicionais (direita, esquerda, liberalismo, totalitarismo, público, privado...) passa a ser a vida nua, elas perdem sua clareza e inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação.

Nesse sentido, a figura do *homo sacer* se transforma no paradigma da política moderna. E a questão do tratamento da imigração irregular se apresenta, nesse ponto, como um profícuo campo de análise da irrupção dessa figura. Isso porque o migrante em situação irregular habita um espaço anômico, ou seja, um ambiente no qual aquilo que é excluído da norma geral não está, em razão disso, absolutamente fora de relação com a norma, mas se mantém

em relação com ela na forma da suspensão: a norma se aplica à exceção desaplicando-se. O imigrante irregular, ao representar aquilo que em nenhuma hipótese pode ser incluído, vem a ser incluído justamente pela via da exceção. A lei aplica-se-lhe desaplicando-se, mantendo o imigrante em seu “bando” ao abandoná-lo fora de si. O *homo sacer*, então, se revela: ele é o indivíduo que é posto para fora da jurisdição humana sem que, com isso, passe para a esfera divina.

Aqui se encontra, então, o ponto fundamental: o préstimo fundamental da soberania é justamente a produção da vida nua. Nesse sentido, os direitos humanos exprimem, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de sacrifício, a uma exposição irreparável a uma relação de abandono. A vida humana (zoé) se politiza (*bíos*) somente na medida em que é abandonada a um poder incondicionado de morte.

Revela-se, nesse ponto, uma nova compreensão dos direitos humanos e das declarações de direitos fundamentais. Elas passam a representar a inscrição da vida natural na ordem jurídica e política do Estado-nação. A vida nua que outrora pertencia a deus, agora integra, em primeiro plano, a estrutura do Estado e se transforma no principal fundamento de sua legitimidade e soberania. Isso justifica a sobredita exposição sem precedentes do homem contemporâneo à violência: se o estado de exceção se converte na regra, todos são, virtualmente, *homines sacri*. Em outras palavras, isso significa afirmar que a biopolítica, na contemporaneidade, é a única forma de política existente.

As contínuas cesuras operadas, então, pela biopolítica contemporânea – a exemplo da analisada no presente estudo, entre nacionais e estrangeiros – representa nada além do que a sua necessidade de redefinir constantemente o limiar que articula e separa o que está dentro e o que está fora. A zoé politizada por meio das declarações de direitos precisa ser constantemente cindida para que esses limiares permitam isolar uma quantidade de vida sacra necessária para a perpetuação do poder. Os imigrantes, então, podem ser compreendidos como um dos resultados dessas cesuras. Afinal, há uma crescente produção de vida nua que não mais pode ser inscrita no ordenamento e o “descolamento” crescente entre o nascimento (vida nua) e o

Estado é justamente o fato da política contemporânea que fica evidenciado pelo “ser tal” dos migrantes.

A sutileza desse movimento apreendido pela obra foucaultiana e agambeniana foi fundamental para que a pesquisa tomasse um novo rumo. A hipótese básica inicial não foi inteiramente refutada, afinal, o quadro apresentado nos dois primeiros capítulos, bem como no primeiro tópico do capítulo terceiro, indica que a ideia central que orientou a construção do projeto de pesquisa manteve-se incólume.

Isso porque se evidenciou justamente que o medo e a insegurança que permeiam as relações sociais na contemporaneidade, em decorrência das novas tecnologias e da incerteza que o futuro da sociedade globalizada representa, bem como diante do enxugamento até o limite máximo do modelo de Estado pautado no bem-estar social, conduzem a um ambiente de “mixofobia”, onde o “medo de misturar-se” com estrangeiros cada vez mais se acentua. Esse medo surge, em primeiro lugar, porque os estrangeiros são considerados “parasitas” do referido modelo de Estado, e, em segundo lugar, porque eles trazem consigo a possibilidade eventual de serem “terroristas”, o que decorre justamente do ambiente de “guerra global” que se instaurou nos albores do século XXI, em especial depois dos atentados terroristas ocorridos em Nova Iorque em setembro de 2001.

Como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, bem como da utilização deste “medo” enquanto “capital político”, a população passa a clamar por uma maior presença e eficácia das instâncias de controle social. Em razão disso, o Direito Penal que se estrutura nesse contexto, em atenção a estes anseios populares, passa por um processo de expansão do seu raio de intervenção, com uma significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da política criminal – o que restou evidenciado particularmente pelo tipo penal consubstanciado no art. 318bis do Código Penal espanhol e na medida de expulsão prevista no art. 89 do mesmo Código .

Tais dispositivos revelam que a busca por “eficiência” exige a adequação dos conteúdos do Direito Penal e Processual Penal à nova realidade, o que perpassa por um processo de “atualização” dos instrumentos punitivos, com a consequente flexibilização e/ou supressão de garantias penais e processuais

penais liberais. O Direito Penal do Inimigo, aqui, se afigura como o legado de Gunther Jakobs para a construção de um modelo de Direito Penal da exclusão.

Considerando-se o fato de que o processo de expansão do Direito Punitivo coincide com o processo de dismantelamento do Estado de bem-estar social, pode-se afirmar que é exatamente nesse contexto que surge um dos principais problemas do fenômeno expansivo: o Direito Penal passa a ser considerado um instrumento privilegiado de controle e disciplinamento daqueles estratos sociais “eleitos” para representarem a “personificação do mal”, afinal, embora os “novos inimigos” da sociedade de risco sejam perigosos, não se pode, por meio do Direito Penal para eles especialmente criado, legitimar a repressão sobre os pequenos delinqüentes comuns, quais sejam, os *dissidentes internos* ou os *indesejáveis* em uma determinada ordem social.

Com isso, pretende-se justificar um controle maior sobre toda a população tendo por escopo prevenir a infiltração dos *terroristas*, o que permite concluir que, no que se refere à sua instrumentalização para o “combate” à imigração irregular, o Direito Penal encontra-se na contemporaneidade trilhando um caminho de retrocesso rumo a um modelo de Direito Punitivo de autor, por meio do qual não se assegura a proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco se busca a prevenção à prática de crimes – conforme preconizam os discursos clássicos de legitimação do *jus puniendi* do Estado –, mas sim a dominação e a opressão exercidas precipuamente contra aquelas camadas sociais escollhidas como “alvo” por serem “indesejáveis” em um determinado contexto social.

A alteração substancial da hipótese inicial, então, refere-se à conclusão de que a defesa incondicional dos direitos humanos e da ideia de uma “cidadania universal” mostram-se insuficientes para dar conta da complexidade que a questão migratória impõe. A pesquisa desenvolvida demonstrou ser preciso dar um passo além. E é justamente em razão disso que a ideia da profanação como condição de possibilidade para se arrostar a mixofobia, em busca da comunidade que vem, se apresentou como a via adequada para o pensar de alternativas.

Como evidenciado na parte final do terceiro capítulo, não se trata de um “modo de fazer”, mas sim a revelação de uma possibilidade, de uma

potencialidade, que perpassa pela compreensão do “ser tal” dos migrantes, expropriado de qualquer finalidade social ou econômica.

Foi essa a perspectiva que viabilizou o reexame das bases da autoridade jurídico-política para que se pudesse conceber uma noção de comunidade que não pressupõe o poder soberano, mas que o desativa, ao colocar no centro da análise a projeção de uma comunidade que está além da tradição da soberania, por viabilizar o florescimento de “singularidades quaisquer” e que, em razão disso, torna inoperante – porque destituída de sentido – qualquer cisão entre *zoé* e *bíos*.

Instaurar um novo horizonte político na esfera de uma comunidade que vem, apostar em uma reviravolta de termos e, acima de tudo, em uma consciência sustentada pela inseparabilidade da política e da subjetividade; enfim, acreditar em uma política livre de qualquer banimento, onde tudo é pertencimento, potencialidade, possibilidade. Acredita-se que este é o mérito principal do presente trabalho: ao buscar compreender, na discussão acerca da imigração, a relação originariamente estabelecida entre estado de exceção, vida nua e direito, deu-se justamente o primeiro passo rumo à comunidade que vem. Permitir-se o sonho da profanação é condição de possibilidade rumo à transformação.

REFERÊNCIAS:

AGAMBEN, Giorgio. Qué es um campo? In. **Artefacto: pensamientos sobre la técnica**. Buenos Aires, n. 2, p. 52-55, 1998.

_____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. **Profanações**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

_____. **O reino e a glória**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. "Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro". Entrevista com Giorgio Agamben. **Instituto Humanitas UNISINOS**. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. **A comunidade que vem**. Trad. Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

AIERBE, Peio. Inmigrantes delincuentes, una creación mediática. **Revista Mugak**, n. 19, p. 93-119, 2002.

ÁLVAREZ, Pastora García; DELGADO, Juana del Carpio. Los delitos relativos al régimen de extranjería. In: BENOT, Andrés Rodríguez; MÉNDEZ, César Hornero (Coords.). **El nuevo Derecho de extranjería**. Granada: Comares, 2001. p. 381-409.

AMBOS, Kai. **Os terroristas também têm direitos**. Disponível em: <<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=172057&iABA=Not%EDcias&exp=>>>. Acesso em 10 ago. 2011.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANISTIA INTERNACIONAL. “**Eles entram atirando**”: policiamento de comunidades socialmente excluídas. 2005.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ARNAIZ, Graciano González R. La condición de extranjero del hombre (Apuntes para una ética de la difeencia). **LOGOS. Anales del Seminario de Metafísica**. n. 1, p. 121-141, 1998.
- ASSAD, Leonor. Nova onda de estrangeiros chega ao Brasil. **Ciência & Cultura: Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência**. Ano 64, n. 2, p. 11-13, 2012.
- ASÚA BATARRITA, Adela. La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración. In: COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.) **Inmigración y derecho penal: bases para un debate**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 17-96.
- BAGGIO, Fabio. Fronteras nacionales, internalizadas y externalizadas. In: ANGUIANO, María Eugenia; LÓPEZ SALA, Ana María. **Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 49-73.
- BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 29, p. 27-52, 2000.
- BARBOSA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 11, n. 194, 2013.
- BARGE, Pierre. Las políticas de inmigración y asilo de la Unión Europea: políticas sin salida. In: APDHA – **Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008**, p. 6-13, 2008.
- BARSALINI, Glauco. **Estado de exceção permanente: soberania, violência e direito na obra de Giorgio Agamben**. Tese de doutorado. Campinas, SP: 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

_____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Archipélago de excepciones**. Barcelona: CCCB, 2008.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Hemus, 1974.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____. ¿Qué hay detrás de los 'sin papeles'? In: **El País**. 04 jan. 2010.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**. Magia e técnica, arte e política. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BIRMAN, Joel. Arquivo da biopolítica. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005.

BIUTIFUL. Direção: Alejandro González Iñárritu. Produção: Menage Atroz, Mod Producciones e Focus Features International. Edição: Stephen Mirrione. [São Paulo: Paris Filmes], 2010. DVD (147 min.).

BOFF, Adelaide Bersch. Da norma à vida: a violenta padronização do *ethos*. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito: inflexões filosóficas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 189-204.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. As crises do Estado. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.

_____. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. In: **Separata de Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 175-195.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BOURMAUD, Daniel. Quelle(s) crise(s) de l'Etat? Etat de crise. Déclin ou reconfiguration? In: VERCAUTEREN, Pierre (éd.). **L'Etat en crise: souverainete et légitimité en question?** Paris: Fédération Internationale des Universités Catholiques, 2000. p. 17-34.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: CABANA, P. F.; BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; PUENTE ABA, L. M. (orgs.). **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 15-63.

_____. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

_____. **Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal**. Granada: Comares, 2011.

BRASIL – INFORME SOBRE A LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA E A REALIDADE DOS MIGRANTES. Tatuapé-SP: Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante, 2011.

BRITO, Flávio Costa Pinto de. Salò - Ritos de controle e poder no último filme de Pier Paolo Pasolini. In: **Anais do XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. Curitiba, 2009, p. 1-13.

BUFFON, Marciano. A Crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 73-123.

BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

_____. O limbo de Guantánamo. **Novos estudos**. CEBRAP, n. 77, p. 223-231, 2007.

CALAVITA, Kitty. "Un ejército de reserva de dlincuentes": la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España. **Revista española de investigación criminológica**, n. 2, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El Derecho Penal español ante la inmigración: um estudio político-criminal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal y política transnacional**. Barcelona: Atelier, 2005. p. 343-415.

CARRON, Alain-Marie. A volta do oportunismo migratório. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=80&tipo=acervo>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASERO RIPOLLÉS, Andreu. Alteridad, identidad y representación mediática: la figura del inmigrante en la prensa española. **Signo y pensamiento**. n. 46, vol. XXIV, p. 137-151, 2005.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

CINDERELAS, LOBOS E UM PRÍNCIPE ENCANTADO. Direção: Joel Zito Araújo. Produção: Luís Carlos de Alencar. [Rio de Janeiro: Pipa Produções], 2008. DVD (106 min.).

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Fronteiras e segurança**. Bruxelas: Direção-Geral da Comunicação, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Migração e asilo**. Bruxelas: Direção-Geral da Comunicação, 2013a.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Trad. Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Buenos Aires: B de F, 2012.

CÔRTEZ, Norma. Descaminhos do método: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. **Revista Varia História**, Belo Horizonte, n. 36, v. 22, p. 274-290, 2006.

COSTA, Pe. Gelmino A.. Haitianos em Manaus: dois anos de imigração – e agora? **Travessia: Revista do Migrante**. n. 70, p. 91-97, 2012.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? In: GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; SANZ MULAS, Nieves. **Derecho**

Penal de la Democracia vs Seguridad Pública. Granada: Comares, 2005. p. 213-241.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE LUCAS, Javier. **Puertas que se cierran:** Europa como fortaleza. Barcelona: Icaria Editorial, 1996.

_____. Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, n. 1, 2003. Disponible em: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2008.

_____. Nuevas estrategias de estigmatización. El derecho frente a los inmigrantes. In. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.). **Mutaciones de Leviatán:** legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005. p. 205-219.

_____. El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000. **Jueces para la democracia**, n. 38, p. 3-11, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux.** Paris: Seuil, 2010.

DELUMEAU, Jean. Medos de ontem e de hoje. In. NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo.** São Paulo: Editora SENAC, 2007. p. 39-52.

_____. **História do medo no Ocidente.** Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro. El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular. In: DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro; ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. **Inmigración irregular y derecho.** Servicio de Publicaciones de La Universidad de Cádiz, 2005. p. 137-150.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada.** Buenos Aires: B de F, 2007.

_____. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** 2002. Disponible em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art3.pdf>>. Acesso em: 23.04.2008.

DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración. **Revista Penal.** n. 24, p. 52-70, 2009.

DUARTE, André. **Vidas em risco**: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ESPOSITO, Roberto. **Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Grama Ediciones, 2006.

_____. **Bios**: biopolítica e filosofia. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

EXCÊNTRICA FAMÍLIA DE ANTONIA, A. Direção: Marleen Gorris. Produção: Judy Counihan, Antonio Lombardo, Hans de Weers, Bard Entertainment, Bergen Film & TV e Prime Time. Edição: Wim Louwrier e Michiel Reichwein. [São Paulo: Van Blad], 1995. DVD (102 min.).

FALLON, Richard H. e MELTZER, Daniel J. Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 8, p. 2047, 2007.

FERNÁNDEZ, Joaquín Alcaide; RAIGÓN, Rafael Casado (orgs.). **Curso de derecho de la Unión Europea**. Madrid: Tecnos, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

_____. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas**. p. 5-22, 2007.

_____. **Derechos e garantias: la ley del más débil**. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. O imigrante como um subversivo prático-político, possibilidade de um “novo mundo” – o projeto universal-cosmopolita dos Direitos Humanos em contraposição à Soberania territorial. **Emancipação**. Ponta Grossa, v. 11, n. 2, p. 253-266, 2011.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2003.

_____. **Microfísica do poder**. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. **Segurança, Território, População**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber.** Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

_____. **O problema da consciência histórica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GARAPON, Antoine. **La raison du moindre état.** Le néolibéralisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo.** Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARLAND, David. **La cultura del control:** crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

_____. Sobre a negação da condição de pessoa como paradigma do “Direito Penal do Inimigo”. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coords.). **Constituição e processo:** a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 337-366.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. **KRITERION:** Revista de Filosofia. Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008.

_____. O que resta de Auschwitz e os paradoxos da biopolítica em nosso tempo. Entrevista. In. **Cadernos IHU em formação:** Agamben. n. 45, p. 68-72, 2013.

GORSKI, Héctor C. Silveira. Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho. **Panóptico:** Revista Monográfica Semestral de Crítica a la Política Criminal. Nueva época, n. 3, p. 180-187, 2002.

HABERMAS, Jürgen. La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In: HABERMAS, Jürgen. **Ensayos políticos.** Barcelona: Ediciones Península, 1988. p. 113-134.

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

HERMAN, Edward S.; CHOMSKY, Noam. **A manipulação do público**. São Paulo: Futura, 2003.

IANNI, Octavio. A política mudou de lugar. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. **Desafios da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 17-27.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997. p. 293-324.

_____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. Trad. Teresa Manso. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). **La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

_____. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-70.

_____. La pena estatal: significado y finalidad. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **Derecho Penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación**. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 15-61.

JUNQUERA, Natalia. Un informe critica el "régimen de cárcel" para los 'sin papeles'. In: **El País**, Madrid, 07 mar. 2008. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/espana/informe/critica/regimen/carcel/papeles/elpepunac/20080307elpepunac_21/Tes>. Acesso em: 07 set. 2012.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo**: os detentos e as histórias que eles me contaram. Trad. Constantino K. Korovaeff. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

LACOMBA, Josep. **Historia de las migraciones internacionales**: historia, geografía, análisis e interpretación. Madrid: Catarata, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LARA, Rafael. ¿Regulación de Flujos? 20 años de muerte en las fronteras. In: APDHA – **Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008**. p. 91-128, 2008.

- LAURENZO COPELLO, Patricia. Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión. **Jueces para la democracia**, n. 50, p. 30-35, 2004.
- LEAL, Sueli Maria Ribeiro. A Outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade de trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, 13. Campinas: NEPP/UNICAMP, 1990.
- LEVY, Maria Stella Ferreira. O papel da imigração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972). **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n. 8, 1974.
- LIMA, Wilson. Manaus vira “eldorado” para refugiados haitianos no Brasil. **iG Notícias**, Maranhão, 24 jul. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/am/manaus+vira+eldorado+para+refugiados+haitianos+no+brasil/n1597096112402.html>>. Acesso em: 10 maio 2012.
- LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 10-05, p. 05:1-05:31, 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.
- LÓPEZ SALA, Ana María; SÁNCHEZ, Valeriano Esteban. La nueva arquitectura política del control migratorio em la frontera marítima del suroeste de Europa: los casos de España y Malta. In: ANGUIANO, María Eugenia; LÓPEZ SALA, Ana María. **Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 75-102.
- LYNNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-29.
- MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos. **Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad**. Madrid: Catarata, 2000.
- MANETTA, Alex. Bolivianos no Brasil e o discurso da mídia jornalística. In: Baeninger, Rosana (Org.). **Imigração boliviana no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012. p. 257-270.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. Es constitucional la expulsión penal del extranjero? In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; ROCA, Eduardo Roca. **Los derechos humanos: libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García**. Granada: Ed. Universidad de Granada, 2001. p. 509-518.

MARRÉ, Bernat. Trias tropieza con el 'top-manta'. **El país**. Disponible em: <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/08/16/catalunya/1376682607_329211.html>. Acceso em: 17 mar. 2014.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La inmigración como delito**. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 10-06, p. 06:1-06:20, 2008. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acceso em: 22 mar. 2010.

_____. Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar? **Revista Para el Análisis del Derecho**. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponible em: <www.indret.com>. Acceso em: 22 mar. 2010.

_____. **Para que el Derecho no se detenga a las puertas de los CIE**. Análisis del régimen jurídico del internamento de extranjeros. Disponible em: <<http://www.icafe.com/docs/estrangeria/documents/arjie.pdf>>. Acceso em: 18 fev. 2014.

MARTINS, Jasson da Silva. Biopolítica e governamentalidade. In: MARTINS, Jasson da Silva (org.). **Ética, política e direito: inflexões filosóficas**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008. p. 161-173.

MELOSSI, Dario. Inmigración e inseguridad: una introducción. **Panóptico: Revista Monográfica Semestral de Crítica a la Política Criminal**. Nueva época, n. 3, p. 161-167, 2002.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MONCLÚS MASÓ, Marta. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. **Scripta Nova**. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 2001. Disponible em: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-34.htm>>. Acceso em: 18 fev. 2014.

_____. La "gestión" penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho. **Panóptico: Revista Monográfica Semestral de Crítica a la Política Criminal**. Nueva época, n. 3, p. 174-179, 2002.

_____. Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanção penal especial. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (org.). **Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 330-348.

MORENO PRECIADO, Manuel. Imagen y discursos sobre la inmigración: la campaña electoral del 14 de marzo de 2004 en los médios de comunicación escritos. **Revista de Dialectología y Tradiciones Populares**. Vol. 61, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/article/viewArticle/8>>. Acesso em 23 ago. 2011.

MORICE, Alain; RODIER, Claire. Como a Europa segrega seus vizinhos. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=703>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritário. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coords). **El Derecho ante la globalización y el terrorismo**: Actas del coloquio internacional Humboldt – Montevideo, 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. **Revista Penal**. n. 16, p. 123-137, 2005.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo: LiberArs, 2012.

NEDER, Gizlene. Em nome de Tântatos, aspectos do sistema penitenciário no Brasil. In: NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.11-34.

_____. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Cultura, poder e violência. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, n. 1. p. 17-30, 2009.

NOVAES, Adauto. Políticas do medo. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ensaio sobre o medo**. São Paulo: Editora SENAC, 2007. p. 9-16.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Perfil migratório do Brasil 2009**. Genebra, 2010.

PATARRA, Neide Lopes. O Brasil: país de imigração? **E-metropolis**: Revista eletrônica de estudos urbanos e regionais. Rio de Janeiro: Observatório das Metrôpoles, p. 6-18, 2012.

PATARRA, Neide Lopes; FERNANDES, D. Desenvolvimento e migração. In: CHIARELLO, L. M. (org.) **Las Políticas Públicas sobre Migraciones y la Sociedad Civil en América Latina**. New York: Scalabrini Internacional Migration Network, 2011. p. 160-194.

PÉREZ, María Luisa Bacarlett. Giorgio Agamben. Del biopoder a la comunidad que viene. **Araucaria**: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Año 12, n. 24, p. 28-52, 2010.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal**. Granada: Comares, 2004.

_____. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

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

RAMONET, Ignacio. **A xenofobia europeia**. Disponível em: <<http://www.outraspalavras.net/2011/02/01/a-xenofobia-europeia-por-ignacio-ramonet/>>. Acesso em: 16 out. 2011.

REVEL, Judith. **Dicionário Foucault**. Trad. Anderson Alexandre da Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C.. **Os clássicos da política**. Vol. I. São Paulo: Ática, 2002. p. 51-77.

RODIER, Claire. Migrantes: la violencia de las fronteras. In. APDHA – **Derechos Humanos en la Frontera Sur 2007**, p. 7-13, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **Italia y los ‘empresarios del miedo’**. Disponível em: <http://elpais.com/diario/2008/05/24/opinion/1211580013_850215.html>. Acesso em: 2 jun. 2012.

RODRÍGUEZ MESA, María José. **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Ley de Extranjería y Derecho Penal. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. N. 2, p. 1736-1743, 2001.

ROLDAN, Alberto F.. La reivindicación del prejuicio como precomprensión en la teoría hermenéutica de Gadamer. **Enfoques** [online]. vol.24, n. 1, p. 19-29, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Trad. de Joel Pimentel de Uihôa. Brasília: UnB, 1997.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15-27.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben. **Cadernos IHU**. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos. Ano 10, nº 39, 2012.

_____. **Os labirintos do poder**. Porto Alegre: Escritos, 2004.

SALGADO, Daniel. **Panorama atual da imigração boliviana**. Disponível em: <<http://oestrangeiro.org/2013/08/28/panorama-atual-da-imigracao-boliviana/>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

SALÒ, OU 120 DIAS DE SODOMA. Direção: Pier Paolo Pasolini. Produção: Alberto De Stefanis, Antonio Girasante e Alberto Grimaldi. [Buenos Aires: Primer Plano Film Group], 1975. DVD (116 min.).

SANTIAGO, Jaime Ruiz. Movimientos migratorios y movimientos forzados de personas en el mundo contemporáneo. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Vol. 10, num. 10, p. 121-148, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A repressão das diásporas em tempos globais e os direitos humanos dos migrantes. In: BEDIN, Gilmar Antonio (org.). **cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012. p. 337-374.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Edusp, 1998.

SEGRELLES, Manuel de Lorenzo. El régimen sancionador del Derecho de extranjería. In: MASIÁ, Enrique Fernández (director). **Nacionalidad y extranjería**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 237-263.

SCHETTINI, Cristiana. Exploração, gênero e circuitos sul-americanos nos processos de expulsão de estrangeiros (1907-1920). **Tempo** [online]. vol.18, n.33, p. 51-73, 2012.

SILVA, Sidney Antonio da. Bolivianos em São Paulo: entre o sonho e a realidade. **Estudos avançados** [online]. vol.20, n.57, p. 157-170, 2006.

_____. A praça é nossa. Faces do preconceito num bairro paulistano. **Travessia: Revista do Migrante**. São Paulo: Centro de Estudos Migratórios, nº 51, 2005.

SILVA, Érica Sarmiento da. A “não democracia” dos excluídos: alguns pontos da política imigratória brasileira. **Logos 27: mídia e democracia**. Ano 14, p. 141-148, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SIMIAND, François. **Método Histórico e Ciência Social**. Trad. José Leonardo do Nascimento. Bauru: Edusc, 2003.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado**: más allá del mito del repliegue. Tradução de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

SOUCHAUD, Sylvain. A confecção: nicho étnico ou nicho econômico para a imigração latino-americana em São Paulo? In: Baeninger, Rosana (Org.). **Imigração boliviana no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos de População-Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012. p. 75-92.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Nuestra América: reiventar um paradigma subalterno de reconhecimento e redistribuição. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: **Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.) **hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-24.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Reflexiones y propuestas sobre inmigración: en torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009. **InDret - Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/695.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

THOMAZ, Ribeiro Omar; NASCIMENTO, Sebastião. Fronteira social e fronteira de serviço. **O Estado de São Paulo**, 28 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,fronteira-social-e-fronteira-deservico,828430,0.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

TOLEDO, Malu. Nove morrem em ação do Bope; coronel diz que PM do Rio é "o melhor inseticida social". **Folha de São Paulo**, 16 abr. 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil?** Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em 29 maio 2012.

VENTURA, Deisy; SEITENFUS, Ricardo. Triste Europa. In. **Folha de São Paulo**, 24 jul. 2008.

VILLALOBOS, Cristina. **Los inmigrantes y la delincuencia en prensa**. Una imagen distorsionada. Grupo de Investigación en Comunicación y Cultura Departamento de Periodismo. Universidad de Sevilla. Disponível em: <http://www.portalcomunicacion.com/dialeg/paper/pdf/179_villalobos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2012.

VIRILIO, Paul. **Ciudad pánico**. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. rev. e ampl.. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WAGMAN, Daniel. Violencia racista: la punta del iceberg. **Documentación social**. n. 131, p. 245-259, 2003.

_____. Los medios de comunicación y la criminalización de los inmigrantes. In: BASTIDA, Manuel Lario (coord.). **Medios de comunicación e inmigración**. Murcia: Programa CAM Encuentro, 2006. p. 201-213.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.