

Direito Penal do inimigo e a possível influência da sua racionalidade sobre as políticas migratórias europeias e sobre a integridade do estado de direito

Criminal law of the enemy and the possible influence of its rationality on european migration policies and on the integrity of the rule of law

PABLO RODRIGO ALFLEN¹
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RICARDO STRAUCH AVELINE²
Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul

Resumo: A pesquisa analisa a possível influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo sobre as políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, e suas implicações sobre a integridade do Estado de Direito. Argumenta-se que essa racionalidade, orientada pela tendência de punir sujeitos considerados inimigos do Estado, mesmo antes de cometerem um crime e fazendo uso de práticas questionáveis quanto a sua legitimidade, está presente nas políticas migratórias europeias, principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001, levando, dentre outros fatores, à inobservância dos direitos humanos de migrantes e refugiados. Para tanto, utilizou-se de método dedutivo com técnica de revisão bibliográfica, tendo como marco teórico a teoria do “Direito Penal do Inimigo”, de Günther Jakobs, e seu diálogo com fontes relevantes de direito migratório europeu.

Palavras-chave: direito penal do inimigo; direito migratório; União Europeia e Reino Unido; impactos, estado de direito.

Abstract: The research analyzes the possible influence of the rationality of the Criminal Law of the Enemy on the migration policies of the European Union and the United Kingdom, and its implications for the integrity of the Rule of Law. It is argued that this rationality, guided by the tendency to punish subjects considered enemies of the State, even before they commit a crime and using practices that are questionable as to their legitimacy, is present in European migration policies, especially after the attack of September 11, 2001, leading, among other factors, to non-compliance with the human rights of migrants and refugees. To this end, a deductive method was used with a bibliographic review technique, using Günther Jakobs' theory of “Criminal Law of the Enemy” as a theoretical framework, and its dialog with relevant sources of European migration law.

Keywords: criminal law of the enemy; migration law; European Union and United Kingdom; impacts; rule of law. .

¹ Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Coordenador da Comissão de Extensão em Direito da UFRGS. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo da UFRGS. Membro do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano da Universität Göttingen (Alemanha). Advogado.

² Doutor em Ciências Sociais pela UNISINOS e Doutorando em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito pela UNISINOS. Professor de Direito e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) na Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Pesquisador afiliado ao Refugee Law Initiative da University of London.

INTRODUÇÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada por Günther Jakobs, pela primeira vez, na palestra proferida na Conferência de Professores de Direito Penal realizada em Frankfurt a.M., de 16 a 19 de maio de 1985, no contexto de uma reflexão sobre as novas tendências da criminalidade e suas consequências para o Direito Penal, na Alemanha³, e aprofundada, posteriormente, em vários outros trabalhos⁴.

Remontando às principais doutrinas filosóficas acerca do conceito de “inimigo”, mais precisamente de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, Jakobs sinaliza a existência de uma distinção histórica entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Tal distinção ganhou maior projeção a partir da demonstração de Jakobs de se tratar de dois tipos ideais que, apesar de não encontrarem uma nítida correlação prática, tem se manifestado com maior intensidade nas últimas décadas. Nesse contexto, sua racionalidade vem ganhando importância desde o atentado de 11 de setembro de 2001, quando sua aplicação passou a ser amplamente difundida ao redor do mundo.

De acordo com a teoria, crimes como terrorismo implicam uma dimensão tão ampla de violação do contrato social que colocam em risco a própria concepção do Estado Liberal e dos valores iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, representando uma traição que coloca seus agentes na posição de inimigos. Em relação aos inimigos, pelo risco que representam, não se trata de avaliar o seu nível de culpabilidade, mas sim de garantir a proteção da coletividade

³ JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *ZStW*, vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785. Ademais, sobre a Conferência veja RENGIER, Rudolf. Strafrechtslehrertagung 1985, *Juristenzeitung*, Ano 40, nº 20, out. de 1985, p. 936-938.

⁴ O principal trabalho a abordar a teoria consiste em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, In: Hsu, Yu-hsiu (editor). *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipeh, 2003, p. 41-63, o qual foi republicado em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Ritsumeikan Law Review*, Nº 21, 2004, p. 93-107, e também em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS*, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95. Posteriormente: JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit, *HRRS*, vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297; JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU, Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.

face ao perigo que representam. Por isso, medidas de segurança passam a ser aplicadas, às vezes, à margem da legalidade e em detrimento de direitos e garantias constitucionais da pessoa, para prevenir a prática de atos delituosos antes mesmo de sua ocorrência, tais como escutas telefônicas, espionagem policial, instalação generalizada de câmeras, fiscalizações ostensivas em locais públicos, formatando um verdadeiro Estado Policial.

Além disso, a punição dos inimigos passa a ser realizada com penas mais elevadas e sua segregação efetivada em locais fora da jurisdição do Estado, tais como Guantánamo, onde os sujeitos estariam desprovidos de direitos, inclusive os processuais, eis que, pela gravidade dos seus atos, deixariam de ser vistos como sujeitos de direitos (pessoas). Um limbo jurídico material e processual que inevitavelmente faz recordar a expressão “direito a ter direitos”, cunhada por Hannah Arendt.

Na filosofia contratualista, no entanto, Jakobs identifica duas vertentes. Enquanto Rousseau e Fichte sustentam que os inimigos devem, em qualquer caso, ser mantidos fora do Direito Penal do Cidadão, Hobbes e Kant aceitam tal premissa somente de forma excepcional, quando o indivíduo demonstrar reiteradamente que não consegue conviver de forma harmônica em sociedade, representando um perigo recorrente para a ordem pública.

O objetivo aqui, portanto, é identificar as principais características do Direito Penal do Inimigo e analisar se a sua racionalidade vem sendo aplicada também em relação ao campo do Direito Migratório, verificando se migrantes e refugiados que buscam proteção na Europa estariam sendo enquadrados como inimigos em uma espécie de “Direito Penal do Migrante Inimigo”.

Tanto em Rousseau quanto em Hobbes, a ideia do inimigo, como aquele que rompe o contrato social, colocando em risco a sociedade, parece partir de uma concepção de que o inimigo seria um nacional que traiu o seu Estado, demonstrando não possuir humanidade, motivo pelo qual, não deveria ser tido como sujeito de direitos e sua punição deveria ser severa o suficiente para garantir total segregação social. Quando se aplica a referida racionalidade ao estrangeiro, migrante ou refugiado, questiona-se se a concepção do Direito Penal do Inimigo

estaria sendo aplicada para prevenir o ingresso de determinadas pessoas indesejadas que seriam vistas como um “perigo” cultural, racial e religioso, para países da União Europeia e Reino Unido.

Busca-se analisar por meio de que práticas migratórias essa racionalidade estaria sendo aplicada e de que forma isso representaria uma violação dos direitos humanos da coletividade em geral, a qual teria que se submeter a constantes procedimentos de segurança, que, muitas vezes, demonstram-se extremamente discriminatórios.

Para tanto, procura-se responder as seguintes questões que compõem o problema de pesquisa: em que medida a racionalidade do Direito Penal do Inimigo vem influenciando a política migratória da União Europeia e do Reino Unido? Por meio de que práticas se manifesta essa racionalidade em relação à referida política migratória? Quais os direitos humanos que restam violados pela aplicação desta racionalidade ao campo migratório? Qual é a dimensão dos impactos de tais violações sobre a integridade do Estado de Direito?

A relevância do tema se evidencia pelo crescente espaço que a migração vem ganhando nas esferas política e jurídica, especialmente nos países de destino, onde vem sendo crescentemente objeto de discussão em debates eleitorais e em conferências e acordos internacionais. A hipótese de que a racionalidade presente no Direito Penal do Inimigo transcenda os âmbitos do Direito Interno e do Direito Penal, alcançando o Direito Internacional e o Direito Migratório deve ser analisada, pois sua eventual confirmação auxiliará na compreensão de fenômenos sociais e jurídicos de extrema relevância para o futuro do Estado de Direito e do objetivo hegeliano do Estado de garantir paz social.

Enquanto organizações não-governamentais clamam pela aplicação dos direitos humanos aos migrantes e refugiados, muitos políticos alegam que o controle das fronteiras é parte essencial da soberania do Estado e acolhem o desejo popular e eleitoreiro de criminalizar a migração, vedando a entrada de migrantes não desejados por meio de práticas preventivas, punindo aqueles que chegam de forma irregular (e os que auxiliam), desenvolvendo políticas discriminatórias e violadoras de direitos humanos sob o pretexto de que são pessoas

potencialmente perigosas, representando risco para a ordem pública e, até mesmo, para a preservação cultural.

A pesquisa fez uso do método hipotético-dedutivo, embasado em revisão bibliográfica, partindo de pressupostos gerais para se chegar em conclusões particulares⁵. A abordagem da pesquisa se deu pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscou o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto⁶.

Segundo Triviños, a abordagem de cunho qualitativo trabalha os dados buscando seu significado. O uso da descrição qualitativa procura captar não só a aparência do fenômeno como também as suas essências, procurando explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando intuir as consequências⁷.

O trabalho tem como marco teórico os trabalhos de Günther Jakobs sobre Direito Penal do Inimigo, interpretados a partir de um diálogo com temas como “política migratória”, “crimigração”, “detenção migratória”, “precariedades construídas”, “apartheid global militarizado” e “retrocesso do Estado de Direito” (rule of law backsliding).

O primeiro capítulo é a presente introdução, o qual é seguido pelo segundo capítulo, onde é realizada uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo. No terceiro capítulo é analisada a influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, assim como, as possíveis violações de direitos humanos envolvidas neste processo.

Nas considerações finais, os temas desenvolvidos ao longo do trabalho são retomados com uma abordagem crítica.

1 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

⁵ GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

⁶ TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

⁷ TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

Na análise dos projetos jurídico-filosóficos que procuram fundamentar a ideia de inimigo, Jakobs inicialmente contrapõe Rousseau e Fichte, teóricos rígidos do modelo do contrato social, à Hobbes e Kant, para quem, a princípio, o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso.

Assim, enquanto Rousseau e Fichte sustentam que todo criminoso é um inimigo, na medida em que rompe com o contrato social, devendo ser alijado da sociedade, Hobbes e Kant entendem que o criminoso tem o direito de voltar a estar de acordo com a sociedade (*mit der Gesellschaft wieder ins Reine zu kommen*). Segundo Kant, somente se persistir ameaçando a coletividade com a sua ausência de legalidade, poderá ser expelido, pois o indivíduo que não consegue ou se recusa a entrar em um “estado comunitário geral” com os demais, deve ser afastado da vizinhança pelo Estado ou deve ser colocado sob sua custódia de segurança como um inimigo.⁸

Em “À Paz Perpétua”, Kant sustenta que, com base no respeito mútuo, deveria o indivíduo aceitar e respeitar os costumes culturais e as leis do Estado em que se encontra,⁹ podendo o Estado, inclusive, recusar o ingresso de um estrangeiro quando houvesse fundamentos para identificá-lo como inimigo.¹⁰

No mesmo sentido, o direito universal à hospitalidade que, na teoria de Kant, é devido a toda pessoa humana, impõe um dever moral imperfeito de ajudar e de oferecer abrigo para aqueles cuja vida, integridade e bem-estar estão em perigo, porém este dever é “imperfeito” pela sua característica condicional, a qual permite exceções ao direito à hospitalidade temporária com base em motivos de autopreservação do contrato social.¹¹

⁸ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

⁹ HEIN, Christian. “Kant's Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society”. **US-China Law Review**. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020, p. 29.

¹⁰ KANT, Immanuel. **Perpetual peace and other essays**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983, p. 118-119.

¹¹ BENHABIB, Seyla. **The right of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 36.

Para Rousseau qualquer “malfeitor” que ataque o “direito social” deixa de ser membro do Estado, pois se coloca em guerra com ele, por isso, quando se cumpre a sua pena com a execução, ela se dá não contra o cidadão, mas contra o inimigo. De forma similar, Fichte sustenta que quem abandona o contrato cidadão, seja voluntariamente, seja de forma imprevista, no sentido estrito, perde todos os seus direitos como cidadão, passando a um estado de ausência completa de direitos.¹²

Hobbes, de maneira semelhante, despersonaliza o réu de alta traição porque esse se nega, por princípio, a cumprir a Constituição existente. Para Hobbes, aquele que se rebela contra o contrato social, comete alta traição, *retornando ao estado de natureza*, tornando-se um inimigo do Estado.¹³ Para superar o estado de natureza foi necessário abdicar-se parcialmente da *liberdade* em prol da *segurança*. Por isso, seu comportamento de atacar a segurança é uma traição, na medida em que promove o rompimento da segurança que caracteriza a civilização, levando ao estado de natureza, caracterizado pela “guerra de todos os homens contra todos os homens”, em que “o homem é o lobo do homem”.¹⁴

Diante de tais circunstâncias, tanto Hobbes quanto Kant conhecem um Direito Penal do Cidadão em face de pessoas que não delinquem de modo persistente “por princípio”, e um Direito Penal do Inimigo em face de quem “por princípio” se desvia reiteradamente, ameaçando a segurança coletiva e a sociedade, devendo, por isso, ser excluído do *status* de cidadão. Isso se justificaria em decorrência do direito do Estado de buscar segurança frente a indivíduos que reincidem, colocando em risco a ordem pública, e em decorrência do direito dos cidadãos de exigir do Estado que tome medidas adequadas para assegurar o direito de viver em segurança.¹⁵

Para garantir a ordem no Estado Liberal, os inimigos não deveriam possuir os mesmos direitos, o que justificaria um tratamento jurídico distinto para terroristas, criminosos sexuais e

¹² JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

¹³ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89-90.

¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112-113.

¹⁵ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

autores de macrocriminalidade econômica. Em tais contextos, o afastamento dos comportamentos praticados em relação ao Direito seria de tamanha dimensão e duração no tempo que não haveria a garantia cognitiva mínima necessária para garantir um tratamento jurídico de sujeito de direitos.¹⁶

Diante desse contexto, no entanto, Jakobs adverte que a coação jurídica que recai sobre o inimigo deveria ser limitada desde uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, o Estado não deve excluir o inimigo de todos os direitos, podendo flexibilizar alguns desde que o faça de *forma legítima*; em segundo lugar, o Estado não é livre para tudo o que bem entender, senão, deve se conter¹⁷. Nesse sentido, Jakobs reconhece ser possível se falar de um Direito Penal do Inimigo legítimo e de um Direito Penal do Inimigo ilegítimo.

No utilitarismo, que caracteriza a racionalidade anglo-saxã, “a maior felicidade do maior número é o fundamento da moral e da legislação” e o inimigo que coloca em risco “a maior felicidade do maior número” pode ter seus direitos sacrificados em prol da manutenção do contrato social.¹⁸ Essa racionalidade torna-se evidente em episódios como a invasão do território aéreo paquistanês pela força aérea norte-americana, seguida pela invasão de domicílio e assassinato do terrorista Osama Bin Laden em 2011.

De forma geral, a racionalidade do Direito Penal do Inimigo é tida como fonte de inspiração para as políticas de segurança adotadas após o atentado de 11 de setembro de 2001, na medida em que se tornou difícil tratar determinados indivíduos como “pessoas que atuam erroneamente”, ignorando a sua periculosidade para a sociedade.¹⁹ Por isso, a intervenção penal nestes casos não é uma medida para compensação de um dano à vigência da norma, mas sim

¹⁶ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92.

¹⁷ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da religião**. São Paulo: Abril, 1974, p. 10.

¹⁹ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; mencionando a respeito ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland, **ZIS**, nº 4, 2011, p. 186; também SINN, Arndt, Moderne Verbrechenverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? **ZIS**, vol. 3, 2006, p. 109, mencionando em relação aos Estados Unidos da América não apenas o atentado de 11 de setembro de 2001, como também o caso de Guantánamo.

uma medida para eliminação de um perigo.²⁰ O Direito Penal do Inimigo, neste sentido, não trabalha com fundamento na culpabilidade, mas sim na periculosidade do agente.

No ano de 2005, semanas após ataques terroristas em Londres, o brasileiro Jean Charles de Menezes foi confundido com o terrorista Hussain Osman, que vivia no mesmo conjunto de apartamentos, sua perseguição e assassinato a bordo do metrô com sete tiros na cabeça, na estação Stockwell, deu-se por se acreditar que estaria prestes a ativar explosivos,²¹ ou seja, representaria um iminente perigo à coletividade, justificando um ato preventivo extremo. Sacrificou-se o bem jurídico da vida, o direito fundamental à vida, assim como as garantias processuais inerentes ao devido processo penal (presunção de inocência, julgamento por um juiz natural e imparcial, ampla defesa e contraditório, processo justo), com uma ação de intenção preventiva em prol do direito da coletividade. O caso de Jean Charles foi investigado e foi concluído que os policiais não deveriam responder a processos administrativos. O comissariado de polícia respondeu a uma ação judicial, sendo condenado ao pagamento de uma multa, havendo sinais de que a racionalidade do Direito Penal do Inimigo possui uma dimensão estrutural, contando com o apoio de variadas instituições do Estado, unidas contra os inimigos.

Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo faz com que o ponto de referência passe a ser o que pode acontecer, em lugar do tradicional ponto de referência do fato cometido. Por isso, na intervenção penal, o inimigo deixa de ser visto como sujeito de direitos e passa a ser visto como objeto da coação, as garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas,²² como ocorre nas prisões de Guantánamo, onde inúmeros afegãos vêm sendo mantidos há mais de vinte anos, desprovidos de direitos humanos como o de não ser submetido à tortura, ter acesso à justiça e a um advogado, a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla

²⁰ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; sobre a vigência da norma como bem jurídico veja JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.

²¹ BBC. **Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282>. Acesso em: 9 set. 2023.

²² JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? **ZStW**, vol. 117, n° 4, 2005, p. 850.

defesa e o contraditório, análise individualizada da conduta, pena proporcional e o duplo grau de jurisdição, entre outros direitos.

O Direito Penal do Inimigo, *nesse sentido, parece* tender a abandonar a lógica do Direito Penal do Fato, em que a pessoa é punida por aquilo que ela faz e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor, em que ele é punido por aquilo que ele é, pelo perigo que representa,²³ o que amplia as possibilidades de erro. Com base no perfil criminal (*criminal profiling*), por exemplo, pessoas originárias de países islâmicos tendem a ser objeto de controles de segurança preventiva com maior frequência nos países do norte global, onde são vistas como inimigas em potencial.²⁴

A concepção de que existe um inimigo que representa um perigo para a ordem pública passou a justificar medidas preventivas, ou seja, medidas anteriores à prática do comportamento delituoso. Sob o *slogan* “quem não deve, não teme”, tais medidas passam a invadir a esfera da liberdade de circulação e dos direitos de personalidade, atingindo a imagem, os dados pessoais, biométricos, etc. Neste contexto se enquadram as escutas telefônicas, investigações secretas, investigadores infiltrados, proliferação de câmeras de segurança, coleta de dados biométricos, delações/colaborações premiadas, recorrentes abordagens policiais ostensivas em locais públicos como saídas de estações de metrô, entre outras medidas.²⁵

A existência de inimigos em nossas sociedades, neste sentido, justificaria a aplicação de medidas de segurança que possibilitam um imenso controle social, como visto durante o período da pandemia do Covid-19 na União Europeia, quando as pessoas foram mantidas em rígidos regimes de *lock down*, sujeitas a multas. Isso pode atender aos interesses de uma agenda

²³ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92. Um Direito Penal do Inimigo legítimo, no entanto, não se afasta de ideia de Direito Penal do Fato, pois não leva em consideração a pessoa do autor pelo que ele é (enquanto ser natural), mas sim pela forma como ele se posiciona perante a sociedade (enquanto pessoa, como sujeito detentor de direitos e deveres), ou seja, pelo modo como organiza seus comportamentos, frustrando as expectativas normativas reconhecidas e cognitivamente cimentadas; sobre isso veja JAKOBS, Günther. **Sistema de Imputação Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.

²⁴ GÜNDOĞDU, Ayten. **Rightlessness in an age of rights**: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 10.

²⁵ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

destinada ao controle populacional em uma sociedade crescentemente desigual, onde a concentração de riqueza vem, por exemplo, colocando uma parcela cada vez maior da população norte-americana em situação de rua, já alcançando mais de meio milhão de pessoas.²⁶

Na racionalidade do Direito Penal do Inimigo, os atos já passam a serem passíveis de punição quando atingem o estágio da preparação. É o que ocorre no caso dos tratados internacionais para prevenção e punição do terrorismo e, no caso do Brasil, com a Lei nº 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), que prevê no seu art. 5º, a punição do terrorismo desde os seus atos preparatórios (frise-se, atos que, muitas vezes, fora desse âmbito poderiam assumir o caráter de condutas neutras). Neste contexto, os Estados vêm ganhando gradualmente a configuração de Estados Policiais, em que o controle com medidas preventivas é seguido por penas cada vez mais elevadas contra os inimigos,²⁷ podendo chegar à prisão perpétua, como no caso do art. 77 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Conforme mencionado, o ataque de 11 de setembro de 2001 é tido como o impulsionador da racionalidade do Direito Penal do Inimigo, dando início a chamada “sociedade da vigilância”, caracterizada pela proliferação das mencionadas medidas de controle social, que provocaram uma revisão dos princípios cosmopolitas e democráticos sobre os quais as sociedades do segundo pós-guerra haviam sido construídas,²⁸ colocando em risco os próprios pilares do Estado de Direito, na medida em que o Estado passou a abolir direitos de forma juridicamente ordenada.²⁹

Essas mudanças vem sendo percebidas no contexto do chamado “retrocesso do Estado de Direito” (*rule of law backsliding*), em que uma crise de valores tem feito com que as instituições do Estado passem a ser ocupadas por pessoas contrárias à concepção do Estado

²⁶ USA FACTS. How many homeless people are in the US what does the data miss. Disponível em: <https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/>. Acesso em: 9 set. 2023.

²⁷ JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW*, vol. 117, nº 4, 2005, p. 850.

²⁸ FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. *International Social Work*, v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

²⁹ JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS*, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

Democrático de Direito e que utilizam o tema da “insegurança” para implantar maior controle sobre a coletividade, para alcançar objetivos eleitorais e implantar regimes autoritários.³⁰ O discurso da *lei e da ordem* produz votos, tendo sido adotado até mesmo pela esquerda política, havendo, pois, um descontrole da política criminal do Estado, com incremento das sanções penais.³¹

Essas observações iniciais demonstram que o *status* de sujeito de direitos não é algo que necessariamente não se possa perder, seja nas teorias de Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e Bentham, seja na realidade dos fatos sociais internacionais. Neste sentido Jakobs teve o mérito de tornar clara a existência de um fenômeno jurídico e social histórico, qual seja, a existência de um tratamento penal distinto para cidadãos e inimigos, ainda que, por vezes, de forma velada.

Jakobs não concorda com a separação radical entre o cidadão e o seu direito, sustentando que “um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso” para que ele possa acertar-se com a sociedade, mantendo seu *status* como pessoa e cidadão, sem deixar o âmbito do Direito.³²

No próximo capítulo será analisada a existência de traços da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias, considerando o fato de que, no contexto da “guerra contra o terror”, o inimigo pode não apenas estar dentro do território nacional, mas também pode estar vislumbrando a possibilidade de ingressar com o objetivo de realizar um atentado terrorista que coloque em risco o contrato social e, neste sentido, a própria concepção do Estado Liberal.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO APLICADO À QUESTÃO MIGRATÓRIA

³⁰ TSOURDI, Evangelia L. “Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?”. **European Constitutional Law Review**. Vol. 17, 2021, p. 477.

³¹ JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? **ZStW**, vol. 117, n° 4, 2005, p. 844-846.

³² JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

A concepção do Direito Penal do Inimigo, conforme visto no capítulo anterior, baseia-se no rompimento do contrato social que transforma o cidadão em um traidor, um inimigo e que, por isso, deixa de ser sujeito de direitos, sendo segregado socialmente para a proteção do Estado Liberal. No presente capítulo, analisa-se se, e como, essa racionalidade estaria presente também nas políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido.

Se no âmbito do direito interno a existência de potenciais inimigos vem justificando uma série de medidas de segurança e prevenção, tais como escutas telefônicas, espionagem de estado, fiscalizações em locais públicos. No âmbito internacional, as mesmas razões estariam sendo utilizadas para sustentar a necessidade de fiscalizar o mar com drones, interceptar botes com migrantes, fechar fronteiras com muros e cercas e realizar detenções migratórias em massa? A racionalidade do inimigo estaria por trás das coletas de dados biométricos de migrantes e da realização de acordos internacionais para que terceiros Estados contenham migrantes em centros de detenção e interceptem embarcações (e.g. Líbia, Marrocos e Turquia)?

Para Todorov o medo real ou construído do inimigo é peça central para compreender as políticas migratórias pós-11 de setembro. Segundo o autor, os Estados podem ser classificados em três grupos de acordo com o sentimento dominante: os Estados “do apetite”, os Estados “do ressentimento” e os Estados “do medo”. Os Estados “do medo” seriam aqueles que constituem o Ocidente, aqueles que dominaram o mundo por séculos e que temem os efeitos da sua perda de poder para os dois grupos precedentes. Os Estados “do apetite” (e.g. China, Índia, Coreia do Sul, Taiwan e outros), temem que a sua emergência econômica faça com que sejam vistos como uma ameaça, tornando-os alvo de medidas de contenção no comércio internacional. No que se refere aos Estados de ressentimento (e.g. países da África e do Oriente Médio), esses temem os ataques bélicos e *coup d'état* que os Estados “do medo” poderiam desferir ou patrocinar, ocasionando instabilidades internas como guerras civis e emigração em massa dos seus habitantes para os Estados do medo.³³

³³ TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

De acordo com as estimativas do *Watson Institute*, instituto vinculado à *Brown University* dos Estados Unidos da América, elaboradas com base nos relatórios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), desde o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, quando o então presidente norte-americano, George W. Bush, anunciou a “guerra global ao terror” (*global war on terror*), os Estados Unidos da América lançaram ou participaram de oito guerras (sem contar a Ucrânia), as quais obrigaram 37 milhões de pessoas a deixarem seus lares, em uma estimativa conservadora, e, entre 48 e 59 milhões de pessoas, em uma estimativa menos conservadora. Guerras que foram iniciadas e, eventualmente, abandonadas pelo governo norte-americano, deixando um rastro de mortes, miséria, traumas, atraso e um futuro repleto de incertezas nos Estados do “ressentimento”.³⁴

As instabilidades existentes nos Estados do “ressentimento” auxiliam na superação dos problemas de envelhecimento populacional nos Estados de destino, beneficiando majoritariamente as elites econômicas de diversos setores e de grandes corporações que se beneficiam com a mão de obra de baixo custo em inúmeros setores e com o aumento nos valores das locações imobiliárias. O ingresso de trabalhadores migrantes também possibilita redução no custo de serviços de empregados domésticos, babas, jardinagem, corte de cabelo, reformas e manutenção residencial, que se tornam mais acessíveis, beneficiando as elites econômicas.³⁵

Nesse sentido, a condição jurídica de irregularidade dos migrantes que não possuem documentos ou autorização legal para o trabalho atende ao interesse de se criar uma força de trabalho dócil e vulnerável.³⁶

³⁴ VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. “Creating refugees: displaced caused by the United States’ post-9/11 wars”. **Watson Institute**. Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf Acesso em: 2 set. 2023.

³⁵ HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **The age of migration**. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

³⁶ HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **The age of migration**. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

Em um contexto de êxodo rural generalizado e progressivo nos países da Europa Ocidental, por exemplo, as zonas rurais têm representado um cenário favorável para os recém-chegados, pois facilitam o acesso às fontes básicas de subsistência e oportunidades de emprego. As áreas rurais também oferecem níveis de invisibilidade e informalidade que ajudam a acomodar os migrantes irregulares, o que abre caminho para situações de dura exploração.³⁷

O migrante irregular ou clandestino é colocado como um inimigo que está invadindo o território soberano de outro país, chegando em botes, com auxílio de coites, não devendo possuir direitos. Pouco se menciona, entretanto, que a irregularidade foi construída a partir de políticas e práticas migratórias conhecidas como “apartheid de passaporte” (*passport apartheid*),³⁸ que consiste na imposição de vistos para os nacionais dos Estados do ressentimento, com o objetivo de vedar o ingresso regular dos seus nacionais aos Estados de destino.

Diante do desespero vivido pelos migrantes e refugiados dos Estados de ressentimento, eles se submetem a pagar cerca de mil euros por pessoa aos coites para tentar ingressar nos países da União Europeia de forma irregular. A prática do “apartheid de passaporte”, assim, é uma manifestação de “precariedades construídas”, ou seja, barreiras desumanizadoras, artificialmente criadas, para impedir pessoas de exercer direitos humanos como o de deixar o seu país de origem em momentos de crise humanitária e o de buscar e usufruir refúgio nos Estados de destino. Direitos que estão previstos nos artigos 13 e 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.³⁹

O artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece o direito de migrar, ao estabelecer que todas as pessoas têm “direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e

³⁷ PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. **European Journal of Migration and Law**, v. 24, 2022, p. 182.

³⁸ KOCHENOV, Dmitry Vladimirovich. “Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship – A reply”. **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1528.

³⁹ CRÉPEAU, Françoise. “Towards a global and diverse world: ‘facilitating mobility’ as a central objective of the Global Compact on Migration”. **International Journal of Refugee Law**. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 658.

a esse regressar”, reconhece também o “direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, conforme disposto no artigo 14. A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, por outro lado, reconhece que toda pessoa tem o direito de buscar refúgio em outros países devido à perseguição. Migrar ou buscar refúgio em outro país não são, portanto, atos ilegais.⁴⁰

A prática do “*apartheid* de passaporte”, ao impedir que migrantes e refugiados alcancem os países de destino de forma segura, incentiva o embarque em transportes precários e clandestinos, fornecidos pelo crime organizado, colocando em risco o direito à vida e à segurança pessoal, previstos no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Essa política migratória nega os direitos humanos aos migrantes, sob o pretexto de que são originários de países “inimigos” e que são pessoas possivelmente perigosas. Por outro lado, explora sua vulnerabilidade como meio de obter mão de obra dócil e de baixo custo.

Vistas de forma global, as medidas migratórias aplicadas aos migrantes e refugiados da África e do Oriente Médio na União Europeia e no Reino Unido (dentre outros) assemelham-se àquelas utilizadas durante o regime de *apartheid* na África do Sul, motivo pelo qual vêm sendo descritas por Besteman como “apartheid global militarizado”. Segundo Besteman, trata-se de um sistema que, a um custo elevadíssimo e, utilizando tecnologia de ponta, destina locais reservados (União Europeia e Reino Unido) para determinadas pessoas (os cidadãos e os turistas) com base em critérios raciais, religiosos, políticos, educacionais e econômicos (europeus, brancos, cristãos e pessoas ricas de outras regiões), possuindo controles de ingresso (*check points*), detenção daqueles que tentarem o ingresso de forma irregular (os inimigos) e a criação de mecanismos legais que possibilitem o ingresso daqueles que prestam serviços necessários (os migrantes desejados por serem qualificados e com recursos) na região reservada.⁴¹

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/media/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-and-standards-relating-detention-asylum-seekers> Acesso em: 5 set. 2023.

⁴¹ BESTEMAN, Catherine. “Militarized global apartheid”. **Current Anthropology**. Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 28.

Isso se torna evidente a partir da metáfora utilizada pelo chefe da diplomacia da União Europeia, Josep Borrell, que afirmou em seu discurso de inauguração da Academia Diplomática Europeia, no dia 13 de outubro de 2022, que “a Europa é um jardim” e que “o resto do mundo” “não é exatamente um jardim, a maior parte do resto do mundo é uma selva, e a selva poderia invadir o jardim”.⁴² A metáfora foi utilizada para fundamentar o desejo de que as pessoas que moram na “selva”, os inimigos, permaneçam na “selva” e que a União Europeia adote medidas preventivas de contenção, dissuasão e externalização para conter a “selva”, como se as pessoas envolvidas não fossem sujeitos de direitos. Novamente a racionalidade do Direito Penal do Inimigo demonstra-se bastante presente.

Para o bem maior da coletividade, faz-se necessário garantir a preservação do “jardim” em face da invasão dos bárbaros, o que justificaria a utilização de um conjunto de práticas migratórias desumanizadoras ou *non-entrè mechanisms*, tais como, a interceptação de embarcações, os acordos com países de trânsito para detenção de migrantes, a utilização de centros de detenção migratória na União Europeia, o controle marítimo com drones, a criminalização de quem auxilia no resgate de migrantes em botes clandestinos e os *push backs* (retorno forçado de embarcações de refugiados no mar ou a proibição do ingresso de refugiados nas fronteiras através de muros, cercas, jatos de água e recusa no recebimento de pedido de refúgio, seguida por deportação). Dentre os objetivos dessas práticas, encontra-se o de tornar o Sistema Europeu Comum de Asilo e os tribunais europeus inacessíveis aos “inimigos”, o que faz sentido na ótica do Direito Penal do Inimigo, em que o inimigo perde os seus direitos.⁴³

Essas práticas de contenção são realizadas sobre o pretexto de garantir segurança em face do estrangeiro, de origem desconhecida, o chamado “extracomunitário”, visto como uma

⁴² LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial ‘garden vs jungle’ metaphor but defends speech. **Euronews**. Disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground> Acesso em: 7 set. 2023.

⁴³ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. “Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence”. **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 53, n. 2, 2015, p. 236-238.

espécie de bárbaro.⁴⁴ Os mecanismos de contenção, enquanto conjunto de práticas desumanizadoras, podem ser utilizadas também com o objetivo de dissuadir futuros refugiados de buscar refúgio em determinados Estados de destino. Neste sentido, a informação sobre mecanismos de contenção, tais como, a autorização legal da Diretiva da União Europeia para detenção de solicitantes de refúgio por até um ano e meio em centros de detenção circula entre migrantes e refugiados com o objetivo de dissuadir pessoas indesejadas da ideia de migrar e buscar refúgio no bloco europeu.⁴⁵

Por serem majoritariamente de origem islâmica, os migrantes e refugiados que embarcam rumo à Europa em embarcações clandestinas recebem um tratamento bastante distinto daquele fornecido aos migrantes ucranianos, brancos, cristãos e aliados.⁴⁶

Na Bulgária, o Primeiro-Ministro, Kiril Petkov, justificou o tratamento diferenciado aos ucranianos com toques de racionalidade do Direito Penal do Inimigo, ao dizer que os ucranianos eram europeus, “pessoas inteligentes e educadas” e “não pessoas com passado incerto, que podem ter sido terroristas”. Com uma narrativa semelhante, o Presidente da Hungria, Viktor Orban, afirmou que não era necessário ser um cientista de ponta para perceber a diferença entre “as massas chegando de regiões muçulmanas em busca de uma vida melhor na Europa” e os “refugiados ucranianos que estão fugindo da guerra”.⁴⁷

Neste sentido, no âmbito migratório adota-se a racionalidade do Direito Penal do Inimigo na medida em que abandona a lógica do Direito Penal do Fato e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor, em que o indivíduo é punido por aquilo que ele é,

⁴⁴ TOMASELLI, Alessandro. “Sicurezza ed Immigrazione Nell'UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche.” *Cross-Border Journal for International Studies*. Vol. 2, n. 1, 2017, p. 97.

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/media/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-and-standards-relating-detention-asylum-seekers> Acesso em: 5 set. 2023.

⁴⁶ Sobre o tema, ver: AVELINE, Ricardo Strauch. **Direito Internacional dos Refugiados e a sua judicialização nos tribunais europeus: equilibrando soberania e direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2023.

⁴⁷ RELIEFWEB. **The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe's Response to Refugees Changed?** 2 mar. 2022. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed> Acesso em: 5 set. 2023.

migrante indesejado. O migrante islâmico, originário de Estados falidos, é visto como uma ameaça, um inimigo em potencial, passando a ser punido com a restrição de uma série de direitos humanos.

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, houve a adoção da perspectiva de securitização, em que migrantes passaram a serem vistos também como uma ameaça à segurança e à integridade cultural dos Estados de destino,⁴⁸ sendo estabelecida uma relação significativa entre migração e crime, conhecida pelo termo “crimigração”.⁴⁹

Em 2016, pesquisas do *Pew Research Center* apontaram que a crise de refugiados de 2015-2016 e a ameaça de terrorismo estavam muito relacionadas entre si na mente de inúmeros europeus. Em 8 das 10 nações europeias pesquisadas, mais de 50% dos indivíduos acreditavam que os refugiados que chegavam na União Europeia aumentavam a probabilidade de atentados terroristas em seus países.⁵⁰

Não surpreendentemente, o estudo descobriu que as percepções negativas em relação aos muçulmanos aumentaram na última década. A visão dominante é que eles querem se diferenciar do resto da sociedade, em vez de adotar os costumes e o modo de vida da nação,⁵¹ representando um perigo para a manutenção cultural e étnica da Europa. Além disso, a sua presença passou a ser associada a grupos extremistas e ataques terroristas por políticos oportunistas.⁵²

Um dos casos que ilustram a transformação de migrantes em inimigos ocorreu em 2015 na Polônia, quando a retórica “islamofóbica” se tornou uma estratégia de sucesso nas eleições.

⁴⁸ HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **The age of migration**. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 234.

⁴⁹ STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. **American University Law Review**, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006, p. 368-369.

⁵⁰ FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. **Refugees, migration and global governance**. New York: Routledge, 2020, p. 18.

⁵¹ FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. **Refugees, migration and global governance**. New York: Routledge, 2020, p. 18.

⁵² BLITZ, Brad. “Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy.” **Journal on Migration and Human Security**. Vol. 5, n. 2, 2017, p. 380.

Durante a campanha, o líder do partido eleito, Jaroslaw Kaczinski, sustentou que os migrantes estavam impondo as leis islâmicas nas regiões da Suécia onde viviam e que o ingresso dos refugiados na Polônia implicaria na mudança da cultura e em níveis mais baixos de segurança. Essa retórica levou centenas de pessoas às ruas com *slogans* como: “hoje refugiados, amanhã terroristas” e “Polônia livre do Islã”.⁵³

A declaração de guerra ao terrorismo islâmico e a construção simbólica de um conflito de civilizações, neste sentido, aumentou a hostilidade em relação aos migrantes e refugiados, dando início à chamada “sociedade da vigilância”, caracterizada pela proliferação de medidas de controle social.⁵⁴

A mídia passou a retratar migrantes e refugiados como uma ameaça à segurança, identidade e cultura.⁵⁵ Ao vincular o migrante ao terrorismo, torna-se mais factível a sua visualização como “inimigo”, o que facilita a justificativa de medidas de segurança que excepcionam os direitos humanos. A ideia de uma “crise de segurança”, neste sentido, que inclui também dimensões étnicas, culturais e religiosas, passou a ser utilizada para, na prática, retirar os direitos dos migrantes e refugiados, tornando-os alvos de práticas ilegais, tais como *push backs*, fechamento de fronteiras, detenção migratória e deportação de migrantes em massa, restrições de acesso à justiça e outras medidas para contenção dos “inimigos” com práticas excepcionais, que outrora seriam inaceitáveis.⁵⁶

Migrantes e refugiados, dentro e fora da União Europeia e do Reino Unido, passaram a ser alvo de crescente hostilidade desde 2001, com aumento do nível de xenofobia, especialmente em relação a pessoas de origem islâmica. Esse comportamento tem como reflexo o aumento do ressentimento por parte da minoria islâmica nos países que compõem a União

⁵³ FULLERTON, Maryellen. “Borders, bans, and courts in the European Union.” **Roger Williams University Law Review**. Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393.

⁵⁴ FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. **International Social Work**, v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

⁵⁵ FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. **Refugees, migration and global governance**. New York: Routledge, 2020, p. 3.

⁵⁶ SINHA, Anita. “Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants.” **Columbia Human Rights Law Review**. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 182.

Europeia, agravando os conflitos, a violência e insegurança. Os exemplos mais recentes encontram-se na Suécia, onde grupos de pessoas contrárias ao islã realizaram a prática de queimar o Alcorão em locais públicos, o que gerou protestos em diversos países islâmicos com a queima da bandeira sueca em um protesto no Paquistão e a destruição do prédio da embaixada da Suécia em Bagdá, após manifestantes invadirem e atarem fogo no mesmo, em julho de 2023.

3 DETENÇÃO MIGRATÓRIA E A RACIONALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No sistema judicial, as pessoas são presas por causa de algo que fizeram, enquanto na detenção migratória as pessoas estão sujeitas à privação de liberdade por aquilo que elas são, ou na linguagem das diretivas da União Europeia, porque não atendem a certos critérios administrativos. Em muitos casos, isso ocorre porque os detidos são originários de países islâmicos que vivem crises humanitárias, sendo classificados como pessoas que podem solicitar refúgio para evitar o seu retorno aos países de origem, representando despesas para os Estados de destino. Desta forma, “tecnicamente” não cumprem os requisitos para obtenção de visto e sua tentativa de ingresso poderá ser alvo de detenção migratória, seguida por deportação.⁵⁷

Na maioria dos países, a prisão judicial é regulamentada por procedimentos bem estabelecidos com o objetivo de proporcionar responsabilidade e transparência da prisão e das experiências dos presos. A detenção migratória não é regulamentada da mesma forma e, portanto, as condições dos detidos podem ser aplicadas arbitrariamente e muitas vezes são

⁵⁷ NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). **Immigration detention: the migration of a policy and its human impact**. New York: Routledge, 2015, p. 3.

severas,⁵⁸ o que aproxima a detenção migratória da racionalidade do Direito Penal do Inimigo, em que as garantias processuais são retiradas e as penas aplicadas são desproporcionais.

As detenções migratórias não costumam ser determinadas por decisões devidamente fundamentadas em lei e baseadas em fatos comprovados, mas sim em decisões discricionárias de autoridades migratórias que privam as pessoas da liberdade sem justificativa e, muitas vezes, nem prazo de duração. Assim, além de desconhecerem os motivos e fundamentos legais de suas detenções, migrantes e solicitantes de refúgio detidos, diferentemente das pessoas condenadas judicialmente a penas de privação de liberdade, não sabem quando voltarão a ter liberdade. As incertezas sobre a duração da detenção e sobre o resultado da solicitação de refúgio causam imensa ansiedade e outros problemas de saúde física e mental.

A detenção é geralmente justificada com base na percepção do risco de as pessoas fugirem ou serem um perigo para o público, na incerteza sobre a identidade, na facilitação da resolução de reivindicações de imigração ou na remoção do país.⁵⁹ Nestes procedimentos, migrantes e refugiados não são vistos como sujeitos de direito, mas sim como objetos da coação estatal.

A narrativa da segurança, baseada no medo do inimigo, assume tamanha dimensão que se deixa de considerar a existência de direitos a serem observados no contexto de um Estado de Direito. Práticas arbitrárias de detenção, que são vedadas pelas normas internacionais, passam a ser aplicadas à luz do dia e o direito à liberdade de movimento deixa de ser aplicado aos inimigos.⁶⁰ Assim, a privação de liberdade, em hipóteses não previstas em lei, que se configura como uma das mais sérias violações de direitos humanos, interferindo no direito de ir e vir e na

⁵⁸ NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). **Immigration detention: the migration of a policy and its human impact**. New York: Routledge, 2015, p. 3.

⁵⁹ GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kingdom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). **Immigration detention: the migration of a policy and its human impact**. New York: Routledge, 2015, p. 14.

⁶⁰ ACNUR. Diretrizes para a detenção. **Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção**. Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2012/en/87776>. Acesso em: 7 set. 2023.

liberdade física de uma pessoa passa a ser vista com naturalidade quando se trata de migrantes e refugiados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, assim, uma série de aplicações da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, destacando-se as medidas preventivas utilizadas contra indivíduos específicos, classificados como inimigos, independentemente da sua conduta, negando-lhes o acesso a direitos como o de solicitar refúgio, seguido pelas práticas de detenção migratória que, em muitos casos, tolhem direitos processuais como acesso à justiça, o devido processo legal, a ampla defesa e contraditório, culminando com punições desproporcionais como a criminalização do ingresso irregular de quem foge da miséria e da violência com penas elevadas.

A utilização da racionalidade do Direito Penal do Inimigo tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional afronta os direitos humanos e os ideais iluministas, colocando em risco a própria concepção do Estado de Direito que passa a ser substituído por um Estado Policial, onde as autoridades estão acima das leis, podendo, cada vez mais, agir de forma preventiva, fiscalizando e tolhendo a liberdade de pessoas pelo que elas são e não pelo que fizeram.

Ao direcionar tais medidas preventivas a um determinado grupo étnico, racial e religioso, as políticas migratórias inspiradas no Direito Penal do Inimigo agravam o ressentimento que é sentido por pessoas de origem islâmica, ampliando os riscos de atos de violência e animosidade na União Europeia e no Reino Unido.

O contrato social deve abranger toda a comunidade internacional, garantido a todos uma vida digna, independentemente de raça, religião, nacionalidade ou condição econômica. Os problemas climáticos, a concentração de riqueza e o domínio tecnológico em si tendem a criar cada vez mais ondas maciças de migrantes e refugiados ao redor do mundo. Deixá-los fora do

contrato social e do Direito sob o pretexto de que são inimigos pode acabar isolando aqueles que estão no contrato social, que passam a representar uma minoria, e a história da queda do Império Romano pode se repetir.

A brilhante concepção de Günther Jakobs, sobre o “Direito Penal do Inimigo”, neste sentido, auxilia na compreensão de uma racionalidade que transcende o campo penal interno, alcançando os âmbitos internacional e migratório. Conhecer a teoria do Direito Penal do Inimigo é fundamental para compreender os impactos da sua racionalidade sobre o Estado de Direito e sobre as crescentes ameaças à paz internacional.

REFERÊNCIAS

- ACNUR. **Diretrizes para a detenção**. Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção. Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884>. Acesso em: 7 set. 2023.
- ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland, **ZIS**, n° 4, 2011, p. 180-192.
- AVELINE, Ricardo Strauch. **Direito Internacional dos Refugiados e a sua judicialização nos tribunais europeus: equilibrando soberania e direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2023.
- BBC. **Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282>. Acesso em: 9 set. 2023.
- BENHABIB, Seyla. **The right of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da religião**. São Paulo: Abril, 1974.

- BESTEMAN, Catherine. "Militarized global apartheid". **Current Anthropology**. Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 26-38.
- BLITZ, Brad. "Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy." **Journal on Migration and Human Security**. Vol. 5, n. 2, 2017, p. 379-400.
- CLAYTON, Gina; FIRTH, Georgina. **Immigration and Asylum Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- CRÉPEAU, Françoise. "Towards a global and diverse world: 'facilitating mobility' as a central objective of the Global Compact on Migration". **International Journal of Refugee Law**. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 650-656.
- FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. **International Social Work**, v. 58, n. 4, 2015, p. 595-605.
- FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. **Refugees, migration and global governance**. New York: Routledge, 2020.
- FULLERTON, Maryellen. "Borders, bans, and courts in the European Union." **Roger Williams University Law Review**. Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393-418.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. "Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence". **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 53, n. 2, 2015, p. 235-284.
- GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kingdom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). **Immigration detention: the migration of a policy and its human impact**. New York: Routledge, 2015.
- GÜNDOĞDU, Ayten. **Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **The age of migration**. 6. ed. New York: Guilford, 2020.

HEIN, Christian. “Kant's Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society”. **US-China Law Review**. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, **ZStW**, vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu, Yu-hsiu (editor). **Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure**, An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipeh, 2003, p. 41-63

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **Ritsumeikan Law Review**, N° 21, 2004, p. 93-107.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, **HRRS**, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95.

JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? **ZStW**, vol. 117, n° 4, 2005, p. 839-851.

JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, **HRRS**, vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297.

JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU, Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), **Straftheorie und Strafgerechtigkeit**. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.

JAKOBS, Günther. **Sistema de Imputação Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.

KANT, Immanuel. **Perpetual peace and other essays**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983.

KOCHENOV, Dimitry Vladimirovich. “Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship – A reply”. **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1525-1530.

LAVENEX, Sandra. “Failing forward towards which Europe: organized hypocrisy in the Common European Asylum System”. **Journal of Common Market Studies**. Vol. 56, n. 5, July 2018, p. 1195-1212.

LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial ‘garden vs jungle’ metaphor but defends speech. **Euronews**. Disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground>. Acesso em: 7 set. 2023.

NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). **Immigration detention: the migration of a policy and its human impact**. New York: Routledge, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html>. Acesso em: 5 set. 2023.

PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. **European Journal of Migration and Law**, v. 24, 2022, p. 179-192.

RELIEFWEB. **The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe’s Response to Refugees Changed?** 2 mar. 2022. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed>. Acesso em: 5 set. 2023.

RENGIER, Rudolf. Strafrechtslehrertagung 1985, **Juristenzeitung**, Ano 40, n° 20, out. de 1985, p. 936-938.

SINHA, Anita. “Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants.” **Columbia Human Rights Law Review**. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 176-227.

SINN, Arndt, Moderne Verbrechensverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? **ZIS**, vol. 3, 2006, p. 107-117.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. **American University Law Review**, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**. Petrópolis: Vozes, 2010.

TOMASELLI, Alessandro. “Sicurezza ed Immigrazione Nell'UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche.” **Cross-Border Journal for International Studies**. Vol. 2, n. 1, 2017, p. 81-102.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo da Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

TSOURDI, Evangelia L. “Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?”. **European Constitutional Law Review**. Vol. 17, 2021, p. 471-497.

USA FACTS. **How many homeless people are in the US what does the data miss**. Disponível em: <https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/>. Acesso em: 9 set. 2023.

VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. “Creating refugees: displaced caused by the United States’ post-9/11 wars”. **Watson Institute**. Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.