

# **O SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO: A CRIMINALIZAÇÃO DO MIGRANTE E O TRÁFICO DE PESSOAS.**

## **RESUMO**

O presente trabalho busca evidências na análise das leis e alguns acontecimentos dentro do território espanhol nos últimos 10 anos acerca do trato específico aos migrantes. Vislumbra-se uma tendência crescente de catalogar os imigrantes irregulares como não cidadãos e perigosos, pendendo, portanto, a uma criminalização racista. Destaca-se, principalmente, a construção pelos Estados da visão dos migrantes como inimigos e a criminalização destes, corroborando e acentuando as vulnerabilidades que eles sofrem, como exemplo, o tráfico de pessoas.

**Palavras Chave:** Migração irregular - Direito penal do inimigo - Estado de exceção - Subsistema penal de exceção – Legislação espanhola – Tráfico de pessoas.

## **INTRODUÇÃO**

No presente artigo pretende-se estudar e analisar o subsistema penal de exceção, bem como, a relação deste subsistema com a criminalização do migrante e o tráfico de pessoas.

O lapso espacial do projeto se concentra no estudo da migração, do tráfico de pessoas e do subsistema penal de exceção, fazendo paralelos com a legislação espanhola específica sobre migrantes, a qual tenta contê-los, mostrando alguns exemplos acerca dessas afirmações. Já o recorte temporal tem como foco a análise das leis e alguns acontecimentos dentro do território espanhol nos últimos 10 anos.

Os direitos dos migrantes, em sua globalidade, estão longe de serem cumpridos de forma ideal. Na realidade, o que se percebe é um esquecimento proposital dessas pessoas, com o intuito principal da suposta proteção a soberania nacional, ou seja, os

migrantes tornaram-se uma nova espécie de apátridas do mundo atual, pessoas indesejadas e que necessitam ser evitadas e repudiadas.

Não é mera casualidade a representação estereotipada do forasteiro como perigoso, diferente, terrorista, pessoa que irá roubar os empregos da população, as vagas de estudo e as chances de progresso. Tudo isso gera, de forma inevitável, um subsistema penal de exceção, qual seja, a transformação dos migrantes nos inimigos da população, os culpados de todas as coisas ruins que acontecem.

É perceptível como muitos países e suas mídias tentam a todo custo imputar terror acerca da migração, tornando-os pessoas temidas, separados da sociedade considerada pertencente e normal. Dentro deste tema, ainda há que se lembrar de sua pior vertente: os migrantes que são vítimas do tráfico de pessoas. Por conta de todo o preconceito enraizado contra estrangeiros, essas vítimas não conseguem se desvencilhar das raízes do tráfico, por não terem oportunidades e serem confundidas com migrantes.

Hoje, o tráfico de pessoas tem diversas relações com a criminalização do migrante. Os Estados atuais, ao invés de focar nos motivos de tanta migração intra/entre Estados, escolhem criminalizar o comportamento migratório, de forma com que o problema-base seja esquecido.

O autor Giorgio Agamben, demonstra essa ideia em sua tese do estado de exceção, que tem como base o intuito dos Estados de mascarar as reais causas das crises sociais, políticas, econômicas e bélicas, preferem legitimar um permanente estado de exceção, criminalizando pessoas que estão apenas exercendo seus direitos e criando a ideia de “inimigos dos países”. Dessa forma, o migrante torna-se ainda mais exposto ao crime de tráfico de pessoas, visto que, não possui amparo algum do Estado e migrar, para ele, é uma necessidade.

O método a ser utilizado no presente estudo será o qualitativo, tendo em vista que se trata de uma pesquisa descritiva por apresentar uma natureza social. Será utilizada a pesquisa bibliográfica nas temáticas de migração internacional, com foco na migração espanhola, construção de identidade do migrante e o subsistema penal de exceção.

Essas revisões tem como objetivo compreender a motivação intrínseca dos Estados, seus líderes e o intuito governamental por trás da construção do migrante como inimigo social, bem como, como tais comportamentos refletem na sociedade em si e

principalmente, quais efeitos tem na população que migra. Ainda, tem o objetivo de retratar a crise contemporânea da migração, especialmente na Espanha.

Como complemento da pesquisa, será utilizado o estudo de caso aprofundado acerca da migração e do estado de exceção, utilizando como fonte para tais análises a legislação espanhola que trata da migração, sendo um aspecto interessante a ser analisado dentro do contexto da criminalização do migrante.

Espera-se que, ao final do trabalho, seja viável estabelecer parâmetros confiáveis dentro das possíveis soluções elencadas para a minimização dos problemas através da continuidade e entendimento de que a migração se trata tão somente de um movimento humano, sendo fundamental que os Estados se adaptem a estes acontecimentos.

## **CONCEITO DE MIGRANTE E DE TRÁFICO DE PESSOAS.**

Recentemente, ocorreu uma grande mudança no conceito de migrante. Nesta transição, todas as pessoas que migram são consideradas migrantes, não sendo mais usadas as formas “imigrante” ou “emigrante”. O intuito da mudança foi no sentido de demonstrar que a migração é um fenômeno humano.

De acordo com Everett Lee e William Petersen, as definições de migrantes são as subsequentes:

Para Everett Lee, as migrações são todos os movimentos que implicam uma mudança de residência permanente ou semipermanente, não tomando em conta a distância como critério, considerando como migração a simples mudança de habitação num mesmo bairro, ou a mudança de habitação quando alguém vai viver para outro país (Lee, 1966: 49). Por sua vez, William Petersen define como migração o movimento relativamente permanente de pessoas ao longo de uma distância significativa, dizendo que o tempo mínimo de permanência deverá ser um ano, sendo esse movimento classificado como visita se for inferior, e que por “distância significativa” podem existir vários entendimentos, nomeadamente geográficos e sociais (Petersen, 1968: 286 e 287).

Ainda, perante as Nações Unidas:

A definição das Nações Unidas, ao dizer que um migrante é todo aquele que ao ir para outro país muda a sua residência habitual, afirma que a migração é uma mudança de espaços político-administrativos com alguma duração, por implicar uma alteração de residência, e permitindo assim uma distinção entre migrações e outras formas de mobilidade que não têm implícita essa mudança de residência (UN, 1998: 17).

Para Saskia Sassen, a migração vista apenas pelos fatores individuais é insuficiente para que venham à tona as suas verdadeiras causas, pois ela se é produzida socialmente, principalmente por ligações coloniais, níveis baixos de educação, pobreza e desemprego, embora a essas causas não se reduza. A migração, portanto, é um fenômeno a ser estudado com todas as suas particularidades, dentro de um espaço específico.

Já quando o tema trata de migrações internacionais, pode se considerar que existem as variáveis espaço, tempo e sociabilidades, portanto, possui outro importante elemento a assinalar, a questão política. Ou seja, as migrações internacionais estão sujeitas a um sancionamento político dos Estados envolvidos no sistema migratório, o que altera a ação econômica e social, conferindo especificidades diferentes aos processos migratórios interestaduais.

Diferente do conceito de migração, o conceito de tráfico de pessoas é caracterizado pelo "recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração".

Em geral, o tipo do crime é o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas e ele é empregado através de alguns mecanismos como: ameaça ou uso da força, coerção, abdução, fraude, engano, abuso de poder ou de vulnerabilidade, ou pagamentos ou benefícios em troca do controle da vida da vítima.

Este cenário era banal perante as autoridades, que só se concretizou como preocupação internacional em 15 de novembro de 2000, em colaboração com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Interregional (UNICRI).

Essa convenção foi nomeada de Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças e do Protocolo contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea, que complementam a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Ela entrou em vigor dia 25 de dezembro de

2003. Foi o primeiro momento onde a definição de Tráfico de Pessoas, foi oficializada de modo global.

O crime é cometido para fins de exploração, conceito dentre o qual inclui prostituição, exploração sexual, trabalhos forçados, escravidão, remoção de órgãos e práticas semelhantes. É importante ressaltar ainda, que o tráfico de pessoas pode ocorrer tanto de forma nacional quanto internacional.

Há alguns anos, com o advento da migração, o tráfico de pessoas se tornou protagonista na agenda política internacional. Entre grupos ativistas no âmbito da comunidade internacional, ele tem sido uma preocupação reativada desde 1980.

O Relatório Global sobre Tráfico Humano 2018, apresentado em janeiro de 2019 em Viena – Áustria, analisou aproximadamente 24 mil casos documentados em 2016 em 142 países, e a exploração sexual (59%) continua sendo o crime mais frequente dentro do tráfico de pessoas, seguido pelo trabalho forçado (34%).

Os números do UNODC são aproximados, visto que, grande parte das vítimas destes crimes não são detectadas e nem todos os países contam com o mecanismo adequado ou interesse para combatê-lo. Neste levantamento, foi avaliado que, em 2009, apenas 26 países tinham organizações/instituições que contavam com instituições específicas que recolhiam dados sobre tráfico humano, contudo, esse número aumentou para 65 atualmente.

Dentro deste contexto, é perceptível que o ato de migrar não é bem visto pelos Estados. A atitude estatal é proposital no sentido de “confundir” a migração com o tipo penal de tráfico de pessoas e torna visível essa rejeição e preconceito para com os migrantes, bem como, a pouca relevância dada aos crimes relacionados ao tráfico de pessoas.

Os seres humanos estão em constante movimento, sendo relativamente comum a transição entre locais. O mundo politizado não deveria estabelecer fronteiras e muito menos criminalizar pessoas que estão, na maioria das vezes, buscando uma melhor qualidade de vida que seus países de origem não podem oferecer.

Diante desse paradoxo, a seguir, estuda-se o estado de exceção como controle migratório, tanto em referência ao migrante quanto em referência ao “migrante forçado”, que é a vítima do tráfico de pessoas.

## **O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO “CONTROLE” MIGRATÓRIO.**

O autor Giorgio Agamben traz o conceito do estado de exceção, como um meio de compreensão do porquê essa rejeição do Estado contra o migrante ou a vítima do tráfico de pessoas. O estado de exceção, como o oposto ao normal, é a resposta do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

Nessa situação, todas as garantias de direitos são desfeitas em nome da ideia de contenção de uma crise. Este é um dos principais perigos para Agamben, uma vez que no estado de exceção são abolidas certas garantias e direitos individuais, expondo os cidadãos ao risco iminente da morte violenta legalmente justificada.

Agamben explica que:

A exceção tornou-se uma tecnologia biopolítica de governo e de controle social e suas formas não cessam de transmutar-se, dependendo das circunstâncias, porém mantendo os princípios originários de captura excludente da vida humana através da suspensão do direito. O que Agamben e Benjamin buscam evidenciar com suas reflexões não é a negação absoluta do direito e da política, mas a tarefa de assumir uma relação crítica com o direito (e com o poder político), pois o mesmo direito que nos defende também nos ameaça. A exceção coloca a vida humana numa condição de fragilidade total que será mais absoluta quanto mais totalitária for. Essa fragilidade possibilita o controle social da vida. Quanto mais ampla for a exceção, mais absoluto será o controle social. Com isso a possibilidade de controle das vidas torna a exceção um dispositivo biopolítico, gerando a possibilidade de governo total das pessoas, pois a fragilidade de sua condição outorga ao soberano o poder pleno sobre suas vidas. É por isso que Agamben chama de “exceção” a forma extrema de relação que inclui através da exclusão, e exclui por meio da inclusão. Na exceção se dá um limiar crítico da indiferença e indistinção entre a vida humana e o direito, entre a vida e o poder político. Na medida em que esse dispositivo é cada vez mais utilizado como tecnologia biopolítica de controle social, ela tende a constituir-se na norma. O paradoxo da exceção é que o Estado, para defender a vida dos cidadãos, necessita ter o poder absoluto de ameaçar a vida.

Já Carl Schmitt, em sua dita teoria schmittiana, entende que somente é capaz de revelar o poder do soberano e trazer à tona a sua identidade esse momento de exceção. Segundo o autor, a existência do soberano é de extrema importância, pois a lei não possui a capacidade de se sustentar sozinha. Ela necessita de um soberano que seja capaz de realizar o papel de protetor.

Portanto, para ele, seria necessário que o soberano restaurasse a ordem vigente resguardando assim a constituição de modificações que possam ser prejudiciais à ordem estabelecida na sociedade, como versa o trecho a seguir:

A distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva – que era alvo de Benjamin – corresponde de fato, literalmente, à oposição schmittiana; e é para neutralizar a nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na *Politische Theologie* responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista um *Grenzbegriff*, é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre a anomia e o contexto jurídico (Agamben, 2004, p. 86).

A crise política no território incita o governante a intervir contra a população, assumindo uma guerra contra o inimigo interno ao sistema social, acarretando em medidas de extrema violência. O estado de exceção aqui, não é apenas uma medida provisória, mas um paradigma de governo.

O estado de exceção abre caminhos para o subsistema penal do inimigo, ciência penal que explica a imposição direta da culpa de tudo em cima de uma classe determinada. Para os casos atuais, considera-se o migrante ou a pessoa vítima do tráfico de pessoas, um dos maiores alvos do estado de exceção criando desta maneira, um ciclo vicioso.

Como cita Membe em um de seus últimos artigos sobre o assunto:

No século 21, torna-se evidente um desejo global renovado dos cidadãos e de seus respectivos Estados por um controle mais rígido da mobilidade. Para onde quer que se olhe, o impulso é em direção ao cercamento ou, em todo caso, a uma dialética mais intensa de territorialização e desterritorialização, de abertura e fechamento. Ganha força a crença de que o mundo seria mais seguro se ao menos os riscos, as ambiguidades e as incertezas pudessem ser controladas, se ao menos as identidades pudessem ser fixadas de uma vez por todas. Técnicas de gerenciamento de risco estão se tornando, cada vez mais, um método para governar a mobilidade. Sobretudo na medida em que a fronteira biométrica se expande para múltiplos domínios, não apenas na vida social, mas também no corpo, o corpo que não é meu. O conceito-chave é “mobilidade gerenciada”. Então, no quadro da mobilidade gerenciada, certas categorias da população são vistas o tempo todo como possível ameaça, não apenas para si mesmas e sua própria segurança, mas também para a segurança dos demais.

Acredita-se que essa ameaça pode ser reduzida se os movimentos dessas pessoas forem limitados e se elas forem domesticadas e submetidas a algum tipo de reforma.

Um exemplo claro dessa situação, foi o caminhão encontrado com 39 corpos vietnamitas a caminho do Reino Unido. Uma das principais partes da notícia, explica que o tráfico de pessoas entre esses dois países é muito comum, visto que, as vítimas do tráfico são vistas como migrantes ilegais perante o Estado, não existindo proteção a eles.

Segue o trecho de um relatório de ONGs europeias: “Muitas vítimas vietnamitas do tráfico em trânsito por países europeus experimentam viagens longas e penosas. As mulheres são abusadas e exploradas mediante trabalho forçado ou exploração sexual, muitas vezes nas mãos de redes mafiosas e traficantes europeus. Em muitos casos, as vítimas atraem a atenção das autoridades dos países europeus, mas estas não as identificam como vítimas do tráfico; elas as vêem como migrantes ilegais ou criminosos”, denuncia um relatório conjunto das ONGs Anti-Slavery International, Every Child Protected Against Trafficking UK e Pacific Links Foundation.

Tal reportagem retrata o quão grave é a situação, visto que, não há proteção para as vítimas do tráfico de pessoas, já que são confundidas com migrantes irregulares e tratadas como criminosos. A não separação dos dois atos faz muitas vítimas de forma silenciosa.

De acordo com o exposto anteriormente, vê-se claramente que essa situação chegou ao estado de exceção, onde a vida humana é desconsiderada através de sua inclusão numa zona de anomia, onde a suspensão dos direitos coloca a vida sob total vulnerabilidade.

A exceção exclui dos direitos fundamentais e inclui numa zona neutra, em que o arbítrio da vontade soberana se torna lei. Com ela, a vida não fica simplesmente a mercê ou excluída (como no exílio), mas é posta numa outra condição, abandonada à violência sem delito.

## **ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA: DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A EXPULSÃO DOS MIGRANTES.**

Como exposto na introdução, a análise do caso concreto será baseada na legislação espanhola e uma observação criminológica do trato ao migrante pelos estadistas e legisladores.

Consultando legislação espanhola, é possível notar que ela segue uma orientação fiel de institucionalizar os migrantes como sujeitos prioritários no controle penal. Diante desse posicionamento dos legisladores, a migração na Espanha alcançou um status de problema de segurança internacional, compartilhando espaço com os delitos de narcotráfico, crime organizado e terrorismo.

Em atenção a um dos exemplos do dispositivo legal espanhol, o primeiro a se notar é a severidade das penas para facilitadores dos migrantes ilegais, de quatro a oito anos de prisão. Ainda, o crime é equiparado ao tráfico ilegal e a própria migração ilegal, tamanha vontade dos legisladores de coibir as possibilidades de migração.

O tipo objetivo do crime (art. 318, CPE – Código Penal Espanhol) abrange, de maneira ampla, “aquele que promova, favoreça ou facilite, direta ou indiretamente, a imigração ilegal ou o tráfico (tipo único de autor)”. Todavia, como sinala Martínez Escamilla, quando o art. 318 expõe sobre promover, favorecer ou facilitar o tráfico ilegal, o que realmente alude o código é a promoção, favorecimento ou facilitação da migração ilegal.

Segundo García Arán:

Quando a legislação dispõe que o simples cruzar a fronteira é definido como “tráfico”, ampliando consideravelmente o âmbito de abrangência da lei, uma vez que o código espanhol não exige o abuso, transação comercial, interesse de exploração, domínio sobre a pessoa do imigrante ou qualquer outro requisito.

Logo, é inegável que a lei considere a migração ilegal como uma modalidade de tráfico de pessoas, intensificando as medidas repressivas de seu controle. Tal posicionamento demonstra a tese do estado de exceção e subsistema penal de exceção na prática. O migrante é transformado em um criminoso e um inimigo, tal qual um traficante de pessoas, pela própria legislação dos países, pelo simples ato de migrar.

Ainda neste contexto, houve o advento da Lei Ordinária 11/2003, a qual estabeleceu um retrocesso ainda maior: as penas privativas de liberdade inferiores a seis anos, aplicadas aos migrantes irregulares, foram substituídas pela expulsão destes do território espanhol, com a exceção de alguns determinados delitos que o juiz entendesse necessário o cumprimento da pena na Espanha.

Num paralelo inevitável junto a violação aos direitos humanos dos migrantes, a Espanha tem maus antecedentes. Em 2019, o Comitê da ONU para os Direitos da Criança decidiu que o país violou as suas obrigações como signatário da Convenção dos Direitos da Criança (CRC), depois de ter expulso sem entrevista ou análise do caso uma criança do enclave de Melilha, em 2014.

O Comitê concluiu que a ausência de avaliação de risco antes da expulsão violou os direitos do menor nos termos dos artigos 3º (melhor interesse da criança) e 37º (proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante) da CRC. Além disso, criança desacompanhada viola o 20º (proteção de menores não acompanhados).

Nos últimos meses, uma nova crise migratória explodiu no país. Como marca desse momento complexo, principalmente para os migrantes expulsos, foi o caso de Ashraf, marroquino de 16 anos que nadou até Ceuta agarrado a garrafas de plástico vazias, para não afundar.

Conforme mostra trecho extraído da reportagem a seguir:

Um vídeo gravado pela agência Reuters mostra o adolescente assustado, a pedir aos militares destacados para impedir a chegada de pessoas que o deixassem entrar: “Tentem compreender-nos, por Deus. Não quero voltar”, disse o jovem. As imagens mostram os militares a escoltar Ashraf e outro menor até a fronteira, onde são entregues às forças policiais marroquinas.

Dia 21 de maio, a procuradoria recebeu uma queixa do organização não-governamental Coordenadora de Barrios, que se dedica à proteção de menores. “El País” teve acesso ao documento, onde se lê, segundo o diário espanhol, que a devolução infringe “os direitos universais da criança”, porque “não foi prestada a devida atenção à possível situação de vulnerabilidade da pessoa repatriada”.

Várias argumentações ocorreram no sentido de que a expulsão dos migrantes se justificaria pela falta de trabalho e dificuldade de adaptação ao novo país, contudo, a realidade é a legislação e a atuação do governo claramente mostrando a sua verdadeira

face: expulsar um “indesejado” é muito mais cômodo do que a ressocialização pregada pelas penas estabelecidas nos códigos penais.

Rafael Escudero, da Rede Espanhola para a Imigração e o Apoio a Refugiados, salientou que as deportações estavam a ignorar a necessidade de cumprir direitos humanos. "A matemática não funciona. Mesmo que houvesse quatro mil polícias no terreno, demoraria quatro mil minutos para recolher dados e criar as declarações de deportação. Isto passou-me em poucas horas", lamentou o ativista ao *The Guardian*.

Num comunicado, a Associação dos Direitos Humanos da Andaluzia também mostrou preocupação pela velocidade rapidíssima com que Espanha procedeu aos retornos forçados. "O Governo espanhol deportou quatro mil pessoas através de 'deportações expresso'. sem garantir proteção judicial individual, como manda a lei".

O problema sempre se coloca com os que são pobres. Para eles não há cartão azul, não há simplificação administrativa dos processos de legalização e residência. Para eles, há apenas o limbo, a incerteza sobre a sua condição legal e, desde logo, quanto ao seu tipo de condição: se migrante, se criminoso, se refugiado. Mas há algo na sua condição que nunca as abandonará: são pessoas e cada uma é em si mesma toda a humanidade.

Sassem elucidada muito bem tais realidades no trecho a seguir:

Quais são os espaços dos expulsos? Eles são invisíveis às medições comuns de nossas economias e nossos e estados modernos. Porém, deveriam ser tornados conceitualmente visíveis. Quando proliferam as dinâmicas de expulsão, seja na forma da economia contraída da Grécia, das elites predatórias em Angola, do crescimento do número de desempregados a longo prazo ou de encarcerados em prisões com fins lucrativos nos Estados Unidos, o espaço dos expulsos se expande e se torna cada vez mais diferenciado. Não é simplesmente um buraco escuro. Está presente (SASSEN, 2016, p. 263).

Sobressai, portanto, o intento legislativo de obstar o acesso do migrante irregular, rumo a uma exclusão radical não se observando que a ressocialização opera individualmente, levando-se em conta não o crime cometido, mas, sim, os caracteres pessoais do réu, nada tendo a ver com a sua situação administrativa (regular ou irregular).

No caso da recente complicação migratória que ocorreu em Ceuta, a Convenção sobre Direitos da Criança (CDC) assegura que todos os direitos nela enumerados se

aplicam a todas as crianças presentes no Estado signatário, incluindo aquelas que estão ilegalmente no Estado signatário. Decorre o paradoxo, no qual “o compromisso global de proteger crianças de adversidades divide a agenda política com uma determinação internacional de punir e barrar a migração irregular. Jovens migrantes são prioridades em ambos os casos” (BHABHA, 2014, p.241).

Posteriormente ao exposto, revela-se indissociável as leis criminais espanholas e dos atos do governo estabelecidos contra o migrante com o subsistema penal de exceção, demonstrando a aplicabilidade real do efeito do estado de exceção: a transformação do migrante em um ser indesejável, criminoso, culpado de boa parcela das mazelas sociais.

## **CONCLUSÃO**

Demonstrados os contornos da legislação espanhola no trato da migração, tendo como base as discussões acerca do subsistema penal de exceção, a criminalização do migrante e o tráfico de pessoas, é possível ter uma visão criminológica da situação, dentro das políticas públicas implantadas para frear o crescente avanço migratório.

De acordo com Gunther Jakobs, a formulação teórica do Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos:

- a) amplo adiantamento da punibilidade (orientada para o futuro, deixando de estar orientada para o fato cometido); b) as penas previstas são desproporcionalmente altas, mormente quando confrontadas com a antecipação da barreira de punição e, por fim,
- c) as garantias processuais são relativizadas, quando não, suprimidas.

Nesse processo de “demonização” do migrante, percebe-se que a criminalização destes se encaixa no modelo de um verdadeiro estado de exceção, instrumentalizado pelo subsistema penal da exceção. Realizando uma análise interpretativa da legislação, encontram-se traços de excepcionalidade, que é característico do exposto.

Uma das demonstrações mais claras do tratado no tema do artigo, é a penalidade para quem auxilia a migração punindo, por exemplo, pessoas que alugam imóveis para migrantes com o confisco do bem, uma pena totalmente desproporcional. Ainda neste esteio, a equiparação da migração ao tráfico de pessoas também salta aos olhos.

É claro o excesso punitivo do legislador, na medida em que existem determinadas condutas que não merecem uma resposta jurídico-penal, como é o caso da migração irregular, que não passa de mera infração administrativa.

Ainda, é muito complexo entender como é aceitável que existam países que tratam seus migrantes como criminosos, que não são capazes de fazer uma diferenciação em momentos onde o migrante torna-se uma vítima do tráfico de pessoas. Foram encontrados 39 corpos vietnamitas a caminho do Reino Unido, vítimas de tráfico de pessoas e ainda assim, nada foi feito, visto que, as autoridades consideram que isso é uma forma de migração para um país “cobiçado”, o sonho europeu em busca de melhores condições de vida.

De acordo com o posicionamento de muitos governos, incluso a Espanha, a vítima torna-se o criminoso. Nesse contexto de crise que já ocorre há alguns anos, os migrantes figuram como os novos *outsiders* do jogo de mediações entre o Estado e o mercado.

Neste esteio, estabelece-se um verdadeiro “Direito de luta” contra a suposta criminalidade dos migrantes. No triste cenário de exclusão radical, os migrantes já figuram na categoria de *persona non grata* e inimigos do Ocidente, são submetidos a violação dos postulados dos direitos humanos, grande reveladora da exclusão social.

O caso recente de Ceuta mostra de forma cristalina como são tratados os migrantes indesejados, neste caso, pessoas em busca de melhores condições de vida, dentro do território espanhol. Expulsão em massa, sem respeito aos direitos fundamentais, sem dar importância a convenções de direitos humanos preestabelecidas. As leis migratórias foram utilizadas com o objetivo de atingir determinadas categorias de imigrantes: os considerados “indesejáveis” e supostamente prejudiciais para a assim chamada “segurança nacional”.

A criminalização identifica especificamente um “tipo de autor” que comete o fato, através de uma rotulação do sujeito criminoso, reforçando a necessidade e a justificação

de medidas de proteção que garantam a segurança pública diante da ameaça personificada pelo sujeito estereotipado.

Essas reflexões atestam a imensa complexidade da relação entre o trio composto pela criminalidade, migração e direito. Embora sofram inúmeras violações de direitos humanos, tanto nos países originários quanto os de trânsito e de chegada, muitos migrantes e solicitantes de refúgio, com frequência, acabam sendo perseguidos por dispositivos legislativos que visam, antes que o respeito da dignidade do ser humano, o controle do excedente social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

. **Homo Sacer: poder soberano e vida nua I**. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

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: LAURENZO COPELLO, Patricia (org.). *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. **Análisis comparado de las legislaciones penales**. In: ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

FARALDO CABANA, Patrícia; MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. **El nuevo autoritarismo político-criminal em España**. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y sistema penal: viejas e nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos, 2005.

JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Imigração - Criminalização e Subsistema Penal de Exceção** - (org.). *Trata de personas y exploración sexual*. Granada: Comares, 2006.

Laís Azeredo Alves. Título: **“Crimigração como prática securitária no Aeroporto Internacional de Guarulhos (2010-2017)”**. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/18120>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração, criminalização e subsistema penal de exceção**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático e constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP.** Barcelona: Atelier, 2007.

MBEMBE, Achille. **A ideia de um mundo sem fronteiras.** Tradução de Stephanie Borges. Revista Serrote, 2019. Acesso em: 17 mar. 2021.

National Crime Agency. National Referral Mechanism Statistics. See: <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/publications/national-referral-mechanismstatistics>. **Supplemented from information from IASC Report (2017). Combating modern slavery experienced by Vietnamese nationals en route to and within, the UK.** Disponível em: <https://www.antislaverycommissioner.co.uk/media/1159/iasc-report-combating-modern-slavery-experience-by-vietnamenationals-en-route-to-and-within-the-uk.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. **Globalización, tráfico internacional, ilícito de persona y derecho penal.** Granada: Comares, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (org.). **El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración.** Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

SASSEN, Saskia. **A sociology of globalization.** Columbia University, New York, 2007, pp. 131-137.

SCHÜMER, Dirk. **A crise infundável como instrumento de poder: uma conversa com Giorgio Agamben.** Blog da Boitempo. 17 jul. 2013. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/07/17/a-criseinfundavel-como-instrumento-de-poder-uma-conversa-com-giorgioagamben/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

SCHMITT, Carl. **La dictadura.** Trad. José Díaz García. Revista de Occidente Bárbara de Braganza. Madrid, 12, 1968.

. **Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania.** In: SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar. Trad. Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

**Tentem entender-nos, por Deus. Ceuta abre inquérito à expulsão alegadamente ilegal de menores - e quem é o rapaz das garrafas à cintura?** Disponível em: <https://expresso.pt/internacional/2021-05-28-Tentem-entender-nos-por-Deus.-Ceuta-abre-inquerito-a-expulsao-alegadamente-ilegal-de-menores---e-quem-e-o-rapaz-das-garrafas-a-cintura--bb9d582d>. Acesso em: 17 mar. 2021.

ZAVALA HYDE, Carlos. **La polémica entre Benjamin y Schmitt en el Homo Sacer de Agamben.** In: JORNADAS de Filosofía Política, 5. – 17-20 de noviembre de 2008. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2008.