



DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO
SBS Quadra 02, Bloco H, Lote 14 - Bairro Asa Sul - CEP 70070-120 - Brasília - DF - <http://www.dpu.gov.br/>

NOTA TÉCNICA Nº 8 - DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU

Em 19 de outubro de 2020.

I - Do objeto da nota técnica

Trata-se de nota técnica elaborada no âmbito do Grupo de Trabalho Nacional "Migrações, Apátrida e Refúgio" da Defensoria Pública da União com relação aos aspectos jurídico-normativos da prestação de assistência a pessoas imigrantes em situação de entrada irregular no Brasil, com especial destaque para as zonas de fronteira terrestre.

Historicamente o tema não despertou a atenção das autoridades migratórias e não há registro, pela DPU, de ações promovidas contra entidades da sociedade civil ou que prestem auxílio a imigrantes em situação de vulnerabilidade, seja em situação de regularidade ou de irregularidade migratória. Contudo, a pandemia de COVID-19 provocou a edição de, até o momento, 22 (vinte e duas) portarias interministeriais referentes a restrições de entrada no território nacional, com impacto direto no direito de ingresso no território e aumento das situações de deportabilidade em função da entrada irregular. Atualmente está em vigor a Portaria nº 478, de 14/10/2020, que, quanto a pessoas não-brasileiras, tem como características a normalização das entradas por via aérea e via terrestre pela República do Paraguai, a restrição parcial para entradas por via terrestre oriundas dos demais países vizinhos com restrição total de entradas pela fronteira com a República Bolivariana da Venezuela.

Para esclarecer esses níveis de restrição, transcreve-se o teor da portaria:

Art. 2º Fica restringida, pelo prazo de trinta dias, a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário.

Art. 3º As restrições de que trata esta Portaria não se aplicam ao:

I - brasileiro, nato ou naturalizado;

II - imigrante com residência de caráter definitivo, por prazo determinado ou indeterminado, no território brasileiro;

III - profissional estrangeiro em missão a serviço de organismo internacional, desde que devidamente identificado;

IV - funcionário estrangeiro acreditado junto ao Governo brasileiro;

V - estrangeiro:

a) cônjuge, companheiro, filho, pai ou curador de brasileiro;

b) cujo ingresso seja autorizado especificamente pelo Governo brasileiro em vista do interesse público ou por questões humanitárias; e

c) portador de Registro Nacional Migratório; e

VI - transporte de cargas.

§ 1º As restrições previstas nesta Portaria não impedem o ingresso, por via aérea ou aquaviária, de tripulação marítima para exercício de funções específicas a bordo de embarcação ou plataforma em operação em águas jurisdicionais, desde que obedecidos os requisitos migratórios adequados à sua condição, inclusive o de portar visto de entrada, quando este for exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

§ 2º As restrições previstas nesta Portaria não impedem o desembarque, autorizado pela Polícia Federal, de tripulação marítima para assistência médica ou para conexão de retorno aéreo ao país de origem relacionada a questões operacionais ou a término de contrato de trabalho.

§ 3º A autorização a que se refere o § 2º fica condicionada a termo de responsabilidade pelas despesas decorrentes do transbordo firmado pelo agente marítimo, com anuência prévia das autoridades sanitárias locais, e à apresentação dos bilhetes aéreos correspondentes.

§ 4º Nas hipóteses de entrada no País por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário, as exceções de que tratam o inciso II e as alíneas "a" e "c" do inciso V do caput não se aplicam a estrangeiros provenientes da República Bolivariana da Venezuela.

Art. 4º As restrições de que trata esta Portaria não impedem:

I - a execução de ações humanitárias transfronteiriças previamente autorizadas pelas autoridades sanitárias locais;

II - o tráfego de residentes fronteiriços em cidades-gêmeas, mediante a apresentação de documento de residente fronteiriço ou de outro documento comprobatório, desde que seja garantida a reciprocidade no tratamento ao brasileiro pelo país vizinho; e

III - o livre tráfego do transporte rodoviário de cargas, ainda que o motorista não se enquadre no rol de que trata o art. 3º, na forma prevista na legislação.

Parágrafo único. O disposto no inciso II do *caput* não se aplica à fronteira com a República Bolivariana da Venezuela.

Como sanção decorrente da entrada irregular, fora dos parâmetros estabelecidos pela Portaria, prevê-se o seguinte:

Art. 8º O descumprimento do disposto nesta Portaria implicará, para o agente infrator:

I - responsabilização civil, administrativa e penal;

II - repatriação ou deportação imediata; e

III - inabilitação de pedido de refúgio.

Desse regime excepcional de restrição de entrada, já questionado administrativa e judicialmente pela DPU e objeto atual de duas ações civis públicas propostas pela instituição [1], decorre necessariamente o aumento de inadmissões em sede de controle migratório de entrada. Além de atuação em casos específicos, o tema foi revelado ao público por veículos de comunicação, especialmente sobre as situações do Acre [2] e do Mato Grosso do Sul [3]. Nos dois casos, haveria iniciativas de deportação imediata de pessoas, bem como de retenção de fluxo migratório nas cidades fronteiriças de Assis Brasil/AC e Corumbá/MS.

A situação provocada nessas e outras localidades leva ao questionamento sobre a legalidade de prestar assistência a pessoas imigrantes em situação de irregularidade migratória e sujeitas a deportação, frente à Lei nº 13.445/2017 e ao direito penal brasileiro. Assim, pretende a nota técnica, de modo breve e introdutório, iniciar a construção interpretativa sobre o tema.

II - Da análise jurídica sobre a prestação de assistência a pessoas não-nacionais em situação de irregularidade migratória no Brasil

Desde 2017, com o advento da Lei nº 13.445/2017, o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se pelo caráter protetivo e progressista no tratamento a pessoas não-nacionais em seu território. Com a nova Lei de Migração, consolida-se também no direito migratório os avanços da Constituição da República de 1988, e também se reconhece que o fenômeno migratório é natural e benéfico para o Brasil, enquanto país de destino e acolhida. Assim, abandona-se o paradigma anterior de tratar o não-nacional como *estrangeiro*, que não pertence ao país e deve ser vigiado, e adere-se a uma perspectiva fundada em direitos humanos, pela qual o migrante é sujeito pleno de direitos e não deve receber tratamento discriminatório ou fora das balizas do devido processo legal.[4]

Em síntese, os direitos dos imigrantes no país estão indicados no art. 4º da Lei, com os seguintes destaques:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

(...)

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

(...)

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

Mais que isso, a Lei estipula os seguintes princípios e diretrizes da política migratória brasileira em seu art. 3º:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;

III - não criminalização da migração;

IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;

V - promoção de entrada regular e de regularização documental;

VI - acolhida humanitária;

(...)

IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;

X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;

XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante;

(...)

XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;

(...)

Assim, deve-se ter em mente que a pessoa migrante, enquanto estiver no território brasileiro, tem direitos básicos, incluindo o de ser beneficiada por medidas estatais de assistência social, independentemente de sua condição ou situação migratória. Ou seja, ainda que sua entrada ocorra de forma irregular, isto é, fora do parâmetro de requisitos exigidos pela normativa vigente, deverá ser auxiliado pelo Estado brasileiro para sua subsistência e vida dignas, dentro dos parâmetros mais que consolidados de respeito à dignidade da pessoa humana trazidos pela Constituição de 1988. Assim, deve ser incluído como beneficiário e usuário de serviços públicos de saúde e assistência social.

Do mesmo modo, é não apenas lícita, mas recomendável a prestação de assistência por entidades da sociedade civil, sejam elas de caráter confessional ou leigo. Um exemplo é a relevantíssima atuação de voluntários e voluntárias da Caritas Brasileira e suas Regionais em locais remotos ou de difícil acesso, sendo muitas vezes os primeiros ou até os únicos agentes disponíveis para fornecimento de alimentos, água, remédios ou acolhida para pessoas em situação de grave vulnerabilidade social. Há, ainda, de se destacar organizações como o IMDH - Instituto Migrações e Direitos Humanos, bem como todos os grupos vinculados à Congregação das Irmãs Missionárias de Carlos Borromeu e à Congregação

dos Missionários de São Carlos, também conhecidos como scalabrinianas e scalabrinianos, dentre os quais se destaca a Missão Paz em São Paulo. Para além disso, há incontáveis pessoas que, mesmo não vinculadas a organizações, prestam assistência direta e, com isso, materializam o direito à assistência social previsto em lei, em reforço às providências a cargo do Estado brasileiro.

Poder-se-ia, contudo, questionar se medidas de assistência ensejariam a capitulação de condutas ao tipo penal do art. 232-A do Código Penal Brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.445/2017, de seguinte redação:

Promoção de migração ilegal

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

Apesar de introduzido topologicamente no capítulo do Código Penal referente a práticas de exploração sexual e tráfico de pessoas, é evidente que o tipo penal em questão tem por vítima o Estado e por bem jurídico protegido a Administração Pública, vez que ameaça a higidez dos controles migratórios de fronteira brasileiros[5]. A pessoa imigrante que se beneficia da migração ilegal também poderá eventualmente ser vítima, mas nunca autora; a condição de autora seria, neste caso, restrita à conduta do promotor da migração ilegal, ou seja, aquele que, sob finalidade de obtenção de vantagem econômica, pratica atos que permitem ou materializam a entrada ilegal de pessoas no território brasileiro[6].

O crime do art. 232-A é, sem sombra de dúvidas, a projeção na legislação doméstica da conduta de *tráfico ou contrabando de migrantes*, prevista no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000 e internalizado no direito brasileiro pelo Decreto nº 5.016/2004.

Segundo o Protocolo (art. 1º), "a expressão 'tráfico de migrantes' significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente". Ou seja, diferencia-se de plano o tráfico ou contrabando de migrantes de outra conduta prevista pela Convenção de Palermo, a de tráfico de pessoas.

O Protocolo também deixa claro que, quanto a essas condutas, "Os migrantes não estarão sujeitos a processos criminais nos termos do presente Protocolo, pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no seu Artigo 6" (art. 5º). Já o dispositivo mencionado estipula, contra os Estados-partes, verdadeiro mandado internacional de criminalização [7], pelo qual se obrigaram a punir na esfera criminal o contrabando de migrantes:

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente e de forma a obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material:

a) O tráfico de migrantes;

b) Os seguintes atos quando praticados com o objetivo de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes:

(i) Elaboração de documento de viagem ou de identidade fraudulento;

(ii) Obtenção, fornecimento ou posse tal documento;

c) Viabilizar a permanência, no Estado em causa, de uma pessoa que não seja nacional ou residente permanente, sem preencher as condições necessárias para permanecer legalmente no Estado, recorrendo aos meios referidos na alínea b) do presente parágrafo ou de qualquer outro meio ilegal.

Ou seja, o Protocolo menciona a "viabilização de permanência" de migrante irregular como parte da conduta de contrabando, desde que vinculada a falsificação de documentos, seu fornecimento ou posse, ou "meios ilegais". Mais que isso, estabelece que as pessoas que forem objeto da conduta de contrabando serão beneficiadas por medidas de proteção e assistência, como parte integrante e necessária da atuação estatal, e que estejam imunes a discriminação, além de beneficiadas por medidas admitidas pelo direito internacional humanitário e pelo direito internacional dos direitos humanos.

Os dispositivos - arts. 16 e 19 do Protocolo - têm o seguinte teor:

Artigo 16

Medidas de proteção e de assistência

1. Ao aplicar o presente Protocolo, cada Estado Parte adotará, em conformidade com as obrigações que lhe incumbem nos termos do direito internacional, todas as medidas apropriadas, incluindo as medidas legislativas que considere necessárias a fim de preservar e proteger os direitos das pessoas que foram objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo, que lhes são reconhecidos pelo direito internacional aplicável, especialmente o direito à vida e o direito a não ser submetido a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2. Cada Estado Parte tomará as medidas apropriadas para conceder aos migrantes uma proteção adequada contra a violência que lhes possa ser infligida tanto por pessoas como por grupos, pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo.

3. Cada Estado Parte concederá uma assistência adequada aos migrantes, cuja vida ou segurança tenham sido postas em perigo pelo fato de terem sido objeto dos atos estabelecidos no Artigo 6 do presente Protocolo.

4. Ao aplicar as disposições do presente Artigo, os Estados Partes terão em conta as necessidades específicas das mulheres e das crianças.

(...)

Artigo 19

Cláusula de Salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará outros direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e dos particulares nos termos do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, em particular, quando aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto do Refugiado e ao princípio do non-refoulement neles enunciado.

2. As medidas constantes do presente Protocolo serão interpretadas e aplicadas de forma a que as pessoas que tenham sido objeto dos atos enunciados no Artigo 6 do presente Protocolo não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas serão efetuadas em conformidade com os princípios da não discriminação internacionalmente reconhecidos.

Em documento de pesquisa e análise produzido pelo UNODC - Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime sobre o crime de contrabando de migrantes e o elemento de benefício

financeiro ou material - a "vantagem econômica" da legislação brasileira -, consta a seguinte ponderação sobre tais dispositivos (em inglês):

O Protocolo concentra-se nas atividades de grupos criminosos organizados que atuam com fins lucrativos:

Como o seu preâmbulo e a sua história de redação tornam claro, o contexto mais amplo do Protocolo é o envolvimento de grupos criminosos organizados no movimento facilitado e não autorizado de migrantes com fins lucrativos, muitas vezes com grande risco para a sua segurança e bem-estar. A criminalidade organizada não é um requisito específico para a criminalização a nível nacional, e o Artigo 34(2) da Convenção sobre o Crime Organizado confirma que o envolvimento de um grupo de crime organizado não deve ser exigido e que as infrações devem aplicar-se igualmente, independentemente de tal envolvimento poder ou não ser provado. No entanto, o foco do Protocolo de Contrabando de Migrantes é sobre atos de contrabando cometidos pelo crime organizado; o elemento "benefício financeiro ou outro benefício material" da definição de "grupo criminoso organizado" (Artigo 2(a) da Convenção sobre o Crime Organizado) é explicitamente reafirmado no Protocolo de Contrabando de Migrantes tanto na definição de contrabando de migrantes do Artigo 3 como na disposição do Artigo 6 sobre criminalização. Além disso, o Artigo 4º estipula que o Protocolo deve aplicar-se à prevenção, investigação e acusação de infrações que envolvam um grupo criminoso organizado, reafirmando assim o foco do Protocolo no crime organizado. Além disso, o guia legislativo esclarece que "a obtenção da entrada ou residência ilegal de migrantes por um grupo criminoso organizado (um termo que inclui um elemento de benefício financeiro ou material) [...] foi reconhecido como uma forma grave de crime organizado transnacional e é, portanto, o foco principal do Protocolo".

O Protocolo não procura - e não pode ser utilizado como base legal para - a acusação daqueles que agem com intenção humanitária ou com base em laços familiares estreitos, quando não há propósito de obter um benefício financeiro ou outro benefício material:

De acordo com os "Travaux Préparatoires", a intenção dos redatores era excluir as atividades daqueles que prestaram apoio a migrantes por razões humanitárias ou com base em laços familiares estreitos. Nas palavras da Nota Interpretativa anexa à disposição, "não era intenção do Protocolo criminalizar as actividades dos membros da família ou grupos de apoio, tais como organizações religiosas ou não governamentais". A conclusão de que o Protocolo de Contrabando de Migrantes não procura e não pode ser utilizado como base jurídica para a acusação dos agentes humanitários (muito particularmente em relação aos requerentes de asilo) é reforçada pelo Artigo 19(1) que torna clara a continuação da aplicação do direito internacional, incluindo o direito humanitário internacional e o direito internacional dos direitos humanos, "em particular [...] a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio de não devolução nele contido". [8]

A chamada "isenção humanitária", dedutível do texto, é contrária à bem conhecida Diretiva de Facilitação da União Europeia, que desde 2002 estabeleceu medidas contrárias à prestação de assistência a imigrantes irregulares e a criminalização de agentes humanitários. O tema é objeto de grande debate naquele continente, com severas críticas por parte de diversos atores do meio acadêmico e da sociedade civil [9]; contudo, com base no marco normativo brasileiro, não há como criminalizar ou mesmo considerar como infração administrativa a prestação de assistência social, jurídica, material ou humanitária a imigrantes.

Ao tratar dos direitos de migrantes indocumentados/as na região, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 18/2003, evidenciou que qualquer interpretação concedida ao tema pelos Estados-partes deve ter em conta os princípios da igualdade e da não discriminação, o que incluiria o acesso ao direito de assistência:

118. Deve-se indicar que a situação regular de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação, visto que, como já se mencionou, este princípio tem caráter fundamental e todos os Estados devem garanti-lo a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território. Isto não significa que não se poderá iniciar ação alguma contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal. O importante é que, ao tomar as medidas que correspondam, os Estados respeitem seus direitos humanos e garantam seu exercício e desfrute a toda pessoa que se encontre em seu território, sem discriminação alguma por sua permanência regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

19. Os Estados, portanto, não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes. Entretanto, o Estado sim pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos. Por exemplo, podem ser realizadas distinções entre as pessoas migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos. Além disso, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados a seu território, os quais devem sempre ser aplicadas com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana. (...) [10]

De plano, constata-se que o tipo penal do art. 232-A trata da conduta de promover[11] a migração ilegal, ou seja, apoiá-la, fomentar sua prática, auxiliar o ingresso, falsificar documentos para iludir as autoridades migratórias, transportar pessoas, ou qualquer medida que permita seu ingresso. Interpretando-se o dispositivo à luz do mandato de criminalização que o justifica, contido no Protocolo Adicional internalizado pelo Decreto nº 5.016/2004, e em todo o paradigma do direito internacional dos direitos humanos, aqui exemplificado - embora não esgotado - pela menção à Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nota-se que a prestação de assistência social e fornecimento de alimentos, por exemplo, não promove migração ilegal, mas apenas o auxílio direto e não condicionado a vantagem financeira a pessoas imigrantes no país não importando seu status migratório.

Ou seja, condutas como a de acolher pessoas em casa por motivos humanitários ou religiosos, servir refeições, orientar quanto a serviços públicos disponíveis e demais meios de auxílio não ensejam a prática de crime em caráter de autoria ou participação, por não estar prevista a elementar da vantagem econômica e nem a conduta de promoção. Tal respeito aos trabalhadores humanitários da sociedade civil e mesmo servidores públicos é dedutível da norma aceita pelo Brasil.

Se não há ilegalidade na prestação de assistência humanitária por voluntários ou cidadãos comuns, tampouco haveria quando a assistência é prestada por profissionais especializados e protegidos por estatutos de ética e atuação como psicólogos/as ou assistentes sociais, ou por servidores públicos de quaisquer entes federativos. Tanto a União como Estados e, mais especialmente, Municípios têm o dever, por seus servidores, de fornecer assistência material como parte de sua atribuição para a assistência social, no âmbito do SUAS - Sistema Único de Assistência Social e seus equipamentos como CRAS, CREAS, Centros Pop etc. Assim, o exercício de um ou mais deveres prestacionais correlatos aos direitos indicados no art. 4º da Lei nº 13.445/2017 jamais pode ser tido como prática ilícita, pouco importando o *status* migratório das pessoas beneficiadas ou seu modo de ingresso no país.

Em síntese, a prestação de assistência humanitária e social a pessoas imigrantes, não importando sua condição, não enseja a conduta de promoção de migração ilegal contida no art. 232-A do CP. Afinal, se indivíduos ou pessoas da sociedade civil garantem medidas aos quais tem direito, com base nos arts. 3º e 4º da Lei nº 13.445/2017, estão atuando de forma legal, em materialização da política migratória nacional. Assim, estarão fora da previsão normativa criminal que pune, ao fim e ao cabo, contrabandistas profissionais em várias modalidades (falsificadores, transportadores, agentes de viagem, aliciadores, seguranças etc.), mas não quem acolhe pessoas em situação de vulnerabilidade.

III - Das conclusões

A análise apresentada acima, com base na Lei nº 13.445/2017 e no comentário do art. 232-A do Código Penal em confronto com o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, internalizado no direito brasileiro pelo Decreto nº 5.016/2004, traz aportes iniciais e preliminares ao estudo do tema, que, como dito, nunca foi presente no cotidiano da governança migratória brasileira e nem suficientemente debatido pela sociedade civil ou pelo Poder Executivo. Certamente a observação da experiência do Norte global e o diálogo construtivo com agências das Nações Unidas poderá incorporar novos refinamentos ao debate e garantir ainda mais segurança jurídica às pessoas envolvidas com fluxos migratórios marcados por vulnerabilidade e irregularidade.

Desde já, no entanto, pode-se firmar conclusões:

- a) a prestação de assistência social e humanitária, que garanta a sobrevivência e a dignidade de pessoas migrantes, independente de sua situação jurídica ou regularidade migratória, é garantida como direito inscrito no art. 4º e pode ser deduzida como diretriz da política migratória brasileira com fundamento no art 3º da Lei nº 13.445/2017;
- b) sendo medida legal, a assistência a migrantes pode ser prestada ainda que seu ingresso no território nacional seja irregular frente à normativa administrativa aplicável, seja por indivíduos, por organizações de cunho religioso, por outras entidades da sociedade civil ou pelo Estado brasileiro, por quaisquer de seus entes federativos (União, Estados e Municípios), incluídos servidores públicos;
- c) a assistência de cunho voluntário, filantrópico ou humanitário, ou dentro do marco da assistência social brasileira, não implica incidência da pessoa responsável, seja agente público ou privado, no crime de promoção de migração ilegal, previsto pelo art. 232-A do Código Penal, por não haver, ao menos em tese, a conduta de "promover" e tampouco o elemento de "obtenção de vantagem econômica";
- d) em consequência, o Estado brasileiro, por suas instituições de aplicação da lei, deve abster-se da criminalização indevida da assistência a pessoas imigrantes, independentemente de sua situação migratória ou de localização em zona de fronteira, e, mais além, promover a efetivação do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e à assistência social, sob pena de violação não apenas aos dispositivos da Lei nº 13.445/2017, como também aos princípios da igualdade e não discriminação.

O Grupo de Trabalho Nacional "Migrações, Apatridia e Refúgio" da Defensoria Pública da União segue à disposição da comunidade, da sociedade civil, instituições de direitos humanos e do Poder Executivo para a construção de diálogo sobre o tema apresentado.

João Freitas de Castro Chaves

Defensor Público Federal

Coordenador do Grupo de Trabalho Nacional "Migrações, Apatridia e Refúgio"

[1] Ações Civis Públicas nºs 5031124-06.2020.4.04.7100 (Justiça Federal do Rio Grande do Sul) e 1004501-35.2020.4.01.3000 (Justiça Federal do Acre)

[2] <http://www.jornalatribuna.com.br/prefeitura-de-assis-brasil-diz-nao-ter-dinheiro-para-abrigar-imigrantes/>

[3] <http://www.coter.eb.mil.br/index.php/noticias-do-covid-19/1287-operacao-covid-19-do-exercito-ja-deportou-740-estrangeiros>

[4] Camila Lissa Asano e Pétalla Brandão Timo. A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2017/04/17/nova-lei-de-migracao-no-brasil-e-os-direitos-humanos>

[5] A doutrina reconhece que o tipo estaria melhor colocado entre os crimes contra a administração pública. Cfe. SOUZA, Luciano Anderson de, Direito Penal, v. 3, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL - 1.89.

[6] A doutrina chega a mencionar que o migrante não é sujeito ativo do crime, mesmo nas hipóteses em que atua em conluio com quem promove a migração ilegal. Cfe. SOUZA, Luciano Anderson de, Direito Penal, v. 3, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL - 1.89.

[7] Segundo Wendel Golfetto, "os mandados de criminalização como mecanismos de ordem constitucional destinados ao legislador ordinário para que legisle criminalizando determinada matéria, direciona a ele a

atenção, em geral, às demandas tidas como fundamentais para a construção de uma sociedade embasada na dignidade da pessoa humana". Disponível em: <https://abdet.com.br/site/mandados-de-criminalizacao-explicitos-e-implicitos/>

[8] UNODC - United Nations Office for Drugs and Crime. Issue Paper "The concept of 'Financial or Other Material Benefit' in the Smuggling of Migrants Protocol. Viena: UNODC, 2017, pp. 13-14. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/UNODC_Issue_Paper_The_Profit_Element_in_the_Smuggling_of_Migrants_Protocol.pdf

[9] Schack, L. Humanitarian Smugglers? The EU Facilitation Directive and the Criminalisation of Civil Society. 2020. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2020/07/humanitarian>; Escritório da Cruz Vermelha para a União Europeia. The EU must stop the criminalisation of solidarity with migrants and refugees. 2019. Disponível em: <https://redcross.eu/latest-news/the-eu-must-stop-the-criminalisation-of-solidarity-with-migrants-and-refugees>

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nº 18/2003. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>

[11] De acordo com a doutrina, o núcleo *promover* remete à ideia de realizar, arquitetar, propiciar, viabilizar. Cfe. SOUZA, Luciano Anderson de, Direito Penal, v. 3, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL - 1.89. Para Luiz Regis Prado, *promover* é propiciar, providenciar ou viabilizar. Cfe. PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal Brasileiro, v. II, Parte Especial, 6 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.



Documento assinado eletronicamente por **João Freitas de Castro Chaves, Coordenador(a)**, em 20/10/2020, às 10:11, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Zortéa da Silva, Coordenador(a)**, em 20/10/2020, às 11:31, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html informando o código verificador **4017625** e o código CRC **017318F3**.