

Migrações, tráfico de pessoas e contrabando de migrantes: entre a securitização e a garantia de direitos



Daniel Chiaretti

Juiz Federal substituto. Mestre e Doutorando em Ética e Filosofia Política pela Universidade de São Paulo (USP). Coautor da obra “Comentários ao Estatuto dos Refugiados” (Ed. CEI – 2019).

RESUMO: Por definição, a imigração possui uma relação muito próxima com o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes. Nos últimos anos, o aumento dos fluxos migratórios internacionais foi acompanhado por um incremento das vítimas de tráfico de pessoas e do contrabando de migrantes. Este artigo examina criticamente a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e seus Protocolos, enfatizando a importância de um aparato legal mais protetivo com relação às vítimas de tráfico de pessoas e migrantes contrabandeados.

PALAVRAS-CHAVE: Migrações. Refúgio. Tráfico de pessoas. Contrabando de migrantes.

ABSTRACT: By definition, immigration has a very close connection to human trafficking and migrant smuggling. In recent years, the increase of international immigration flows have been accompanied by a boost on human trafficking and migrant smuggling. This paper critically discusses the Convention against Transnational Organized Crime and its Protocols, stressing the importance of a protective legal framework concerning victims of human trafficking and smuggled migrants.

KEYWORDS: Immigration. Refugees. Human trafficking. Migrant smuggling.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O tráfico de pessoas. 3. Uma tipologia das migrações. 4. O contrabando de migrantes. 5. Relações e intercessões entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes e as consequências da adoção de um modelo de securitização. 6. Direitos de migrantes e refugiados em contextos de tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. 7. Acesso ao território nacional. 8. Regularização migratória. 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Segundo o mais recente Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas divulgado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o número de casos de tráfico de pessoas atingiu um recorde em 13 anos: enquanto, em 2003, menos de 20 mil casos foram registrados; em 2016, o número subiu para mais de 25 mil.¹

Apesar de ser um tema que tem sido objeto de crescente atenção no cenário nacional e internacional, o tráfico de pessoas ainda traz muitos desafios para o sistema de justiça. Neste contexto, a interação entre este fenômeno e as migrações tem se revelado particularmente importante e problemática, especialmente quando levamos em consideração também o contrabando de migrantes, o qual atingiu ao menos 2,5 milhões de pessoas em 2016, de acordo com o UNODC.²

O objetivo deste artigo será explorar algumas possíveis relações entre as migrações, o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes. Trata-se de uma abordagem importante diante de um contexto de aumento considerável dos fluxos migratórios em âmbito mundial e local,³ em especial de migrações forçadas. Além disso, alterações legislativas relevantes, como a nova tipificação do crime de tráfico de pessoas (Lei nº 13.344/2016) e a promulgação da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), trouxeram relevantes modificações ao cenário.

Mas além desta análise conceitual e legal, será feita uma avaliação crítica da relação entre tráfico de pessoas e migrações. Isto porque parte do tratamento dado ao tema possui um viés securitário, o que pode enfraquecer o apoio às vítimas e impedir que as soluções previstas na Lei de Migração sejam concretizadas.

2. O tráfico de pessoas

Deixando de lado as significativas discussões acadêmicas que giram em torno do tema, a definição de tráfico de pessoas pode ser buscada no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo), promulgado pelo Decreto nº 5.017/2004:

Artigo 3. Definições. Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou

1 ONU BRASIL. *Número de casos de tráfico de pessoas atinge recorde em 13 anos, indica relatório*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-casos-de-traffic-de-pessoas-atinge-recorde-em-13-anos-indica-relatorio/>>. Acesso em: 22 maio 2019. Para informações específicas sobre a situação brasileira, cf. UNODC. *Relatório global sobre tráfico de pessoas - perfil de país América do Sul*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/traffic-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 22 maio 2019.

2 ONU BRASIL. *UNODC: contrabando de migrantes afetou 2,5 milhões de pessoas no mundo em 2016*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unodc-contrabando-de-migrantes-afetou-25-milhoes-de-pessoas-no-mundo-em-2016/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

3 “De 2010 a 2015, a população de migrantes vivendo no Brasil cresceu 20%, chegando a 713 mil. Desse contingente, 207 mil vêm de outros países da América do Sul. Volume de sul-americanos que chegaram ao território brasileiro também aumentou 20% no mesmo período.” ONU BRASIL. *População de migrantes no Brasil aumentou 20% no período 2010-2015, revela agência da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-de-migrantes-no-brasil-aumentou-20-no-periodo-2010-2015-revela-agencia-da-onu/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

A partir deste referencial, é possível identificar três elementos: 1) ações (recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento); 2) meios (fraude, coerção ou uso da força); 3) finalidades (exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura etc.). Além disso, o Protocolo de Palermo estabelece que o consentimento dado pela vítima do tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração acima descrito é considerado irrelevante se algum dos meios apontados tiver sido utilizado (art. 3.b). Independentemente do uso desses meios e do próprio consentimento, quando a vítima tem idade inferior a dezoito anos (art. 3.c e 3.d).

Outro dado relevante é a desnecessidade, para a configuração do tráfico de pessoas, da transposição de fronteiras. Como a proposta do texto é analisar as relações entre o tráfico de pessoas e as migrações, o foco estará no tráfico externo.

Do ponto de vista do direito interno, além de normativas voltadas a sistematizar as formas de implementação do Protocolo de Palermo e o combate ao tráfico de pessoas, é importante destacar o modo como a conduta foi tipificada no Código Penal após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.444/2016:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal;
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º. A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Infere-se, portanto, que, de modo geral, o Código Penal seguiu as diretrizes do Protocolo de Palermo para fins de criminalização do tráfico de pessoas.

Por fim, há a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5.948/2006). Este normativo estabelece princípios e diretrizes importantes tanto no sentido do combate ao tráfico de pessoas quanto assistências às vítimas, sendo de fundamental

relevância para nortear a atuação do poder público nesta área.

3. Uma tipologia das migrações

Ainda que o fenômeno migratório seja extremamente complexo e, conseqüentemente, resistente a classificações rígidas, para fins didáticos é útil uma sistematização de diversas formas puras de migração. Isso permitirá acesso a um referencial teórico útil para a abordagem de algumas das possíveis relações entre o tráfico de pessoas e as migrações.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a migração consiste no seguinte:

Processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos.⁴

No entanto, não basta este aspecto espacial. É necessário também um critério temporal consistente na residência no novo Estado por um determinado período mínimo. Assim, são excluídos do conceito de migração aqueles fluxos pontuais, como o turismo ou viagens de negócios. Segundo o critério adotado pelas Nações Unidas, migrante é aquele que vive fora de seu país de origem por um ano ou mais. Não se trata de um critério imune a críticas, mas ele é útil para fornecer algum tipo de orientação sobre o tema.

A partir desta definição ampla de migrante, pode-se pensar em migrações voluntárias, que são aquelas que ocorrem a partir de uma deliberação livre do migrante, em regra motivada por busca de ganhos econômicos, e em migrações forçadas. Neste último caso, enquadram-se aquelas pessoas que migram de forma involuntária em razão de perseguições, como é o caso dos refugiados, bem como outras situações que não se enquadram como o refúgio propriamente dito mas forçam a movimentação, como desastres ambientais.⁵

Esta classificação, contudo, não é isenta de críticas. Conforme mencionado, o fenômeno migratório é extremamente complexo e avesso a classificações estritas. Nesta chave, existem os fluxos migratórios mistos, os quais consistem em movimentos heterogêneos compostos por migrantes voluntários ou involuntários. São situações que envolvem migrantes econômicos, vítimas de tráfico de pessoas, crianças e adolescentes desacompanhados e separados da família, deslocados por razões ambientais etc. Justamente por esse caráter misto estes fluxos trazem desafios mais complexos.⁶

4 OIM. *Glossário sobre migração*. Genebra: OIM, 2009, p. 40. Disponível em: <<https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

5 Segundo a OIM, a migração forçada pode ser definida como o “Termo geral usado para caracterizar o movimento migratório em que existe um elemento de coação, nomeadamente ameaças à vida ou à sobrevivência, quer tenham origem em causas naturais, quer em causas provocadas pelo homem (por ex., movimentos de refugiados e pessoas internamente deslocadas, bem como pessoas deslocadas devido a desastres naturais ou ambientais, químicos ou nucleares, fome ou projetos de desenvolvimento). *Ibidem*, p. 40.

6 Para enfrentar esta situação, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) elaborou um plano de ação em 10 pontos que traça algumas diretrizes para um enfrentamento eficiente destes fluxos mistos. Os pontos abrangem, por exemplo, articulação com parceiros chaves, coleta de informações, mecanismos de recepção dos imigrantes, estratégias de informações, etc. ACNUR. *A proteção dos refugiados e a migração mista: o plano de ação de 10 pontos*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/A_protecao_dos_refugiados_e_a_migracao_mista_O_Plano_de_Acao_de_10_Pontos.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

Outra distinção útil para o tema se dá entre a migração regular e a irregular. O critério neste caso é a adequação ou não do migrante aos critérios legais previstos no Estado para a migração. Assim, enquadra-se na categoria migrante irregular desde aquela pessoa que ingressou no país sem cumprir os requisitos legais necessários quanto aquele que, tendo ingressado de forma regular, fica no território por mais tempo do que poderia ou deixa de cumprir algum requisito formal específico.

Há ainda outras classificações possíveis, como migração de retorno, migrante ambiental, migrante laboral etc. Todavia, para fins deste artigo, bastam as distinções a partir da voluntariedade e da regularidade. E, apesar de úteis, estas classificações devem ser tomadas com ressalvas, já que nem sempre as distinções são claras e algumas sobreposições são possíveis.

4. O contrabando de migrantes

A aproximação mais óbvia entre o tráfico de pessoas e as migrações ocorre pela figura do contrabando de migrantes. Apesar da relação, contudo, são figuras que não devem ser confundidas.

O contrabando de migrantes está definido no artigo 3 do 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, promulgado pelo Decreto nº 5.016/2004, o qual dispõe que “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.”

Neste sentido, o contrabando de migrantes envolve a promoção da entrada irregular de um imigrante no território de um país mediante algum benefício. A definição, portanto, não implica a criminalização do migrante e o próprio protocolo afasta essa responsabilização.⁷

Desse modo, considerando a tipologia desenvolvida acima, pode-se dizer que o contrabando de migrantes é uma forma de migração irregular, já que ocorre justamente para possibilitar a transposição de fronteiras sem o atendimento dos requisitos regulares. Pode ser voluntária ou forçada, mas exige o consentimento do migrante. Não há aqui nenhuma contradição: um refugiado, que se veja obrigado a deixar seu país de origem em razão de uma perseguição (migração forçada), pode recorrer de forma consensual a, por exemplo, um “coiote”, que vai garantir seu ingresso irregular em um determinado país onde se sinta protegido.

A promoção do contrabando de migrante está tipificada no artigo 232-A do Código Penal:

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.

⁷ “Artigo 5. Responsabilidade penal dos migrantes.

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”.

§ 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.

Este dispositivo está de acordo com o mandado de criminalização contido no Protocolo, o qual dispõe sobre a criminalização do contrabando de migrantes e outras condutas relacionadas ao tema.⁸

É interessante notar, ainda, que o Brasil criminaliza apenas o agente que promove o contrabando de migrantes. Trata-se de uma opção salutar e que está de acordo com o artigo 5 do Protocolo e os princípios que regem a Lei de Migração, em especial a não criminalização da migração (art. 3º, III, da Lei nº 13.445/2017). Por isso, pode-se dizer que mesmo aquele migrante que se vale de alguma forma de serviço que promova o contrabando de migrante (como um “coiote”) não receberá qualquer punição.

O foco está, portanto, na promoção do combate às redes de contrabando de migrantes, posição coerente com a adotada no combate ao tráfico de pessoas.

8 “Artigo 6. Criminalização.

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.

2. Cada Estado Parte adotará também medidas legislativas e outras que considere necessárias para caracterizar como infração penal:

a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de praticar infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;

b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com as alíneas a), b) (i) ou c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com a alínea b) (ii) do parágrafo 1 do presente Artigo;

c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

3. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias, para considerar como agravantes das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas a), b) (i) e c) do parágrafo 1 do presente Artigo e, sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, das infrações estabelecidas em conformidade com as alíneas b) e c) do parágrafo 2 do presente Artigo, as circunstâncias:

a) Que ponham em perigo ou ameaçar pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes em causa; ou

b) Que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo sua exploração.

4. Nenhuma disposição do presente Protocolo impedirá um Estado Parte de tomar medidas contra uma pessoa cuja conduta constitua uma infração nos termos do seu direito interno.”

5. Relações e intercessões entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes e as consequências da adoção de um modelo de securitização

Do ponto de vista estritamente conceitual, a distinção entre as duas figuras parece simples. Enquanto no contrabando de migrantes há, em regra, um agente que facilita a migração irregular; no tráfico de pessoas, há uma situação que envolve coerção e vitimização. Por essa razão, diz-se que enquanto o tráfico de pessoas envolve uma situação de violação de direitos humanos, o contrabando de migrantes relaciona-se apenas a regras migratórias. Desse modo, apenas no caso do tráfico de pessoas teríamos uma vítima propriamente dita.⁹

Todavia, essa distinção não é tão simples. Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes podem ocorrer em situações fáticas muito próximas. Há situações de sobreposição, bem como casos em que o mesmo indivíduo pode ser vítima de tráfico de pessoas em um momento e objeto do contrabando de migrante em outro. Com frequência, os relatos de vítimas das duas condutas afirmam que a experiência foi a mesma, especialmente em situações de extrema vulnerabilidade.¹⁰ Este obscurecimento da fronteira entre tráfico de pessoas e contrabando de migrantes ocorre especialmente nos casos em que não há o pagamento prévio do contrabandista, de modo que o imigrante chega ao destino com um débito e, consequentemente, abre-se margem para exploração.¹¹

As dificuldades de distinção também podem ser associadas aos contextos que levam à ocorrência destes fenômenos. Pode-se inserir estes movimentos migratórios no contexto da “indústria da migração”, a qual organiza os movimentos migratórios com o auxílio de agentes de viagens, agentes financeiros, advogados, despachantes e outras atividades lícitas, bem como os traficantes de migrantes nas situações de migração irregular. A necessidade ou busca por estes serviços surge assim que se inicia determinado fluxo migratório.¹²

É interessante notar ainda que o controle migratório tem se tornado cada vez mais rígido em um claro movimento de securitização. A partir da década de 1990, países destino de fluxos migratórios passaram a adotar maior controle de fronteiras, penalizar companhias aéreas que transportem pessoas sem a documentação necessária para o ingresso no país, desenvolveram técnicas para melhor controle da veracidade de documentos etc. O objetivo central é evitar a migração e, consequentemente, acesso a serviços públicos.¹³

Isto, no entanto, se de um lado impede o ingresso de migrantes regulares, por outro tende a ampliar as redes de contrabando de migrantes e outros serviços ilegais. Neste sentido, Anne Gallagher, interpretando o contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas a partir de um ponto de vista de oferta e procura, afirma o seguinte:

Muitos governos ignoram o fato que migração irregular (incluindo tráfico de pessoas e contrabando de migrantes) acontece por conta da enorme diferença entre o número de pessoas que deseja (ou é forçada a) migrar e as oportunidades legais para fazê-lo. Há um número crescente de evidências no sentido de que restrições à migração tendem a

9 Exemplificando esse posicionamento, cf. VÄYRYNEN, Raimo. *Illegal immigration, human trafficking, and organized crime*. Discussion Paper 2003/072. Helsinki: UNU-WIDER, 2003.

10 GAATW: Global Alliance Against Traffic in Women. *Smuggling and trafficking: rights and intersections*, Working Paper Series. Bangkok: GAATW, 2011, p. 32-36.

11 KOSER, Khalid. *International migrations: a very short introduction*. Oxford: OUP, 2007.

12 CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1998, p. 97.

13 *Ibidem*, p. 98.

alimentar a migração irregular organizada ao invés de impedi-la. Uma fiscalização mais rígida contra o contrabando de migrantes e tráfico de pessoas empurra indivíduos e operadores menores e informais para fora do mercado, colaborando para a criação de um monopólio para redes criminosas melhores e mais sofisticadas.¹⁴

Este tema é desenvolvido por James C. Hathaway a partir do argumento de que o combate ao tráfico de pessoas no âmbito internacional se deslocou de agências ligadas aos direitos humanos para aquelas voltadas à repressão de delitos. Isso teria gerado um modelo muito mais voltado à investigação e punição do que à proteção das vítimas.¹⁵

Dentro deste cenário, Hathaway aponta que a criminalização do tráfico de pessoas atinge também o fenômeno do contrabando de migrantes, o qual é objeto inclusive de um Protocolo específico. No entanto, o contrabando de migrantes, conforme exposto, em regra se relaciona com migrantes que, de forma consensual, buscam satisfazer demandas laborais em determinados países. Neste contexto, a criminalização pode ter consequências negativas para o próprio combate ao crime ao fortalecer organizações criminosas mais sólidas. Além disso, seria inerente aos Protocolos um maior controle fronteiriço, o qual pode ter consequências negativas para migrantes e, principalmente, refugiados que frequentemente se veem obrigados à utilização de contrabandistas para conseguirem chegar ao país de destino e formular o pedido de refúgio.¹⁶

Os argumentos do autor são resumidos da seguinte forma:

Em suma, este novo compromisso com o tráfico de pessoas levanta preocupações reais com os direitos humanos. A campanha antitráfico privilegia um subgrupo de pessoas sujeitas a formas contemporâneas de escravidão, com consequente marginalização da maior parte dos escravos do mundo. O foco em movimento transfronteiriço é particularmente problemático, tendo garantido cobertura para um compromisso de criminalização do contrabando, uma abordagem que pode, na prática, exacerbar o risco de abusos a direitos humanos ao criar condições nas quais o simples contrabando é convertido em tráfico de pessoas. Além disso, as exigências nos dois Protocolos de que os Estados intensifiquem as medidas de controle de fronteiras tem fornecido fundamento para medidas impeditivas generalizadas, reduzindo a ilusões as garantias formais de refugiados relativas à imunidade de punições migratórias como consequência da busca por refúgio.¹⁷

Sobre este último tópico, Hathaway afirma que as campanhas antitráfico operacionalizadas com a ajuda dos Protocolos tiveram como externalidade negativa um contexto de permissão para que países desenvolvidos aumentassem o controle das fronteiras. Isto fica especialmente evidente no caso do Protocolo contra o contrabando de migrantes, o qual estabelece mandados de criminalização para todos os modelos de cruzamento não autorizado de fronteiras, afastando-se do modelo adotado no Protocolo de Palermo.¹⁸

14 GALLAGHER, Anne T. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, n. 12, 2002, p. 28.

15 HATHAWAY, James C. The human rights quagmire of "human trafficking". *Virginia Journal Of International Law*, 2008, p. 2-3.

16 *Ibidem*, p. 5-6.

17 *Ibidem*, p. 6.

18 *Ibidem*, p. 25-26.

Em suma, o recrudescimento dos controles migratórios e o foco securitário no combate ao tráfico de pessoas e ao contrabando de migrantes mostram um descompasso com um cenário no qual estes mesmos migrantes, que são objeto das medidas de proteção, buscam maior mobilidade. Como apontam Deisy Ventura e Camila Baraldi, há também um conservadorismo no discurso de que estes imigrantes contrabandeados são vítimas e que, consequentemente, um controle migratório mais rígido geraria maior proteção. Neste contexto, a confluência entre restrições de mobilidade e mais controles repressivos contra o tráfico de pessoas teriam o objetivo de barrar a imigração.¹⁹

Consequentemente, a adoção deste modelo geraria, nesta chave interpretativa, externalidades negativas do ponto de vista dos direitos humanos para migrantes e refugiados, bem como o fortalecimento de grupos criminosos mais estruturados.

Há, ademais, uma inegável ênfase em mecanismos repressivos nos Protocolos. Especificamente sobre o Protocolo de Palermo, Guilherme Mansur Dias tece as seguintes observações:

Nessa interpretação, fica evidente que a prioridade do Protocolo era o combate às máfias e quadrilhas organizadas e que as medidas repressivas deveriam ser as realmente visadas e tratadas como prioritárias pelos Estados. O desequilíbrio entre as medidas de “repressão” e “assistência às vítimas” está dado de antemão, sendo a preocupação com as vítimas colocada somente à posteriori e como forma de se angariar mais denúncias. Enquanto os artigos 10, 11, 12 e 13 do texto do Protocolo tratam, por exemplo, do “intercâmbio de informações e capacitações”, “medidas fronteiriças”, “segurança e controle dos documentos” e “legitimidade e validade dos documentos”, somente o artigo 6º será dedicado à assistência e proteção às vítimas de tráfico.²⁰

Anne Gallagher apresenta algumas objeções ao raciocínio de Hathaway,²¹ as quais podem ser articuladas contra outros críticos. Segundo a autora, mesmo tendo sido pensados fora das instituições ocupadas dos direitos humanos, os Protocolos possuem importantes cláusulas de salvaguarda quanto a direitos de refugiados, não criminalizam as vítimas e não há evidências que piorem a situação concreta daqueles que dependem das redes de contrabando e tráfico.

Assim, ainda que não seja possível inferir de forma segura que os Protocolos possuem todas as externalidades negativas mencionadas, é evidente que há uma ênfase em mecanismos repressivos. Deste modo, as considerações críticas apresentadas servem como critérios importantes para uma interpretação adequada destes instrumentos, ou seja, de modo que eles não sirvam para restrição de direitos de migrantes e refugiados. E este mesmo raciocínio deve ser transposto para o direito interno, tema que será desenvolvido na seção seguinte.

Estas breves considerações servem para apontar como o tráfico de pessoas e o contrabando de migrante possuem raízes comuns e desenvolvem-se nos mesmos cenários. Desse

19 BARALDI, Camila; VENTURA, Deisy. Políticas migratórias e tráfico de pessoas: quando a árvore esconde a floresta. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 378-380.

20 DIAS, Guilherme Mansur. *Migração e crime: a desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas*. 2014. 318 p. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, p. 55-56.

21 GALLAGHER, Anne T. Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, maio 2009.

modo, ainda que seja possível distinguir as duas figuras, do ponto de vista do fenômeno migratório, a situação é bem mais complexa. Além disso, ao promover uma estratégia voltada mais à repressão, os dois Protocolos acabam facilitando um discurso favorável a restrições migratórias, as quais possuem consequências negativas tanto do ponto de vista da garantia de direitos humanos de migrantes e refugiados quanto para a própria repressão de delitos relacionados ao tráfico de pessoas e contrabando de migrantes.

Por fim, apesar da distinção teórica clara entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes, ao tratar ambos na chave securitária, os mandados de criminalização propostos pelos Protocolos podem oferecer uma aproximação indevida dos dois fenômenos e, novamente, prejudicar os interesses de migrantes, em especial aqueles em situação de vulnerabilidade, bem como de refugiados.

6. Direitos de migrantes e refugiados em contextos de tráfico de pessoas e contrabando de migrantes

Apesar de indivíduos vítimas de tráfico de pessoas ou contrabandeados estarem, em regra, em contextos fáticos muito próximos, os direitos previstos no Direito posto para cada um desses grupos é bem distinto.

Por serem consideradas vítimas, aquelas pessoas que foram objeto de tráfico de pessoas possuem um rol de direitos mais robusto do ponto de vista da normativa internacional. O rol de direitos está previsto no artigo 6 do Protocolo de Palermo e inclui acesso a informações sobre o processo criminal, alojamento, assistência médica, educação, acesso à emprego formal etc.

No entanto, no caso dos migrantes contrabandeados o rol de direitos é muito mais restrito e depende quase que basicamente de disposições de Direito interno (art. 16 do Protocolo contra Tráfico de Migrantes).

Contudo, felizmente, as disposições de Direito interno não se limitam aos direitos previstos nos Protocolos. E isso ocorre principalmente graças aos avanços trazidos pela Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração).

Uma das maiores inovações da nova Lei de Migração foi a incorporação da mudança de paradigma na política migratória exigida pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Enquanto o artigo 2º da Lei nº 6.815/1980 dispunha que a legislação deveria ser aplicada levando-se em conta a segurança nacional, a organização institucional e os interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem como a defesa do trabalhador nacional (art. 2º), a nova Lei de Migração traz diretrizes bem distintas (art. 3º da Lei nº 13.445/2017).

Em que pese seja desnecessário, para o propósito desse texto, elencar todos os princípios da nova lei, alguns merecem destaque para que possamos desenvolver nossa temática. Inicialmente, tem-se a consagração da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (art. 3º, I), o que mostra a convergência da Lei de Migração com tratados internacionais de direitos humanos. Isto demonstra a mencionada mudança de paradigma, já que não é mais possível fazer uma cisão entre os direitos dos nacionais e dos imigrantes, visto que os direitos humanos incidem de forma indistinta. Consequentemente, quaisquer distinções feitas pela legislação não poderão implicar violações desse núcleo es-

sencial de direitos. E, nesta linha de raciocínio, não faz sentido encarar vítimas de tráfico de pessoas e migrantes contrabandeados de forma absolutamente distinta do ponto de vista destes direitos básicos.

Estes princípios estão de acordo com outros que garantem o repúdio à xenofobia e ao racismo (art. 3º, II), igualdade de tratamento e oportunidade (art. 3º, IX), acesso a bens e programas públicos (art. 3º, IX), participação do imigrante na formulação da política migratória (art. 3º, XIII), proteção integral à criança e ao adolescente migrante (art. 3º, XVII), entre outros. Além disso, esses princípios são densificados em uma série de garantias individuais que vão desde direitos básicos de primeira geração (art. 4º, *caput*) até uma série de direitos de índole social, dentre os quais merece atenção o direito de acesso a serviços públicos essenciais, em especial seguridade social, educação pública e acesso à justiça (art. 4º, VIII, IX e X).

Neste contexto, um ponto importante da Lei de Migração é a necessidade de respeito aos direitos e garantias do imigrante independentemente da situação migratória²² (art. 4º, § 1º). Dentro do paradigma anterior, o imigrante indocumentado encontrava uma série de óbices para acessar serviços públicos essenciais ou mesmo conseguir documento válido, já que o Estatuto do Estrangeiro impedia a regularização migratória do “clandestino” (art. 38 da Lei nº 6.815/1980).

Para compreender melhor este novo cenário, pode-se, para fins didáticos, pensar em três classificações de imigrantes conforme seu *status* migratório. São eles: o imigrante considerado residente permanente (*v.g.* um imigrante que possua uma filha brasileira), o imigrante considerado temporário (*v.g.* um estudante estrangeiro) e, por fim, o imigrante indocumentado. A partir de uma interpretação legalista da legislação anterior²³, pode-se classificar esses três grupos com um grau decrescente de direitos e garantias. Os permanentes, por exemplo, teriam direito a todos os direitos garantidos aos brasileiros, salvo os políticos (art. 5º, *caput*, da CF). Os estrangeiros não residentes, por sua vez, sequer teriam acesso a alguns direitos fundamentais a partir do texto do artigo 5º, *caput*, da CF. Por fim, os indocumentados não só não teriam quaisquer direitos fundamentais garantidos como estariam sempre à mercê da retirada compulsória do território nacional (art. 38 da Lei nº 6.815/1980).

É certo que a jurisprudência foi, aos poucos, mitigando estas restrições. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal teve um papel fundamental ao não permitir uma interpretação restritiva do artigo 5º da CF, estendendo sua aplicabilidade também para imigrantes não residentes no território nacional. No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por conduto da Opinião Consultiva nº 18, afirmou a igualdade de direitos entre nacionais e imigrantes, ainda que indocumentados, sendo essa uma norma de *jus cogens*. Portanto, independentemente da nova Lei de Migração, disposições que restringem direitos apenas com base no *status* migratório de alguém são inconstitucionais e inconvenções.

Mesmo assim, ao positivar a igualdade entre imigrantes documentados e indocumen-

22 Um imigrante pode estar em situação irregular basicamente por dois motivos: ou em razão da entrada no território nacional em desacordo com as regras formais estabelecidas ou no caso de, tendo entrado regularmente, cair em uma situação que o torna irregular, como nos casos em que fica no país além do prazo permitido ou deixa de cumprir algum requisito. Veremos que, no novo paradigma, as consequências de um *status* migratório irregular são bem menos drásticas se compararmos com o paradigma anterior.

23 Para simplificar o argumento vamos ignorar a peculiar situação de portugueses.

tados, a Lei de Migração explicitamente estende todo um rol de direitos fundamentais a todas as pessoas dentro do território, de modo que seu artigo 4º, § 1º, torna-se um dos principais vetores interpretativos da nova legislação. É de se destacar que esta diretriz já estava presente na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, o qual estabeleceu como princípio a não discriminação em razão da situação migratória (art. 3º, II, do Decreto nº 5.948/2006).

E, mais uma vez, isso ajuda a mitigar as diferenças de tratamento feitas nos Protocolos quanto aos direitos de vítimas de tráfico e de contrabando, já que independentemente da situação migratória qualquer imigrante possui um mesmo núcleo básico de direitos.

Diante deste cenário, esses direitos devem ser interpretados levando-se em consideração o Direito interno e o Direito internacional, bem como a interpretação feita por tribunais nacionais e internacionais. E, nesta chave, na interpretação, deve-se reconhecer a superioridade normativa e a força expansiva dos direitos humanos, buscando-se a interpretação que conduza ao maior proveito ao seu titular, com o menor sacrifício possível aos direitos concorrentes (critério da máxima efetividade).²⁴

7. Acesso ao território nacional

Como visto, uma das principais críticas ao modelo adotado pelos Protocolos é a possibilidade de restrição de acesso ao território nacional com base em argumentos fundados em segurança nacional. O Protocolo contra o Tráfico de Migrantes, por exemplo, possui disposições claras no sentido de maior controle fronteiriço com vias a reprimir e detectar o contrabando de migrantes (art. 11), o que pode se converter em medida de restrição do acesso territorial.

De modo geral, prevalece a ideia de que, em razão do exercício da soberania, os Estados podem definir de forma discricionária os critérios para entrada de pessoas no território nacional.²⁵ A partir disso, cria-se uma certa tensão com alguns mecanismos internacionais, em especial com a própria Declaração Universal de Direitos Humanos que estabelece que “todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (art. 13, II). Assim, há um direito de sair sem um correspondente direito de entrada, demonstrando a prevalência de um controle estrito derivado da soberania.²⁶

Pensando em aspectos mais práticos, o que dá a determinada pessoa uma expectativa de ingresso no território nacional é o visto (art. 6º da Lei nº 13.445/2017). Existem, na Lei de Migração, cinco categorias específicas de visto: visita, temporário, diplomático, oficial e de cortesia, cada um destinado a uma situação específica (art. 12 da Lei nº 13.445/2017). Em regra, o pedido de visto é feito perante uma autoridade consular (art. 10 do Decreto nº 9.199/2017), havendo, contudo, a possibilidade de edição de normas que simplifiquem o procedimento ou disponham sobre a dispensa (art. 24 do Decreto nº 9.199/2017).

24 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99-108.

25 Francisco Rezek, acerca da discricionariedade da admissão de estrangeiros, apresenta (e representa) essa concepção tradicional ao afirmar que “[n]enhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário”. REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232

26 Para uma abordagem interessante do paradoxo entre direitos humanos e a soberania, cf. BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. *Rev. bras. estud. popul.*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-97, jun. 2013.

A posse de um visto, no entanto, não garante a entrada em território nacional. Trata-se de uma expectativa de direito. Por essa razão, a legislação elenca algumas hipóteses de impedimento de ingresso (art. 45 da Lei nº 13.445/2017). Estas hipóteses incluem imigrantes expulsos, condenados por crimes graves, com documentação falsificada, sob alguma restrição sanitária etc. Em regra, o enquadramento em uma dessas hipóteses enseja a repatriação, a qual consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade (art. 49 da Lei nº 13.445/2017).

Em caso de repatriação, será feita imediata comunicação do ato fundamentado de repatriação à empresa transportadora e à autoridade consular do país de procedência ou de nacionalidade do migrante ou do visitante, ou a quem o representa (art. 49, § 1º, da Lei nº 13.445/2017).

É importante ressaltar que não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa (art. 49, § 4º, da Lei nº 13.445/2017). Nestas hipóteses, é necessária a notificação da Defensoria Pública da União, já que a instituição tem atribuição para a tutela destes grupos vulneráveis (art. 49, § 2º, da Lei nº 13.445/2017).²⁷

Estes dispositivos já apontam para uma mitigação da discricionariedade tradicional no caso de ingresso de imigrantes.²⁸ Nos casos dos grupos vulneráveis listados, o ingresso no território nacional fundamenta-se inclusive em tratados internacionais de proteção de direitos humanos.²⁹ Há, ainda, margem para regularização migratória de pessoas indocumentadas do ponto de vista legal.

Além disso, considerando-se o diálogo da legislação migratória com a Lei nº 9.474/1997, qualquer repatriação que possa implicar risco ao estrangeiro, violando o princípio internacional do *non-refoulement*, deve ser considerada ilegal.

Todas essas garantias mitigam de forma considerável alguns dispositivos do Protocolo contra o Tráfico de Migrantes. De acordo com o referido Protocolo, a principal medida a

27 No caso específico de crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, deve-se observar a Resolução Conjunta entre CONANDA, CONARE, CNIg e DPU, a qual estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção. Os procedimentos estabelecidos nessa norma incluem não apenas medidas de regularização migratória, mas também de apoio do ponto de vista de acolhimento.

28 Segundo Ferruccio Pastore, após a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, consagrou-se na ordem internacional um sistema dualista nas migrações. Neste modelo, os Estados mantinham seu poder discricionário na regulamentação da entrada de migrantes “voluntários”, mas tinham menos discricionariedade com categorias particulares de migrações “forçadas”, refúgio em especial. Nas décadas seguintes, especialmente na Europa, este modelo passou a sofrer mudanças em razão do reconhecimento de diversos direitos e o fortalecimento do refúgio, levando a um progressivo enfraquecimento da discricionariedade estatal. Alguns exemplos desta mitigação da discricionariedade podem ser constatados no surgimento do direito de recorrer de decisões administrativas, a proibição de deportações coletivas, o direito à reunião familiar, diminuição das possibilidades de detenção etc. No entanto, com o aumento do fluxo migratório e a chamada “crise dos refugiados”, muitos desses avanços têm sido revertidos em um movimento de fortalecimento da soberania em detrimento de direitos humanos. PASTORE, Ferruccio. The policies for the management of international migrations from the XX to XXI century. *Genus*, proceeding of the international conference: trends and problems of the world population in the XXI century. Roma, 2005, p. 349-354.

29 Alguns exemplos: Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu protocolo, Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (que trata de crianças em movimento), Opinião Consultiva nº 17 da CIDH a respeito de crianças migrantes, entre outros.

ser adotada diante de um imigrante indocumentado que tenha se utilizado da via do contrabando de imigrante é a repatriação (art. 18). Há, contudo, uma cláusula de salvaguarda importante que dispõe o seguinte (art. 19):

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.

Deste modo, à luz do Protocolo, um núcleo duro de direitos relativos principalmente ao *non-refoulement* está presente. A referida cláusula de salvaguarda evita que o artigo 31 da Convenção de 1951³⁰ seja afastado e garante acesso ao procedimento de refúgio, o qual, no caso brasileiro, possui acesso universal (art. 7º da Lei nº 9.474/1997).

Mas, independentemente da disposição convencional, o rol de direitos relativos ao ingresso no território nacional previsto na legislação interna é muito expressivo.

Apesar de não fazer menção expressa ao tráfico de pessoas, uma interpretação sistemática do artigo 49, § 4º, da Lei de Migração leva à conclusão também desta vedação. Isto porque o referido dispositivo menciona a impossibilidade de repatriação caso o imigrante necessite de acolhimento humanitário, situação que autoriza a concessão de residência em razão de vulnerabilidade. Ora, no caso do tráfico de pessoas também há possibilidade de concessão de residência (art. 30, II, “g”), o que aponta para uma solução análoga. Assim, não seria consistente com os princípios da Lei de Migração, em especial o da promoção da regularização migratória (art. 3º, V), uma interpretação restritiva. Ademais, o artigo 7.1 do Protocolo de Palermo aponta para a regularização migratória, ainda que temporária, das vítimas de tráfico de pessoas.

A situação é distinta quando se trata de migrantes contrabandeados. Neste caso, nem do ponto de vista convencional, nem do ponto de vista do direito interno há, *prima facie*, alguma medida específica que permita o acesso ao território nacional. Neste caso, só se mostram viáveis as alternativas previstas no artigo 49 da Lei de Migração e aquelas previstas em outros diplomas legais, em especial a Lei nº 9.474/1997 (Estatuto dos Refugiados).

Mas, mesmo fora das hipóteses legais de acesso ao território nacional, imigrantes contrabandeados podem esbarrar em cláusulas que impeçam a devolução. Os casos mais óbvios envolvem o migrante que deseja fazer um pedido de refúgio ou que esbarre em uma cláusula

30 “Artigo 31. Refugiados em situação irregular no país de refúgio.

1. Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo artigo 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.”

de *non refoulement*, em especial a versão ampla adotada no artigo 62 da Lei de Migração.³¹ Merece destaque ainda a vedação absoluta de não devolução prevista no artigo 3º Convenção contra a Tortura.³²

8. Regularização migratória

Dentre as garantias às vítimas de tráfico de pessoas previstas no Protocolo de Palermo há um indicativo para que os Estados adotem medidas voltadas à regularização migratória (art. 7):

Artigo 7. Estatuto das vítimas de tráfico de pessoas nos Estados de acolhimento.

1. Além de adotar as medidas em conformidade com o Artigo 6, do presente Protocolo, cada Estado-Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas ou outras medidas adequadas que permitam às vítimas de tráfico de pessoas permanecerem no seu território a título temporário ou permanente, se for caso disso.
2. Ao executar o disposto no parágrafo 1 do presente artigo, cada Estado-Parte terá devidamente em conta fatores humanitários e pessoais.

As principais hipóteses de residência que podem ser concedidas a imigrantes, fronteiriços e visitantes estão dispostas no art. 30 da Lei de Migração, sendo que o rol foi consideravelmente expandido em comparação com a legislação anterior. Além da criação de novas categorias, como a acolhida humanitária, a legislação incorporou hipóteses que eram previstas apenas em regulamentos administrativos editados pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), como a residência para vítimas de trabalho escravo ou tráfico de pessoas.

Trata-se de uma garantia de especial importância, conforme argumenta Maurício Correali:

Lembra-se, aqui, que a maioria dos estrangeiros vítimas desse tipo de tráfico encontra-se em situação de irregularidade frente às normas migratórias. A propósito, não é demasiado ressaltar que a própria irregularidade é um dos ingredientes que faz perpetuar o processo de vitimização, pois o traficante, em geral, suprime a documentação daqueles, estando tal *modus operandi* criminoso atrelado à manutenção do estado de vulnerabilidade e exploração do sujeito passivo.

Assim, identificada a vítima estrangeira do crime de tráfico de pessoas, seu estado desolador exige um plus protetivo, ou seja, a acolhida que se deve dar – independentemente de nacionalidade ou situação migratória – tem de levar esse aspecto em consideração.

O cenário, em muitos casos, é de verdadeiro dilema: além de vítima, o estrangeiro ainda ostenta a irregularidade de sua estada em território nacional. E não pode o Estado – até por força das Convenções Internacionais que adota em tal seara – impor mais suplícios ao traficado, já que se devem harmonizar interesses, sempre em benefício dos direitos humanos.³³

31 “Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.”

32 “Artigo 3º. 1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.
2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.”

33 CORREALI, Maurício. A situação jurídica do estrangeiro vítima de tráfico de pessoas no Brasil. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 454-455.

As principais hipóteses de residência que podem ser concedidas a imigrantes, fronteiriços e visitantes estão dispostas no artigo 30 da Lei de Migração, sendo que o rol foi consideravelmente expandido em comparação com a legislação anterior. Além da criação de novas categorias, como a acolhida humanitária, a legislação incorporou hipóteses que eram previstas apenas em regulamentos administrativos editados pelo CNIG, como a residência para vítimas de trabalho escravo ou tráfico de pessoas.

Outro avanço muito importante da nova Lei de Migração foi a possibilidade de concessão de autorização de residência independentemente da situação migratória (art. 31, § 5º). O revogado Estatuto do Estrangeiro possuía, a esse respeito, uma disposição que impedia a regularização migratória de pessoas indocumentadas (art. 38 da Lei nº 6.815/1980). Com isso, pessoas que estavam no território nacional e possuíam direito subjetivo à regularização migratória poderiam ser impedidas de ter acesso à documentação. A situação normativa sob o Estatuto do Estrangeiro levava até a situações paradoxais, como a necessidade de se sair do país para conseguir um visto que já havia sido deferido por provocação de um estrangeiro dentro do território nacional.³⁴ De todo modo, no novo cenário legislativo, este óbice deve ser definitivamente afastado.

As considerações que foram feitas a respeito do acesso ao território nacional podem ser facilmente transpostas à própria regularização migratória, a qual não pode mais ser encarada como uma política discricionária por parte do Estado. Portanto, são juridicamente viáveis decisões contrárias a atos administrativos que violem os princípios da Lei de Migração.

Sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, a situação das vítimas de tráfico de pessoas foi tratada em atos normativos do CNIG. O primeiro deles foi a Resolução Normativa nº 93/2010, a qual não se restringia à regularização migratória para instrumentalizar a instrução do processo penal, mas também com vistas à vulnerabilidade das vítimas (art. 6º). Posteriormente, foi editada a Resolução Normativa nº 122/2016, a qual manteve o espírito da legislação anterior no sentido de proteção de migrantes vulneráveis e combate à revitimização.

Com a Lei de Migração, o tema foi definitivamente incorporado ao ordenamento. Há possibilidade, neste novo modelo, de que vítimas de tráfico de pessoas tenham acesso à autorização de residência por prazo indeterminado (art. 30, II, “g”, da Lei nº 13.445/2017).

Já os migrantes contrabandeados dependem de outros modelos previstos na legislação, especialmente porque o fato do contrabando em si não é um indicativo de situação que autorize a residência. Contudo, considerando que muito imigrantes vulneráveis dependem destes expedientes para conseguir acessar o território de outro país, não é incomum que estas pessoas desejem formalizar um pedido de refúgio ou buscar outra alternativa migratória.

Dentro das novas categorias migratórias previstas na Lei de Migração, a acolhida humanitária merece uma atenção especial. Ao lado dos refugiados, diversas classes de migrantes encontram-se em situação grave, merecendo, pelos mesmos fundamentos morais, proteção estatal apesar da não submissão à Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. É

34 Esta situação era comum nos chamados “casos omissos” julgados pelo CNIG. Nestas situações, o Conselho analisava o caso concreto e, constando uma situação muito peculiar, autorizava a permanência. Estes casos, analisados individualmente pelo CNIG, geralmente resolviam a situação migratória de pessoas com vínculos com o território nacional mas que não se enquadravam em uma hipótese migratória clara. No entanto, mesmo após o CNIG deferir a permanência, esta não poderia ser concedida em território nacional, devendo o imigrante procurar uma repartição consular no exterior (em regra no Paraguai, devido à proximidade com o Brasil) para conseguir o visto e adentrar regularmente no país.

o caso das vítimas de desastres naturais ou humanitários, além de determinadas categorias de migrantes econômicos que abandonam o país de origem em razão da impossibilidade da satisfação de um mínimo existencial.

Desse modo, considerando a existência de outras classes de migrantes que merecem igual proteção humanitária pelo Estado, e apesar da inexistência de um instrumento que positivasse o termo, convencionou-se chamar essa forma de amparo de “proteção complementar”, constituindo uma verdadeira alternativa à concessão de refúgio nos termos tradicionais.

Do ponto de vista legal, os princípios constitucionais que norteiam as relações internacionais já forneciam fundamentos para essa proteção complementar, além do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, instrumentos como o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos também permitem uma interpretação ampla do princípio do *non-refoulement*, dando substrato à proteção complementar.³⁵ No entanto, este instituto foi formalmente acolhido no artigo 30, I, “c”, da Lei de Migração, consistindo assim em um importante mecanismo para a acolhida de determinados grupos de migrantes vulneráveis.³⁶

Há ainda previsão de autorização de residência para pessoas que tenham tido violação de direito agravada por condição migratória (art. 30, II, “g”, da Lei de Migração). Ainda que esta hipótese também dependa de regulamentação, há uma alternativa migratória clara para determinados grupos de migrantes vulneráveis.

9. Conclusão

Não há dúvidas que os Protocolos representam avanços consideráveis no combate ao tráfico de pessoas e ao contrabando de migrantes. Todavia, suas disposições concentram-se principalmente na repressão e no combate a delitos, o que pode transformá-los em instrumentos de mitigação de direitos de migrantes e refugiados.

Neste contexto, é importante que os Protocolos sejam interpretados de forma coerente com outros instrumentos internacionais de direitos humanos, observando-se com atenção as cláusulas de salvaguarda. Além disso, o direito interno possui um rol muito expressivo de dispositivos que, de certa forma, mitigam as deficiências dos Protocolos do ponto de vista da garantia de direitos.

Com este instrumental, é possível abandonar um foco exclusivo em medidas repressivas e buscar a articulação de ações amplas e estratégicas que envolvam pobreza, educação, corrupção, discriminação etc., permitindo uma ênfase cada vez maior nas causas deste modelo migratório.³⁷ Sobre o tema, as considerações tecidas por Inês Virgínia do Prado são bem precisas:

35 GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: CARVALHO RAMOS, André de; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *60 anos de ACNUR – perspectivas de futuro*. São Paulo: CLA Editora, 2011, p. 49.

36 De acordo com o Decreto nº 9.199/2017, o qual regulamenta a Lei de Migração, a definição dos detalhes da acolhida humanitária, como condições, prazos e requisitos, dependerá de um ato conjunto dos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho (art. 36, § 1º). Apenas com esta regulamentação é que será possível avaliar o instituto na prática. Novamente lembramos que a regulamentação não poderá contrariar a própria Lei de Migração, restringindo o instituto da acolhida humanitária a ponto de esvaziá-lo. Vale destacar que houve a regulamentação para casos específicos, como haitianos (Portaria Interministerial nº 10, de 6 de abril de 2018) e venezuelanos (Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018).

37 SCACCHETTI, Daniela Muscari. O tráfico de pessoas e o protocolo de Palermo sob a ótica de direitos humanos”. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 11, out. 2011, p. 34.

O enfrentamento ao tráfico de pessoas está intrinsecamente ligado aos valores democráticos espalhados em diversos dispositivos da Constituição, entre os quais se pode destacar: a cidadania e dignidade humana (art. 1º, II e III); o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV); o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inciso IX); a garantia de igualdade no gozo dos direitos individuais entre os residentes no país, nacionais ou estrangeiros (art. 5º); os direitos sociais (art. 6º: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à infância, assistência aos desamparados); a ordem econômica conformada aos ditames da justiça social para assegurar a todos existência digna (art. 170); a ordem social baseada no primado do trabalho e com objetivo de proporcionar bem-estar e justiça sociais (art. 193).³⁸

E tais direitos, de acordo com os argumentos desenvolvidos neste artigo, também se aplicam, ainda que de forma distinta, aos migrantes objeto de contrabando.

Assim, em um cenário de crescente recrudescimento do controle de fronteiras e mitigação de direitos de migrantes e refugiados, é especialmente importante uma interpretação destes dispositivos da forma mais ampla possível, sob pena de instrumentos internacionais e nacionais extremamente relevantes serem frontalmente contrariados.

38 SOARES, Inês Virgínia Prado. Enfrentamento ao tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos no Brasil. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 87-88.

Referências

ACNUR. *A proteção dos refugiados e a migração mista: o plano de ação de 10 pontos*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/A_protecao_dos_refugiados_e_a_migracao_mista_O_Planode_Acao_de_10_Pontos.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

BARALDI, Camila; VENTURA, Deisy. Políticas migratórias e tráfico de pessoas: quando a árvore esconde a floresta. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 378-380.

BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. *Rev. bras. estud. popul.*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-97, jun. 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1998.

CORREALI, Maurício. A situação jurídica do estrangeiro vítima de tráfico de pessoas no Brasil. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 447-474.

DIAS, Guilherme Mansur. *Migração e crime: a desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas*. 2014. 318 p. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP.

GAATW: Global Alliance Against Traffic in Women. *Smuggling and trafficking: rights and intersections*, Working Paper Series. Bangkok: GAATW, 2011.

GALLAGHER, Anne T. Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, maio 2009.

_____. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, n. 12, p. 25-28, 2002.

GODOY, Gabriel Gualano de. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: CARVALHO RAMOS, André de; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *60 anos de ACNUR – perspectivas de futuro*. São Paulo: CLA Editora, 2011.

HATHAWAY, James C. The human rights quagmire of “human trafficking”. *Virginia Journal Of International Law*, p. 1-59, 2008.

KOSER, Khalid. *International migrations: a very short introduction*. Oxford: OUP, 2007.

OIM. *Glossário sobre migração*. Genebra: OIM, 2009, p. 40. Disponível em: <<https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

ONU BRASIL. *Número de casos de tráfico de pessoas atinge recorde em 13 anos, indica relatório*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-casos-de-trafico-de-pessoas-atinge-recorde-em-13-anos-indica-relatoriohttps://nacoesunidas.org/numero-de-casos-de-trafico-de-pessoas-atinge-recorde-em-13-anos-indica-relatorio/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

ONU BRASIL. *População de migrantes no Brasil aumentou 20% no período 2010-2015, revela agência da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-de-migrantes-no-brasil-aumentou-20-no-periodo-2010-2015-revela-agencia-da-onu/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

ONU BRASIL. *UNODC: contrabando de migrantes afetou 2,5 milhões de pessoas no mundo em 2016*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unodc-contrabando-de-migrantes-afetou-25-milhoes-de-pessoas-no-mundo-em-2016/>><https://nacoesunidas.org/unodc-contrabando-de-migrantes-afetou-25-milhoes-de-pessoas-no-mundo-em-2016/>>. Acesso em: 22 maio 2019.

PASTORE, Ferruccio. The policies for the management of international migrations from the XX to XXI century. *Genus*, proceeding of the international conference: trends and problems of the world population in the XXI century. Roma, 2005, p. 349-354.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCACCHETTI, Daniela Muscari. O tráfico de pessoas e o protocolo de Palermo sob a ótica de direitos humanos”. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 11, p. 25-38, out. 2011.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Enfrentamento ao tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos no Brasil. In: *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*, v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 75-104.

UNODC. *Relatório global sobre tráfico de pessoas - perfil de país América do Sul*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>><https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/publicacoes.html>>. Acesso em: 22 maio 2019.

VÄYRYNEN, Raimo. *Illegal immigration, human trafficking, and organized crime*. Discussion Paper 2003/072. Helsinki: UNU-WIDER, 2003.