



**Trafficking of Person and Juridical Asset in face of Law n.
12.015, of August 07, 2009.**

***Tráfico de Pessoa e o Bem Jurídico em face da Lei nº. 12.015, de
07 de Agosto de 2009***



Fernando Capez

Sao Paulo State Assembly Representative

Prosecutor of Justice

PHD in Law

Professor of Law

Deputado Estadual em São Paulo

Procurador de Justiça licenciado

Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa

Mestre em Direito pela USP e doutor pela PUC/SP.

Professor da Escola Superior do Ministério Público e de Cursos Preparatórios para Carreiras

Jurídicas. Autor de várias obras jurídicas. www.fernandocapez.com.br

Stela Prado

Lawyer

Master's Degree ongoing in Law

Advogada

Mestranda em Direito pela PUC/SP

autora de obra jurídica.

Tráfico de Pessoa e o Bem Jurídico em face da Lei nº. 12.015, de 07 de Agosto de 2009ⁱ

1. Introdução

Depara-se o indivíduo, na atualidade, com o grande desafio que é o combate aos riscos internacionalizados criados pela sociedade globalizada, em que os interesses econômicos, sociais, culturais, entre os diversos países, se conectam de tal forma, que a criminalidade passa também a assumir caráter transnacional, onde quaisquer limites territoriais são proscritos, facilitando a atuação das organizações criminosas, responsáveis por colocar em perigo bens jurídicos de importância vital para o Estado Democrático de Direito.

Basta que se lance um olhar sobre os delitos que servem de sustentáculo para as grandes organizações criminosas: tráfico de drogas, armas e de pessoas. O perigo difundido por tais práticas ilícitas é uma grande célula cancerígena que se dissipa difusamente pelo tecido social, acarretando efeitos nefastos, devastadores, para a manutenção da ordem social, da estabilidade da estrutura democrática, da organização familiar e coloca em risco a vida, a saúde física e psicológica, a segurança, de um número indeterminado de pessoas.

Nesse contexto, assume especial relevo o crime de tráfico de pessoa (CP, arts. 231 e 231-A), onde as vítimas, geralmente, de baixa renda, via de regra, são ludibriadas, seduzidas por promessas de trabalho lícito e moral (babá, empregada doméstica, balconista etc.), em território estrangeiro (ou nacional, no caso do art. 231-A), mas chegando ao seu destino, viram verdadeiras escravas do mercado do sexo, sujeitando-se a condições sub-humanas, degradantes, vendo-se obrigadas a prostituírem-se para honrar as dívidas contraídas com os traficantes, os quais integram a rede de aliciamento, de transporte e de exploração da prostituição.

Ao contrário do tráfico de armas e de drogas, em que o objeto material do crime é passível de apropriação pelo indivíduo, o tráfico de pessoa, pode-se dizer, é uma das formas mais graves e atentatórias da dignidade humana, pois consiste na subjugação do indivíduo, muitas vezes, de forma desumana, cruel, degradante.

O ser humano, no caso, é transmutado em objeto sexual, em algo passível de ser comercializado ou apropriado para satisfação dos prazeres alheios, onde os seus valores pessoais, as suas vontades, as mínimas condições condignas de existência, são violentamente proscritas, menoscabadas. O

indivíduo, dessa maneira,, é reduzido a um estado de passividade análogo a de um escravo, trazendo marcas indeléveis para a sua personalidade.

Durante muito tempo, esse delito foi considerado “crime contra os costumes”, por força dos valores dominantes à época em que o Código Penal foi editado. No entanto, em virtude das inúmeras transformações sociais ocorridas, o aludido Diploma acabou sofrendo algumas reformulações, e o denominado título “dos crimes contra os costumes” foi substituído pela nomenclatura “dos crimes contra a dignidade sexual”.

A evolução da sociedade, portanto, passou a exigir, à luz da Carta da República de 1988 e dos documentos internacionais que proclamaram a dignidade do indivíduo como um valor fundamental a ser tutelado no crime de tráfico de pessoa, uma nova concepção do objeto jurídico do delito, de molde que assuma especial relevo não os padrões éticos-sociais, os bons costumes, mas a dignidade do indivíduo que é colocada em risco com a prática dessa modalidade criminosa tão reprovável.

Nesse contexto, será abordado no presente trabalho o bem jurídico no delito de tráfico de pessoa, em face do advento da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que alterou a sistemática dos crimes contra os costumes, e dos documentos internacionais que proporcionam essa nova visão descortinada pelo nosso ordenamento jurídico.

2. Tráfico de mulheres e o Código Penal de 1940

No Direito Penal, o princípio da alteridade impede a incriminação de atitude meramente subjetiva, incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (*altero*). Ninguém pode ser punido por ter feito mal a si mesmo. Não há lógica em punir um suicida frustrado ou a pessoa que se açoitava na lúgubre escuridão de seu quarto. Assim como não há lógica em punir aquela pessoa que comercializa o seu corpo para satisfazer a lascívia alheia. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.

O aludido princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, o qual assevera:

“Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente —, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal”ⁱⁱ.

Por essa razão, a autolesão, o suicídio, a prostituição não são crimes. No entanto, é crime, a auto-agressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora será vítima de estelionato (CP, art. 171, § 2º, V); a instigação, o induzimento ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122); o lenocínio. Nesse contexto, assinala Nelson Hungria:

“Talvez se afigure, *prima facie*, que “Nos países, como o nosso, em que não se proíbe a prostituição em si mesmo, seja injustificável a repressão dos lenões, pois se tal ou qual fato é permitido ou penalmente indiferente, não se deveriam, coerentemente, incriminar os que lhe são famulativos ou acessórios (...) A prostituição é tolerada como uma fatalidade da vida social, mas a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se deixasse de reprimir aqueles que, de qualquer modo, contribuem para maior fomento e extensão dessa chaga social”.ⁱⁱⁱ

Desse modo, nas palavras do aludido autor, o lenocínio é uma causa de iniciativa e de incremento da prostituição, constituindo verdadeira atividade parasitária, representa uma grave lesão à disciplina social, uma conduta subversiva da organização da vida sexual e incompatível com a própria ordem econômica^{iv}.

Por essa razão, o delito de tráfico de mulheres^v (atualmente, sob a nova nomenclatura, “tráfico de pessoa”), foi inserido pelo legislador no Título VI do Código Penal, o qual se refere aos “crimes contra os costumes”.

A respeito do termo “costumes”, Nelson Hungria, mais uma vez, traz um conceito elucidativo:

“O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restrito), os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivale

mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, in *subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.^{vi}

Consoante, ainda, o mencionado doutrinador:

“o direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão-somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetar a disciplina, utilidade e conveniência sociais”.^{vii}

Paulo José da Costa conceitua a expressão “bons costumes”, realizando um apanhado histórico:

O Código alude aos crimes contra os costumes, estando subentendida a expressão “bons costumes”, que são aquela parte da moralidade pública referente às relações sexuais. Moralidade pública é a consciência ética de um povo, em um dado momento histórico: é precisamente o seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto.

Desse modo, o direito penal aceita a ética sexual para, dentre os comportamentos vários, selecionar os mais graves, erigindo-os a delitos. Tutela-se o pudor, a liberdade e a honra sexual etc.

De todos, se ressalta o pudor, que é o “*moderator cupiditatis*”, é o corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros”, no dizer de Hungria.

O pudor deve ter existido bem antes do vestuário. Dizem que a mulher se fez pudica para só se entregar ao homem escolhido. Prestou-se o vestuário, de certo modo, acentuar o poder anatômico. “Serviu ao pudor e à *coquetterie*: continha os avanços do macho, ao mesmo tempo que lhe excitava os desejos”.

(...).

Na antiguidade remota, certos povos admitiram a prostituição das mulheres em honra *venus mylita*. Em Roma, passou-se a punir os crimes contra a moral, cabendo ao *pater famílias* a repressão.

Com a dissolução dos costumes romanos, foi decretada a *lex Julia* em 736, para reprimir o *adulterium*, o *incestum*, o *stuprum*, o *lenocinium*.

O direito canônico atingiu a repressões nunca dantes cogitadas, punindo até o mero pensamento e o desejo.

No século XVIII, sob influência de Voltaire e de outros pensadores, houve intenso movimento de descriminalização de vários delitos sexuais.

Permaneceram como tais as ofensas mais graves aos costumes e à liberdade sexual.

No código anterior, foi adotada a rubrica “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. A expressão legal, conquanto explícita, era palavrosa, como observou Galdino Siqueira.

As disposições de nosso Código vigente são, como dizia Fragoso, “extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. Certos preconceitos desapareceram, a mulher assumiu novo posicionamento, os meios de comunicação em massa eliminaram das jovens de dezesseis anos aquela “inexperiência ou justificável confiança ‘referida pela lei’”^{viii}

A tutela dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual.

Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores éticos-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais da mulher.

Com efeito, à época em que foi editado o Decreto-Lei n. 2.848 (Código Penal), em 7 de dezembro de 1940, não havia espaço para a

flexibilização dos padrões da moral sexual, de forma que a sua proteção assumia especial relevo em face dos direitos individuais. Nessa linha, assinalava Damásio E. de Jesus, ao comentar o antigo art. 218 do CP:

“O Código Penal brasileiro, data de 1940, época em que a preocupação com a moralidade sexual, principalmente em relação à mulher, era bastante mais acentuada. Além disso, à mulher era dado desempenhar papel de reduzida importância, de forma que “a proteção à moral não raras vezes se sobrepunha aos direitos individuais”. É o que se pode ver quando da comparação entre as sanções penais previstas originariamente para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor e as cominadas para o tráfico de mulheres. No concernente aos dois primeiros, que, para a configuração típica, exigem violência ou grave ameaça, estavam previstas sanções iguais (no caso de estupro) ou até menores (é o caso do atentado violento ao pudor) àquelas cominadas ao tráfico de mulheres, o qual não exige a presença dos elementos mencionados. Atualmente, tal distorção punitiva não mais subsiste, já que a Lei dos Crimes Hediondos aumentou, significativamente, a reprimenda penal para tais crimes (art. 6º da Lei n. 8.072/90)”^{ix}.

Ao se analisar os posicionamentos doutrinários majoritários à época, percebe-se que a preocupação em relação à moralidade sexual ou a honra sexual era realmente o foco da proteção jurídica do art. 231 do CP.

Essa era a orientação adotada por Guilherme de Souza Nucci, para quem o objeto jurídico era moralidade sexual e os bons costumes^x, e por Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, para quem o tipo penal tutelava a moralidade pública sexual^{xi}.

Para Celso Delmanto, o objeto jurídico, da mesma maneira, era a moralidade pública sexual, mas na hipótese do antigo §2º, também a liberdade sexual era objeto da proteção legal^{xii}.

E. Magalhães Noronha, por sua vez, afirmava que a incriminação visava à tutela da honra sexual contra o assalto dos lenões internacionais. Nesse sentido, vale trazer a baila o seu ensinamento:

“Tutela-se a honra sexual contra os assaltos dos lenões internacionais, porque tal figura tem o fim específico de incriminar um fato que lesa não só interesse de um Estado, mas dos Estados — trata-se de crime *internacional* — impedindo-se conseqüentemente a expansão da vil atividade de mercadores do meretrício, atentado não só contra o bem próprio do sujeito passivo (que pode ser exposto apenas a perigo), mas da coletividade — a moralidade pública e os bons costumes — que sempre são lesados pelo *métier* do lenão”¹¹⁵.

Para Paulo José da Costa o delito em exame protegia, além dos bons costumes, a liberdade sexual, “procurando-se resguardar rameiras dos lenções internacionais. Ao lado da honra e da liberdade sexual individual posta em perigo, há o interesse dos Estados de todo o mundo de evitar e reprimir o torpe comércio”^{xiii}

Nota-se que, pela mentalidade predominante à época, não era o interesse primário do Estado a tutela penal dos direitos humanos ou liberdades fundamentais da mulher, como seu direito à vida, integridade física, liberdade, segurança etc. Os mesmos acabavam apenas sendo resguardados indiretamente, do contrário, não teríamos o aludido delito inserido no título “crimes contra os costumes”.

Por força do bem jurídico protegido, surgiram posicionamentos no sentido de que ao Direito Penal seria vedado incriminar condutas ofensivas à moralidade sexual, aos bons costumes. Nessa linha de entendimento, afirma Alice Bianchini:

“A criminalização de condutas cujo conteúdo seja eminentemente moral somente pode ocorrer nas situações em que outros valores fundamentais para a ordem social ou individual sejam objetivamente lesados com a sua prática.

As relações sociais estabelecem código morais, mas eles não se consubstanciam em uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais.

Em todos os delitos em que a liberdade sexual não está em jogo, como é o caso do tipo penal “casa de prostituição” (CP, art. 229), percebe-se nitidamente que a punição se dirige a um comportamento que (à época) se tem por impróprio, indigno, e não à lesão de um bem jurídico. O dispositivo em apreço viola, portanto, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”^{xiv}

Entretanto, o tipo não poderia ser acoimado de inconstitucional, pois, de acordo com Luiza Nagib Eluf, muito embora o bem jurídico eleito fosse a moralidade pública sexual, os direitos humanos também seriam ofendidos pelo tráfico de mulheres. Porém, no caso, a mulher ainda apareceria como vítima indireta, nas hipóteses em que não tivesse havido o seu consentimento para o tráfico, ao passo que, nos demais casos, a sociedade figuraria como sujeito passivo^{xv}.

Damásio E. de Jesus, entretanto, afirmava que, em tais situações, a mulher sempre seria vítima direta, estando o bem jurídico protegido vinculado a ela:

“se por um lado, está-se de acordo em que, tendo havido ciência e consentimento em relação ao propósito do deslocamento (exercício da prostituição), não há que se falar na mulher como sujeito passivo, por outro, inexistindo tal anuência, a mulher passa a ser a vítima direta do delito, visto que todos os demais meios de prática do crime (violência,

grave ameaça ou fraude) encerram ofensa à própria mulher. Desarrazoada, assim, a consideração de que nesses casos o bem jurídico protegido não possa estar vinculado, de alguma forma, à própria mulher, ou de que ela figuraria como vítima indireta. É a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou sua honra que estão sendo ofendidas no delito de tráfico, sempre que praticado sem a anuência a mulher”.^{xvi}

Portanto, segundo os aludidos autores, a mulher, fosse de modo indireto (Luiza Nagib Eluf), ou direto (Damásio E. de Jesus), seria sempre vítima do delito em tela, de forma que o bem jurídico estaria a ela vinculado, como a tutela da liberdade, vida, integridade física, não havendo que se cogitar no conteúdo apenas eminentemente moral da conduta.

Além do que, seria completamente atentatório ao Estado Democrático de Direito, aos princípios que regem a República Federativa do Brasil e aos documentos internacionais que apregoam a incompatibilidade entre o tráfico e a dignidade e o valor da pessoa humana, proscrevendo qualquer atentado contra os direitos individuais e inalienáveis da mulher e da criança, considerar inaplicável o delito em estudo, por reputar que o bem jurídico tutelado é apenas a moralidade sexual.

Deixar sem proteção jurídica vítimas do tráfico internacional de mulheres e crianças seria uma teratologia jurídica, principalmente pelo fato de outros valores fundamentais para a ordem social ou individual estarem em jogo, como a vida, a integridade física, a liberdade e a segurança.

Além disso, como se verá mais adiante, a tutela da moralidade sexual também condiz com a função do Direito Penal de proteger bens jurídicos, a fim de preservar a sociedade e seu desenvolvimento pacífico e sadio, sempre que houver violação de interesses de relevância coletiva.

Muito embora, em face do princípio da alteridade, não se puna a prostituição, a sua exploração, assume grande relevância social, por constituir o fomento de uma atividade que ofende a moralidade pública sexual e quebra os valores que constituem o arcabouço da família e, por conseguinte, do Estado.

As normas que ditam os padrões de comportamento a serem adotados pela sociedade no domínio da sexualidade serão necessárias sempre que gerarem reflexos sociais. O direito não pretende ser um Código de moralidade para ditar regras no campo da sexualidade, mas pretende proteger a moralidade sexual sempre que esta provoque danos a outros valores igualmente resguardados pelo ordenamento jurídico e que coloquem em risco a família, a paz, a ordem social.

Em que pese esse bem ter se transmudado em secundário no tráfico de pessoas, como será analisado, não deixou de ser objeto da proteção legal.

3. Tráfico de pessoa em face da Lei n. 11.106/2005 e 12.015/2009

3.1. Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

A Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005 promoveu significativas alterações no dispositivo legal, e, sob a nova rubrica, “Tráfico Internacional de Pessoas”, passou a ter a seguinte redação:

“Promover, *intermediar* ou facilitar a entrada, no território nacional, de *pessoa* que venha exercer a prostituição ou a saída de *pessoa* para exercê-la no estrangeiro: Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa”.

Tal inovação legislativa veio atender aos reclamos da sociedade que não mais compactuava com a idéia de que somente as mulheres poderiam ser vítimas desse crime. Sem dúvida, à época em que o Código Penal foi editado, era inimaginável o tráfico de homens para exercer a prostituição. Lamentavelmente, essa prática se tornou comum. À vista disso, foi necessário também proteger as vítimas do sexo masculino, sob pena de grave ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Com isso, o delito deixou de ser restrito às pessoas do sexo feminino, pois estatísticas divulgadas pela ONU no 12º Período de Sessões da Comissão das Nações Unidas de Prevenção ao Crime e Justiça Penal, realizado no período de 13 a 22 de maio de 2003, em Viena/Áustria, informaram que 4% das vítimas desse crime eram do sexo masculino. Embora pequeno, o percentual seria revelador de uma nova tendência dos tempos modernos, de modo que o legislador não poderia mais fechar os olhos para esse fato social.

Além do que, era necessário conformar a legislação pátria aos documentos internacionais que dispõem sobre a matéria. Assim vale citar o 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 (promulgado pelo Decreto n. 5017, de

12/03/2004).

Mencione-se, ainda, que, com a modificação introduzida pela Lei n. 11.106/2005, o delito passou a ter o qualificativo “internacional”. Isto porque, o aludido Diploma criou o art. 231-A, intitulado “Tráfico Interno de Pessoas”. Nesse passo, passou-se a ter duas espécies de tráfico de pessoas: o internacional e o interno.

Dessa maneira, atualmente, o delito de tráfico de pessoa para fim de exploração sexual encontra-se contemplado nos arts. 231 (tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual) e 231-A (tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual), com as modificações introduzidas pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009.

As inovações não pararam por aí, pois, com o advento da Lei n. 12.015/2009, o crime em estudo foi objeto de substanciais alterações, tendo sido acrescentado ao seu título a finalidade da exploração sexual. A atual redação do art. 231 conta com a seguinte epígrafe:

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, **de alguém** que nele venha a exercer a prostituição **ou outra forma de exploração sexual**, ou a saída de **alguém** que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR).

Percebe-se que a Lei n. 12.015/2009 acabou por ampliar a tutela jurídica dos crimes contemplados no Capítulo V, ao mencionar qualquer outra forma de exploração sexual, que não só a prostituição. A “prostituição” passa, portanto, a ser uma das formas de “exploração sexual”. Além do que, muito embora o tráfico visasse à prostituição, tal finalidade não se encontrava na nomenclatura do dispositivo legal.

Tal expressão já fazia parte de documentos internacionais. Assim vale mencionar que o art. 3º do 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 (promulgado pelo Decreto n. 5017, de 12/03/2004), ao tratar do delito de tráfico de pessoas, o define como:

"o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra **para fins de exploração.** A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos" (grifo nosso).

Do mesmo modo, o Estatuto de Roma prevê a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, fazendo referência não apenas à prostituição forçada, mas também à escravatura sexual. Desse modo, nos termos do referido Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão." E, de acordo com o seu artigo 7º:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”. 2. Para efeitos do parágrafo 1º: c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças”; (grifo *nosso*)

A Lei também passou a se referir ao tráfico internacional de pessoa, no singular. Isto porque, para a configuração típica, não se exige uma pluralidade de vítimas.

Ao lado disso, foram acrescentadas algumas ações nucleares típicas, pois, consoante o § 1º, introduzido pelo aludido Diploma Legal, na mesma pena incorre aquele que *agenciar* (negociar, contratar, ajustar), *aliciar* (atrair, recrutar) ou *comprar* (adquirir) a pessoa traficada, assim como, tendo

conhecimento dessa condição, *transportá-la* (é o ato de levar de um local para outro, utilizando um meio de deslocamento ou locomoção.), *transferi-la* (é a mudança de local e, normalmente, antecede o transporte) ou *alojá-la* (é a ação de abrigar em algum local).

Note-se, ainda, que, na antiga sistemática do Código Penal, caso a vítima fosse maior de 14 e menor de 18, configurava-se a forma qualificada, que era contemplada no revogado § 1º do art. 231 do Código Penal, elevando-se a pena de 3 a 8 anos de reclusão para 4 a 10 anos de reclusão. Se ela tivesse 14 anos ou menos, o crime era o de lenocínio na forma qualificada (CP, art. 231, § 2º), uma vez que estaria presente a violência presumida (CP, art. 232 c.c. art. 224). Entretanto, a partir da Lei n. 12.015/2009, em todas as hipóteses acima aludidas, incidirá a majorante prescrita no art. 231, §2º, inciso I, do CP. Mencione-se que o art. 224 do CP foi revogado, não havendo mais que se falar em violência presumida no crime em tela.

Vale consignar que o art. 231 passou a contemplar detalhadamente em seu §2º os casos em que o delito terá a pena aumentada da metade^{xvii}.

Finalmente, o § 3º, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, prevê que se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. Antes, a pena de multa integrava o preceito secundário do *caput* do art. 231, incidindo automaticamente. Não era necessário provar a finalidade de obter vantagem econômica para sua aplicação. Agora que foi retirada do *caput* do artigo e passou a constituir qualificadora, deverá ser comprovado o fim especial de obter lucro.

4.2. Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

O art. 231-A foi criado pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, sob a rubrica, “Tráfico Interno de Pessoas”.

Como já visto, a partir do aludido Diploma Legal, passou a haver duas espécies de tráfico de pessoa: o internacional, com previsão no art. 231, e o interno. Desse modo, preceituava o mencionado dispositivo legal:

“Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.”

Nesse contexto, qualquer ação realizada no território nacional no sentido de promover, intermediar ou facilitar o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que viesse a exercer a prostituição constituiria o delito de tráfico interno.

Entretanto, sob a nova rubrica, “tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual”, determinada pela Lei n. 12.015/2009, o art. 231-A do CP passou a contar com a seguinte redação:

“Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º

Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la” (grifo nosso).

Tal como no delito do art. 231, a Lei: (a) se refere ao tráfico interno de pessoa, no singular. (b) inseriu na nova nomenclatura a finalidade do tráfico para exploração sexual.

O Diploma Legal cuidou de deixar claro que o tráfico se dará com a promoção ou facilitação do deslocamento de alguém dentro do território nacional.

5. Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da Lei n. 12.015/2009

5.1. Da tutela da dignidade sexual

O Título VI, com as modificações operadas pela Lei n. 12.015/2009, passou a tratar dos delitos contra a dignidade sexual, substituindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a proteção da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual.

Superando, assim, a vetusta denominação “crimes contra os costumes”, a “dignidade sexual” passou a ser o pilar da proteção jurídica visada pelos crimes que se encontram inseridos no Título VI, do Código Penal, dentre eles o art. 231 do CP, em consonância com perfil do Estado Democrático de Direito e com o que foi proclamado pelos Documentos Internacionais.

A evolução da sociedade, portanto, passou a exigir, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a formulação de uma nova concepção do objeto jurídico do crime, de forma que assuma especial importância não os padrões éticos-sociais, os bons costumes, mas a dignidade do indivíduo que é colocada em risco com a prática do tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou exploração sexual.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 1º, *caput*, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado.

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e, principalmente, *pelo respeito inarredável da dignidade humana* (art.

1º, inciso III).

A tutela da dignidade sexual no crime de tráfico de pessoa, portanto, decorre do princípio da dignidade humana, que se irradia sobre todo o sistema jurídico e possui inúmeros significados e incidências. Isto porque o valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial.

Ígno W. Sarlet propôs a formulação de um conceito de dignidade da pessoa humana:

“(....) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável”^{xviii}

Na realidade, o princípio da dignidade humana como valor moral e espiritual inerente à pessoa, não foi criado nem construído pela ciência, posto que “sempre existiu e preexistiu, acoplado à existência humana”^{xix}, constituindo “um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo

que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais”^{xx}.

Na verdade, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam a garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social^{xxi}.

Como valor universal e inerente ao ser humano, a sua normatização extapola as fronteiras territoriais, passando a ser um postulado do Direito Internacional, tendo como principal instrumento a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao assinalar, em seu artigo 1º que: **“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.** São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (destacamos). De igual modo, a tutela da dignidade humana se encontra, igualmente, plasmada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de dezembro de 1969, do qual o Brasil é seu signatário, tendo preceituado em artigo 11 que: “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”

Note-se que, no tocante ao tráfico de pessoa para o exercício da prostituição ou exploração sexual, somente a partir da Convenção para a Repressão do Tráfico, de Pessoas e do Lenocínio (1949), passa-se a considerar que o tráfico é incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana. Antes disso, era apenas um atentado à moral e aos bons costumes.

“a prostituição e o mal que a acompanha, isto é, o tráfico de pessoas para fins de prostituição, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade”.

O respeito ao valor da pessoa humana em face da exploração sexual é tamanha, que diversos outros documentos internacionais de alguma forma dispensam especial proteção à dignidade da mulher e da criança, de modo a prevenir ou reprimir qualquer conduta que venha a violá-la.: (1) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); (2) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também chamada de “Convenção de Belém do Pará”; (3) Declaração e Programa de Ação de Viena (1993): o documento resultante da Conferência foi assinado por 171 nações, entre as quais o Brasil, e declarava que “os direitos humanos de mulheres e meninas são parte indivisível, integral e inalienável dos direitos humanos universais. A violência baseada em gênero e todas as formas de exploração e abuso sexual, incluindo as resultantes de preconceito cultural e tráfico internacional, são incompatíveis com a **dignidade e o valor da pessoa humana** e devem ser eliminadas”; (4) Declaração de Beijing – IV Conferência Mundial sobre as Mulheres (1995); (5) Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959); (6) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança (1989); (7) Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (promulgado pelo Decreto 5.007/2004, referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil); (8)

Declaração pelo Direito da Criança à Sobrevivência, à Proteção e ao Desenvolvimento (1990); (9) Pacto Internacional de Direitos Humanos, Sociais e Culturais; (10) 45ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas; (11) Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança; (12) Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. etc^{xxii}.

A partir disso, pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado no crime de tráfico de pessoas passa a estar diretamente vinculado à vítima, a qual constitui o foco central da proteção jurídica.

De fato, inúmeros são os relatos das condições sub-humanas, a que se sujeitam as vítimas do tráfico, as quais, ludibriadas pela promessa de trabalho lícito e moral no exterior, acabam sendo transformadas em verdadeiras escravas do sexo, sendo obrigadas a viver em situação lastimável, degradante, sofrendo uma das formas mais repugnantes de subjugação, com grave atentando ao valor de maior relevo para o nosso Estado Democrático de Direito: o valor da dignidade humana.

Dessa feita, a tutela da dignidade sexual, no caso, esta diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade. Portanto, é a sua liberdade sexual, sua integridade física, sua vida ou sua honra que estão sendo ofendidas no delito de tráfico, constituindo, novamente nas palavras de Igno W. Sarlet,, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.

5.2. Outros bens jurídicos tutelados pelo tráfico de pessoa

A par da mudança de foco na proteção jurídica do crime de tráfico de pessoa, indaga-se: Os bons costumes ou a moralidade sexual continuam a ser objeto da tutela penal?

Tendo em vista que o bem resguardado decorre dos componentes do tipo penal que podem lesar outros bens, não é porque o legislador adotou a nomenclatura “crimes contra o dignidade sexual”, que outros interesses jurídicos não poderão ser objeto da proteção penal.

Tanto que, na legislação anterior, havia, no título relacionado aos crimes contras os costumes, o estupro, o qual resguardava, principalmente, a liberdade sexual da mulher.

Por força disso, a nomenclatura constante do título não é fator limitador da proteção do bem jurídico. Ainda que sob a rubrica “dos crimes contra a dignidade sexual”, há delitos que produzem uma pluralidade de sujeitos passivos.

Desse modo, o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, sob o aspecto sexual, e os direitos a ela inerentes, como a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou sua honra etc.

Ao lado disso, busca-se a proteção também da moralidade pública sexual, cujos padrões devem pautar a conduta dos indivíduos, de molde a que outros valores de grande valia para o Estado não sejam sobrepujados.

Porquanto a prostituição não seja crime, a sua fomentação pelo lenão põe em risco os valores familiares, a moral coletiva, uma vez que as ações que paulatinamente corroem os valores morais levam também à destruição de

inúmeros outros bens jurídicos que acabam por ser expostos diante da gradação de comportamento dos membros da coletividade.

Daí mais uma razão para o Estado procurar evitar a sua disseminação progressiva pelos traficantes.

A tutela da moralidade sexual, com amplos reflexos na preservação da família e, por conseguinte, da estrutura estatal, é um dever do Estado; é, assim, um aspecto social que não deve ser relegado pelo ordenamento jurídico.

Não é por outra razão que a Carta de República consagra um capítulo (VII) específico para a família e proclama em seu art. 226 que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Além disso, prescreve que:

“ é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227).

Também não por acaso que, sob a rubrica “Dos Crimes contra a Família”, prevê o Título VII do Código Penal os delitos que atentam contra a organização familiar.

Dessa maneira, ao contrário da auto-lesão e do suicídio, a prostituição, quando há a interferência de terceiros, no caso, o traficante que a explora, provoca dupla ofensividade: em primeiro plano, atinge a dignidade da

prostituta e os direitos fundamentais decorrentes (liberdade, vida, integridade física) e, em segundo plano, ofende valores outros de importância fundamental para a estrutura social, de modo que, quando tal prática é disseminada pelos lenões, há uma contribuição para o seu aumento, com o conseqüente descontrole social sobre a mesma.

O Estado, portanto, por dever constitucional, não deve compactuar com tal estado de coisas, muito embora a prostituição não seja crime.

Alice Bianchini, ao comentar antiga redação do art. 231 do CP, posiciona-se de maneira contrária à proteção da moralidade sexual, dos bons costumes, afirmando que:

“Trata-se, portanto, de conceito de acentuada contingência, e como tal não pode ser objeto de norma incriminadora, por não se coadunar com o preceito de Direito penal que obriga a que a criminalização das condutas seja realizada de forma a não deixar dúvidas quanto ao seu conteúdo (princípio da taxatividade).

Uma análise consentânea com o Direito penal constitucional não mais permite que um tal bem jurídico (costumes) possa ser objeto de tutela penal. Representa característica comum às constituições de cunho democrático o não albergar disposições que versem sobre questões de ordem moral.

Um Estado de Direito pressupõe o respeito às opções de vida de cada pessoa, sem se prestar a perseguir concepções de vida de cada pessoa, sem se prestar a perseguir concepções ideológicas, ou privilegiar pregações religiosas ou moralistas.

Nem mesmo seria legítima uma sua atuação no sentido de aplicar corretivos morais, por meio da autoridade, a pessoas adultas, ainda que suas opções não sejam de bom trânsito nos costumes estabelecidos. As condutas meramente imorais não podem se constituir, portanto, em objeto da tutela penal”^{xxiii}

Sem dúvida. Distintamente de sua tradicional missão de proteção do *status quo*, na primitiva visão de defesa ilimitada da religião, do Estado e da ordem pública vigente, o direito penal moderno deve procurar conciliar a necessidade de exercer o controle social, com a obediência a certos princípios limitadores, que imponham restrições a uma atividade excessivamente invasiva na esfera individual.^{xxiv}

Para Chaves Camargo, a finalidade do direito penal é a revalidação dos valores vigentes na sociedade, considerada esta constituída por grupos que mantêm uma interpretação semântica destes valores, tendo-se como referencial o conceito da maioria respeitado o da minoria^{xxv}.

O escopo do direito penal deve, assim, ser balizado por contornos constitucionais que apontem na direção da obrigatoriedade de um conteúdo material delineado pelos interesses e valores sociais supremos. Desse modo, as condutas alcançadas pela malha criminal não podem ser meras violações de ordem moral, ética, política ou religiosa.

Ao contrário, sua finalidade maior deve ser a de selecionar como infrações penais somente os comportamentos humanos que ameacem efetivamente valores fundamentais para a convivência social, o desenvolvimento humano e sua existência pacífica e harmoniosa em comunidade.

Por essa razão, consoante assinala Alberto Silva Franco:

“o direito penal não pode ser destinado, numa sociedade democrática e pluralista, nem à proteção de bens desimportantes, de coisas de nonada, de bagatelas, nem à imposição de convicções éticas ou morais ou de uma certa e definida moral oficial, nem à punição de atitudes internas, de opções pessoais, de posturas diferentes”^{xxvi}.

Nesse sentido, lembra Luiz Flávio Gomes:

(...) remarque-se que o direito penal, a propósito, revela-se um instrumento absolutamente ilegítimo para proteger a moral ou a ética, a religião ou a obediência divina, os valores culturais enquanto tais ou os interesses ou estratégias governamentais

ou supranacionais; tampouco se destina a tutelar a ordem natural ou os atos disfuncionais, os direitos subjetivos ou a norma em si. O fundamento nuclear da idéia de que o direito penal somente deve proteger os bens jurídicos mais relevantes reside, indiscutivelmente, na dignidade da pessoa humana (que é o valor máximo de nosso Estado de Direito)^{xxvii}.

Com efeito, é o Estado Democrático de Direito quem delineia o perfil do Direito Penal, impondo como meta a busca da justiça igualitária e obrigando os dispositivos legais a se adequarem aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, vedando a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e os princípios constitucionais que os regem, tais como o da dignidade humana.

A criação de tipos penais que afrontem a dignidade da pessoa humana colidiria frontalmente com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Por esse motivo, a moderna concepção do direito penal não deve ser dissociada de uma visão social que busque justificativa na legitimidade da norma legal.

De pouco adiantaria a construção de um sistema liberal de garantias, se o legislador tivesse condições de eleger de modo autoritário e livre de balizas quais os bens jurídicos a merecer proteção. Importa, portanto, definir, mediante

critérios precisos, quais são esses bens, únicos a receber a proteção da esfera mais rigorosa e invasiva do ordenamento legal, com a lembrança de que o enfoque a ser conferido não é o de um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal, mas o de um complexo de regras punitivas tendentes a limitar o arbítrio e a excessiva atuação do Estado na esfera da liberdade do indivíduo.

A tarefa de definir qual o conceito material de crime e, portanto, quais as únicas condutas capazes de serem erigidas à categoria típica de infrações penais nada mais é do que a tarefa de fixar o exato conceito de bem jurídico penal.

A partir daí, não se admitirá como crime nenhum comportamento senão o que concreta e efetivamente lesar ou colocar em perigo os interesses que se enquadrarem nesse conceito.

Esse é o grande desafio da mais avançada dogmática penal: explicar em termos precisos e exatos o que vem a ser bem jurídico, e, portanto, delimitar o que pode ser considerado crime.

Ao direito penal compete a função social de tutelar bens jurídicos, visando à preservação da sociedade e seu desenvolvimento pacífico e sadio, não lhe incumbindo a punição de simples quebra de dever de ordem ética ou moral, sem reflexo social.

A perspectiva isoladamente social na conceituação do bem jurídico é, no entanto, insuficiente, devendo ele ter também uma base moral, assumindo um compromisso ético com o cidadão, pois uma visão utilitarista do direito penal como mero regulador provocaria insegurança devido à sua amplitude e à excessiva subjetividade na apreciação do que venha a ter relevância social, sendo passível de utilização fraudulenta por regimes políticos autoritários. A

base ética e moral, aliada à relevância social, compõe um critério mais garantista.

Tomando a dignidade humana como base, bem como o compromisso ético e moral que deve ser assumido entre sociedade e Estado, o direito penal deve intervir somente em casos de fundamental importância para a sociedade, ou seja, quando houver violação de interesses de relevância coletiva.

Para tanto, o melhor é construir um conceito de bem jurídico, a partir de um enfoque constitucional que tenha a dignidade humana como fundamento de validade de todo o sistema.

Ante a impossibilidade de se enumerarem todos os interesses mercedores da tutela criminal, dada a constante mutação dos valores sociais relevantes, o método mais eficaz não é o da afirmação positiva do conceito de bem jurídico, mas o método negativo, isto é, por exclusão.

Fica assim excluído da incidência típica todo e qualquer enquadramento que, a despeito de formalmente compatível, afrontar os princípios constitucionais derivados da dignidade humana.

Opera-se um controle de qualidade do tipo sobre seu conteúdo, que orienta o legislador em sua elaboração e permite um controle judicial de constitucionalidade *a posteriori*.

Por esse controle, condutas meramente imorais ou antiéticas, mas sem relevância social, estariam fora do alcance dos tipos penais.

Do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana devem partir todas as limitações para a atividade incriminadora do legislador e do operador do direito, ficando o direito penal com a missão de compensar as deficiências dos sistemas decorrentes da tipificação abstrata e de sua

demasiada abrangência.

A valoração jurídica exercida sobre o tipo leva em conta dois fatores: um de ordem natural, inerente à própria natureza humana, segundo o qual existem direitos básicos que devem ser tutelados pelo direito penal, não importa o momento histórico, político ou social, tais como a vida, a integridade corporal, a segurança, o patrimônio, a honra etc., e outro de ordem sociológica, resultante da sedimentação cultural e axiológica das relações sociais dialéticas, as quais fazem com que em determinado momento histórico o valor seja antítese e, em outro, síntese, em uma relação de permanente evolução e dinamismo.

Com base nessas premissas, adota-se a teoria constitucionalista do bem jurídico, pelo método negativo da exclusão, estabelecendo uma limitação à eleição de bens jurídicos por parte do legislador, partindo sempre da premissa de que não se trata de um bem criado pelo Direito, mas imanente às relações humanas, reconhecido e valorado de acordo com princípios reitores.

O conceito de bem jurídico pode, então, ser construído nos termos seguintes, com a ressalva de ser impossível a formação positiva fechada: são todos os interesses essenciais para a existência digna das pessoas e que antecedem a própria existência do Direito, os quais derivam da própria natureza humana e da sedimentação cultural das relações sociais dialéticas fundamentais, selecionados mediante processo democrático com a finalidade de assegurar a preservação da sociedade e a plena participação e integração das pessoas, e seu completo desenvolvimento, estejam ou não previstos expressamente na Constituição, devendo tal verificação ser feita por exclusão, negando-se o enquadramento típico quando ocorrer afrontar à dignidade

humana e a seus princípios constitucionais derivados.

Nesse contexto, porquanto se afirme que a moralidade sexual ou os bons costumes não possam ser objeto jurídico do tráfico de pessoas, tal afirmação perde o sentido quando se constata a relevância social de sua tutela.

Ao contrário do que se pensa, o tráfico de pessoa, ao tutelar a moralidade sexual ou os bons costumes, não pretende interferir nas opções sexuais da vida de cada pessoa ou a se prestar a perseguir concepções religiosas ou moralistas. Também não é o escopo aplicar corretivos morais pelo fato de os indivíduos contrariarem os costumes estabelecidos.

Na realidade, a proteção da moralidade pública sexual ou bons costumes assume o importante papel de reforçar a prevenção e a repressão ao delito de tráfico de pessoa, na medida em que constitui uma das formas mais reprováveis de subjugação do indivíduo e um grave atentado à dignidade humana. Não é por outra razão que esse delito é objeto de tratamento tão exaustivo nos documentos internacionais.

Não se trata de imposição de convicções éticas ou morais ou de uma certa e definida moral oficial, nem de punição de simples quebra de dever de ordem ética ou moral, sem reflexo social, como ocorre como o art. 17 da antiga Lei de Imprensa, a qual previa ser crime “ Ofender a moral pública e os bons costumes”.

A lei não descreve em seu tipo penal a ação de ofender a moral ou os bons costumes no aspecto sexual, mas, por via, da tipificação penal do tráfico de pessoa, isto é, por via oblíqua, resguarda um bem jurídico relacionado à moral sexual, por ser um bem necessário a ser tutelado, isto é, de relevância social, já que, como dissemos, coloca em risco outros valores fundamentais para

a sociedade.

Desse modo, nada impede que o crime de tráfico também tutele, ao lado da dignidade sexual, a moral pública sexual.

Se a moralidade pública sexual, os bons costumes ou o pudor público não podem ser tutelados, como justificar a punição dos crimes de ultraje ao pudor público? Com efeito, no Código Penal, no capítulo referente aos crimes contra a dignidade sexual, há delitos que atentam o pudor público, como o previsto no art. 233 do referido Diploma: “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Ora, alguém poderá dizer que o pudor público não pode ser um bem jurídico da tutela penal? Ou praticar atos sexuais em público ou mostrar órgãos genitais passou a ser moralmente admitido? Segundo E. Magalhães Noronha:

“sob pena de desagregação e dissolução, a sociedade necessita que os fatos da vida sexual, ainda que naturais e mesmo impostos para sua sobrevivência, obedeçam a exigências ditadas por um sentimento comum às pessoas que a compõem. Trata-se do pudor público, que faz com que, v. g., um ato sexual normal, inspirado na perpetuação da espécie, se torne, entretanto, ofensivo se realizado em presença de outras pessoas”^{xxviii}

São comportamentos humanos, por derradeiro, que ameaçam efetivamente valores fundamentais para a convivência social, o

desenvolvimento humano e sua existência pacífica e harmoniosa em comunidade.

Para reforçar aludido posicionamento, vejam que, ao contrário do 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, o qual, ao trazer a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos^{xxix}, pune apenas o tráfico de adulto, quando ausente o consentimento deste, o nosso Código Penal, prevê a majoração da pena, quando o delito for praticado mediante violência, ameaça ou fraude, o que pressupõe que considera crime, no *caput* do art. 231, o tráfico de adulto realizado com o seu consentimento.

E por que isso?

Na verdade, percebe-se que, ainda que tenha optado pela proteção direta do bem jurídico dignidade sexual, o Código não dispensa a tutela de outros valores de importância fundamental para a sociedade, de modo que, ainda que o aliciamento se dê com o consentimento da vítima; ainda que não se opere qualquer fraude para sua obtenção; ainda que ela não seja submetida a condições degradantes ou sub-humanas de exploração,, temos que, ao lado do bem jurídico dignidade sexual, há a tutela da moralidade pública sexual, a qual sempre será ofendida pelo crime em tela.

6. Conclusão

A partir dos documentos internacionais e da Constituição da República, os quais proclamaram o valor da pessoa humana como centro da

proteção jurídica, o legislador, com base nesse novo panorama, alçou a dignidade sexual como foco da tutela penal no delito de tráfico de pessoa.

Muito embora, o bem jurídico passe a estar diretamente vinculado à vítima (liberdade, vida, integridade física), os bons costumes ou a moralidade pública sexual continuam a ser objeto da proteção legal, todavia, agora de forma indireta.

Não é porque o legislador adotou a rubrica “crimes contra o dignidade sexual”, que outros interesses jurídicos não poderão ser concomitantemente resguardados.

A tutela da moralidade sexual condiz plenamente com a missão do Direito Penal de proteger bens jurídicos, sempre que houver violação de interesses de relevância coletiva em jogo.

Na verdade, o Direito Penal não tem a pretensão de ser um Código de moralidade para ditar comportamentos no campo sexual, mas a moralidade sexual, consubstanciada em bem jurídico a ser resguardado, poderá assumir fundamental importância sempre que outros valores vitais para a sociedade forem colocados em risco, como a família, a paz, a ordem social.

À vista disso, ao lado do resguardo da dignidade sexual, como objeto jurídico principal, a tutela da moralidade pública sexual, com o seu amplo reflexo no resguardo dos valores familiares, embora em um segundo plano, é dever do Estado e não deve ser relegada pelo ordenamento jurídico.

A relevância social da tutela da moral sexual, no caso, é ainda maior quando constatamos que o seu resguardo acaba por constituir um “plus”, isto é, um reforço na punição e repressão do tráfico de pessoa, viabilizando,

indiretamente, uma maior proteção à vítima do crime em exame, isto é, de sua dignidade humana, no aspecto sexual.

Assim, na conceituação do bem jurídico do tráfico, a base ética e moral, aliada à relevância social, compõe um critério garantista.

E, tomando a dignidade humana como base, bem como o compromisso ético e moral que deve ser assumido entre sociedade e Estado, o direito penal, no caso dos crimes dos arts. 231 e 231-A, do CP, intervém em hipótese de fundamental importância para a sociedade, não havendo que se falar na inconstitucionalidade de um dos bens jurídicos eleito, qual seja, a moralidade pública sexual.

NOTAS DE RODAPÉ

ⁱ CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *“Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009”*. In: *“Tráfico de Pessoas”*. MARZAGÃO, Laerte (coord.). São Paulo:Quartier Latin, 2010.

ⁱⁱ Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro; Renavam, 1990, p. 91.

ⁱⁱⁱ HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes de. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 259/260.

^{iv} HUNGRIA, Nelson *et al.* *Op. cit.*, p. 270.

^v “Promover, ou facilitar a entrada, no território nacional, de *mulher* que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de *mulher* que vá exercê-la no estrangeiro: Pena — reclusão, de três a oito anos”.

^{vi} HUNGRIA, Nelson *et al.* *Op. cit.*, p. 93.

^{vii} HUNGRIA, Nelson *et. al. Op. cit.*, p. 77.

^{viii} COSTA, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 709/710.

^{ix} JESUS, Damásio. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 213/214.

^x NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 714.

^{xi} PRADO, Luiz Régis Prado. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e legislação complementar*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 740.

^{xii} DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

^{xiii} COSTA, Paulo José. *Op. cit.*, p. 759.

^{xiv} BIANCHINI, Alice. “O bem jurídico protegido nos delitos sexuais (ou formas de controle da sexualidade)”. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/375743/>. Acesso em 30.09.2009.

^{xv} ELUF, Luiza Nagib. *Crime contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica, 1999, p. 88.

^{xvi} JESUS, Damásio. *Op. cit.*, p. 85.

^{xvii} (a) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (inciso I): a Lei em sua antiga redação se referia a vítima maior de catorze e menor de dezoito anos. Agora, ampliou o seu campo de proteção, alcançando os que possuam idade igual ou inferior a 14 anos.

(b) se a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (inciso II): essa condição da vítima foi acrescentada pela nova Lei. Podia, no entanto, funcionar como hipótese configuradora da violência presumida (CP, arts. 232 c.c. art. 224, atualmente revogados). Agora, ocasionará o aumento da pena.

(c) se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (inciso III): (i) a nova regra legal afastou a aumento de pena na hipótese de crime praticado por descendente; (ii) foram inseridas as figuras do padrasto, madrasta, enteado, preceptor ou empregador da vítima; (iii) foi substituída a frase: “pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda” por “quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”.

(d) se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude” (inciso IV): Essa hipótese constituía isoladamente uma qualificadora prevista no antigo §2º do art. 231, cuja pena era de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Agora, integra um dos incisos no novo §2º e a pena do *caput* será aumentada de metade.

^{xviii} SARLET, Igno W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.. 60.

^{xix} ANDRADE, Vander Ferreira. *A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Filosofia do Direito e do Estado), sob orientação do Professor Cláudio de Cicco, São Paulo, 2002, p. 3.

^{xx} MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48.

^{xxi} CHIMENTI, Ricardo Cunha. SANTOS, Marisa Ferreira dos. ELIAS ROSA, Márcio Fernando. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 34.

^{xxii} CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008, p. 447.

^{xxiii} BIANCHINI, Alice. “*O bem jurídico protegido nos delitos sexuais (ou formas de controle da sexualidade)*”. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/375743/>. Acesso em 30.09.2009.

^{xxiv} CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 89/115.

^{xxv} CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 108.

^{xxvi} FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

^{xxvii} GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46 e 52.

^{xxviii} NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, v. 3, p. 279.

^{xxix} JESUS, Damásio E. de. *Op. cit*, p. 8.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vander Ferreira. *A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Filosofia do Direito e do Estado), sob orientação do Professor Cláudio de Cicco, São Paulo, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro; Renavam, 1990.

BIANCHINI, Alice. “O bem jurídico protegido nos delitos sexuais (ou formas de controle da sexualidade)”. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/375743/>. Acesso em 30.09.2009.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha . SANTOS, Marisa Ferreira dos. ELIAS ROSA, Márcio Fernando. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 34.

CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. “Tráfico de pessoa e o bem jurídico em face da lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009”. In: “Tráfico de Pessoas”. MARZAGÃO, Laerte (coord.). São Paulo:Quartier Latin, 2010

COSTA. Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

ELUF, Luiza Nagib. *Crime contra os costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*,. São Paulo: Jurídica, 1999, p. 88.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes de. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

JESUS, Damásio. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis Prado. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e legislação complementar*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Igno W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. *Tráfico de Pessoa e o Bem Jurídico em face da Lei nº. 12.015, de 07 de Agosto de 2009*. New York: Lawinter Review, Volume I, Issue 1, March 2010, p. 98/143.