

**A NOVA LEI DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS:
DIREITOS HUMANOS DA VÍTIMA VS DIREITOS HUMANOS DO CRIMINOSO EM
CUMPRIMENTO A UM COMPROMISSO INTERNACIONAL**

***THE NEW HUMAN TRAFFICKING INTERNACIONAL LAW:
HUMAN RIGHTS OF THE VICTIM VS HUMAN RIGHTS OF THE CRIMINAL
FOLLOWING AN INTERNATIONAL COMMITMENT***

Bruno Magalhães¹

Rafaela Alban²

Resumo: O trabalho tem o objetivo de analisar a Lei n. 13.344, de 06 de outubro de 2016, que promoveu alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Estatuto do Estrangeiro, a fim de modificar o enfrentamento do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico interno em atendimento a um compromisso internacional assumido pelo Brasil com a assinatura da Convenção de Palermo. Deste modo, é verificado se a tutela nacional encontra-se em consonância com as expectativas internacionais, materializadas em tratados, e com os fundamentos e garantias do Direito penal brasileiro.

Palavras-chave: Lei n. 13.344/16 – Tráfico de Pessoas – Direito Penal – Direito Internacional.

Abstract: *This paper aims to analyze Brazilian Law n. 13.344, of October 6, 2016, which promoted changes in the Penal Code, Criminal Procedure Code and Foreign Statute, in order to modify the fight against human trafficking in the domestic legal order in compliance with an international commitment assumed by Brazil with the Signature of the Palermo Convention. Thereby, it is verified whether the Brazilian legal treatment of the matter is in accordance with the international expectations, embodied in treaties, and the foundations and guarantees of Brazilian criminal law.*

Keywords: *Law n. 13.344/16 - human trafficking - criminal law - international law.*

¹ Pós-Graduado em Direito do Estado e MBA Executivo em Direito Empresarial. Professor de Direito Internacional e Empresarial da UNINASSAU. Advogado e Administrador de Empresas. Diretor da ABA - Associação Brasileira de Advogados - SSA/BA. Consultor Jurídico do Instituto Innovare. Membro do Comitê Jurídico da AMCHAM - SSA/BA.

² Mestra e doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE). Pós-graduanda em Teoria do Delito pela Universidade de Salamanca (USAL). Possui Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela *Georg-August Universität Göttingen* e Aperfeiçoamento em Direito Penal Italiano pela *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*. Advogada Criminalista e Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal em cursos de graduação e pós-graduação no Estado da Bahia.

Sumário: INTRODUÇÃO - 1 EVOLUÇÃO DA TUTELA DO TRÁFICO DE PESSOAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PENAL BRASILEIRO - 2 AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.344/2016 - 2.1 OS TRÊS EIXOS DE TUTELA: PREVENÇÃO, REPRESSÃO E PROTEÇÃO DA VÍTIMA - 2.2 A AMPLIAÇÃO DA TUTELA PENAL EM CUMPRIMENTO À OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL - 2.3 A INSTITUIÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ESPECIAL NO PROCESSO PENAL - 3 UTILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE CRIME ORGANIZADO: DIREITOS HUMANOS DA VÍTIMA X DIREITOS HUMANOS DO CRIMINOSO - 3.1 MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA DA LEI 12.850/13 - 3.2 A PERSONIFICAÇÃO DA VÍTIMA E A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO INVESTIGADO: AVANÇOS E RETROCESSOS - CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A promulgação de uma nova lei sempre causa inquietudes aos estudiosos e aplicadores do direito, principalmente quando, além de promover alterações nos sistemas jurídicos internos vigentes, incorpora institutos e definições de interesse internacional.

A nova Lei n. 13.344/2016 dispõe, conforme esclarecido no seu preâmbulo, sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, demonstrando uma preocupação do legislador brasileiro com a tutela desta modalidade delitiva por meio do eixo preventivo, repressivo e de proteção à pessoa da vítima.

Apesar dos crimes de tráfico de pessoas não estarem incluídos no rol de competências do Tribunal Penal Internacional, como crimes tipicamente internacionais, não se pode desconsiderar o nítido interesse da ordem jurídica internacional na reprimenda desta modalidade delitiva e a consequente necessidade de compatibilizar as previsões normativas internas com os compromissos assumidos no cenário internacional.

Por isso, resta forçoso analisar a evolução da tutela do tráfico de pessoas no âmbito nacional e internacional, assim como as principais inovações da Lei n. 13.344/2016, com a finalidade de observar se a tutela nacional encontra-se em consonância com as expectativas internacionais, materializadas em tratados, e com os fundamentos e garantias do Direito penal brasileiro.

1 EVOLUÇÃO DA TUTELA DO TRÁFICO DE PESSOAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Preliminarmente, para entender melhor a sistemática do tráfico internacional de pessoas, é necessário partir de uma análise histórica que deu ensejo a uma gama de instrumentos normativos internacionais direcionados a combater essa modalidade de tráfico.

Esse contexto histórico remete ao período de escravatura, que, no Brasil, abarcou o momento colonial até o final do Império. Nesta época, a prática consistia no tráfico de seres humanos negros da África para diversos países do mundo, com o escopo de explorar mão de obra.

Em âmbito internacional, paralelamente ao escravismo no Brasil, o tráfico de mulheres para exploração sexual também era fator humanitário que merecia repressão. Sendo assim, em 1861, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda introduziu a Lei de Ofensa Contra Pessoas, aplicada sobre os crimes sexuais contra mulheres, além de fortalecer o combate à prostituição.

Mais adiante, nos remotos de 1885, o parlamento do Reino Unido promoveu uma alteração no Direito Penal, com o surgimento do instrumento normativo denominado *Criminal Law Amendment*, visando o efetivo combate ao tráfico de mulheres. A partir desse marco histórico, marcado pelos atos normativos aqui mencionados, é que o Direito Internacional começou a assumir o dever de combater o tráfico internacional de pessoas, seja para exploração da mão de obra ou para exploração sexual, passando a reunir as principais nações em prol da construção de tratados que regulamentassem essa conduta como um fato típico internacional.

Não obstante, em 1902, foi promulgada uma convenção para a repressão do tráfico de mulheres brancas - também chamada de Convenção Internacional de Paris -, formulada pela Conferência Internacional reunida em 15 de julho de 1902 e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no Governo de Getúlio Vargas, por meio do Decreto n. 1.312, de 28 de dezembro de 1904. Em decorrência dessa convenção, em 1910, surgiu no cenário internacional a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Escravas Brancas.

Seguindo a tendência evolutiva de combate ao tráfico de pessoas, em 1921, surgiu a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. No Brasil, no Governo do Presidente Juscelino Kubitschek, o marco foi a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Nova York, em 21 de março de 1950, assinada em 5 de outubro de 1951 e introduzida no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto 46.981, de 8 de outubro de 1959.

Mais adiante, em 15 de novembro de 2000, foi aprovado em Nova York 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. Este, porém, só entrou em vigor no cenário internacional em 29 de setembro de 2003.

No Brasil, no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por ter depositado o instrumento de ratificação junto à Secretaria Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004, foram promulgados dois atos normativos importantes para o combate ao tráfico de pessoas e ao crime organizado. O primeiro foi a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado, também conhecida como “Convenção de Palermo - Combate ao Crime Organizado Transnacional”, introduzida pelo Decreto 5.015, de 12 de março 2004. O segundo, por sua vez, foi 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, internalizado por meio do Decreto 5.017, de 12 de março de 2004.

Com os novos instrumentos, foi estabelecido um conceito de tráfico de pessoas em âmbito de Direito Internacional, mais precisamente no art. 3º da Convenção de Palermo:

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 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;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Foi com base exatamente nessa disposição normativa que o direito internacional passou a influenciar os ordenamentos jurídicos internos a construírem uma sistemática jurídica penal de combate ao tráfico de pessoas.

Logo, tanto no cenário internacional, como no cenário jurídico nacional, em regra, o tráfico internacional de pessoas se inicia com a conduta de recrutamento, transporte, transferência e

alojamento. Para tanto, utiliza-se como meios de execução a ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, abuso de autoridade, situação de vulnerabilidade ou consentimento da vítima em troca de bens e valores, dentre outros. O objetivo pode ser a exploração sexual, de mão de obra, de órgãos humanos, de drogas, assim como outras circunstâncias que tipificam a conduta delitiva transnacional ou nacional.

Ora, da simples análise do contexto histórico aqui delineado, verifica-se que a evolução da globalização desordenada e atrelada a discrepâncias econômicas e sociais entre os Estados-Países, somadas à falta de legislação uniforme capaz de coibir essa conduta criminosa, foram, ao longo dos anos, fatores determinantes para o crescimento do tráfico de pessoas.

No entanto, paralelamente à desordem sócio multicultural, a sociedade internacional, por meio dos organismos e organizações internacionais, passou a alinhar compromissos internacionais e transnacionais capazes de combater a pobreza, a falta de educação, de saúde básica, o desemprego, as diversas formas de discriminação, a indústria do sexo e a corrupção; no sentido de impedir que esses fatores também fossem contributos, tal como o crime organizado, das explorações criminosas, sobretudo do tráfico de pessoas, via de regra, mais vulneráveis.

Visando o alinhamento com os tratados internacionais dos quais é signatário, em especial com aqueles relacionados a direitos humanos e direitos fundamentais, e também com o objetivo de se manter adequado aos costumes das sociedades internacionais, é que o Brasil passou a movimentar significativas mudanças no seu ordenamento jurídico interno; até mesmo como forma de evolução e conformação ao mundo moderno e globalizado, que exige prevenção, repressão e reparação aos nacionais e estrangeiros, sejam estes residentes ou apenas turistas.

A partir de 2012, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adequar-se ao cenário internacional. Nesse âmbito, mesmo ante as carências ainda percebidas, a legislação passou a preencher deficiências normativas anteriormente existentes, como a conceituação de organização criminosa (Lei n. 12.850/2013), a atualização do crime de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/2012), a definição e repressão ao terrorismo (Lei n. 13.260/2016) e, mais recentemente, a intensificação do combate ao tráfico de pessoas (Lei n. 13.344/2016).

Verifica-se, portanto, que, embora já tivesse sido insculpido na Convenção de Palermo, desde 2004, o compromisso internacional de que “cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos”

como tráfico de pessoas no supramencionado artigo 3º, a efetivação do acordo apenas ocorreu recentemente, com a promulgação da nova Lei n. 13.344/2016.

Até a assinatura da Convenção de Palermo, apenas o tráfico de mulheres para exploração sexual era reprimido criminalmente no ordenamento brasileiro (antigo artigo 231 do Código Penal³). Em seguida, passou a ser tutelado o tráfico de pessoas, internacional e interno, por meio da edição da Lei n. 11.106/05, mas ainda sob a única forma de exploração sexual (alteração do artigo 231 e inclusão do 231-A do Código Penal). Apesar dos referidos dispositivos terem sofrido alterações de redação com a Lei n. 12.015/09, foi apenas em 2016, com a edição da Lei 13.344, que o tráfico de pessoas passou a possuir uma ampla tutela no sistema jurídico-penal brasileiro, em continuidade a uma política de maximização de tutela iniciada com a edição da Lei de Crime Organizado.

Todavia, é importante observar que a preocupação política é que o Brasil possa se enquadrar ao cenário internacional, com o objetivo de ser um Estado-País apto a combater condutas criminosas, bem como para, quem sabe num futuro próximo, poder assumir posições relevantes em órgãos de organismos e organizações internacionais, por exemplo, ser membro permanente do Conselho de Segurança da ONU – Organização das Nações Unidas, cuja função precípua é zelar pela paz e pela segurança pública internacional em todas as suas formas e vertentes.

Não se pode questionar a sempre necessária oxigenação do Direito, o adequado ajuste à realidade social, seja em âmbito internacional ou nacional. Por isso, aclama-se constantemente por uma produção ou adequação legislativa capaz de regular e atingir as condutas ilícitas nacionais ou internacionais, sobretudo ante a certa flexibilização do princípio da soberania dos Estados pelas novas relações internacionais e franco domínio do *Soft Law* nas sociedades das nações.

A preocupação, contudo, permanece sendo se o atendimento ao compromisso internacional também poderia ensejar numa flexibilização de garantias amparadas pelo Direito Constitucional brasileiro, já que tanto se critica a máxima maquiavélica de que “os fins justificam os meios”.

2 AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.344/2016

³ Tráfico de Mulheres. “Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão, de três a oito anos. § 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º, do art. 227: Pena – reclusão, de quatro a dez anos. § 2º. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de cinco a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A nova Lei n. 13.344/16, logo no seu artigo 1º, já deixa claro o seu amplo âmbito de incidência, ao estabelecer a sua aplicação para os fatos ocorridos dentro do território nacional contra nacional ou estrangeiro, bem como em âmbito internacional, na hipótese de vítima brasileira.

Nesse aspecto, a nova lei está em plena consonância com disposições previstas na Constituição Federal de 1988, cuja interpretação, conforme já pacificado, é no sentido de que o estrangeiro tem direito a boa parte das tutelas que o Estado brasileiro confere ao seu nacional, mormente sob o aspecto do vetor interpretativo e materializador de garantias fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o principal substrato da República Federativa do Brasil e também base axiológica e valorativa dos direitos humanos nacionais e internacionais.

Por isso, a Lei n. 13.344/16 promoveu diversas alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e no Estatuto do Estrangeiro, com o objetivo de cumprir o seu compromisso internacional, na linha dos tratados de Direitos Humanos firmados.

2.1 OS TRÊS EIXOS DE TUTELA: PREVENÇÃO, REPRESSÃO E PROTEÇÃO DA VÍTIMA

No mesmo sentido da Convenção de Palermo, a Lei n. 13.344/16 foi editada com três eixos de tutela: prevenção, repressão e proteção da vítima, numa estrutura legislativa que apenas tinha sido anteriormente observada na edição da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), que igualmente visou a atender um compromisso internacional.

Na esfera preventiva, o capítulo II da nova lei estabelece: I - a “implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos”; II – a realização de “campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens”; III – “incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil”; e IV – “incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas”.

Como se verifica, essa é uma previsão semelhante à estabelecida pela Lei n. 11.340/06, no seu artigo 8º, para a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher. Ocorre que, nada obstante os dez anos de vigência da Lei Maria da Penha, as políticas preventivas não foram efetivadas ou não surtiram os almejados efeitos, notadamente porque não foi percebida qualquer redução nos índices desta criminalidade, que recentemente ainda contou com nova medida

repressiva por meio da inclusão, no Código Penal, do chamado “feminicídio”. Ou seja, sinal de fracasso.

No âmbito repressivo, a Lei de Tráfico de Pessoas estabelece, no capítulo III, a necessidade de cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, de integração entre políticas e ações de repressão e de formação de equipes conjuntas de investigação, além de promover alterações no Código Penal para ampliação do alcance da tutela, como será tratado em tópico específico.

Outra novidade trazida pelo diploma normativo em estudo e que merece destaque é a alteração promovida nos Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), com a inclusão de novos dispositivos no título II, capítulo I e no título IV, capítulo III.

O art. 18-A, introduzido pela nova lei, está relacionado à admissão do estrangeiro pelo Brasil, excepcionando as hipóteses de permanência no território nacional por concessão de visto de permanência ou residência, previsto no art. 4º, IV, do Estatuto do Estrangeiro, àquelas pessoas vítimas do tráfico internacional de pessoas. Noutras palavras, a partir da vigência da nova lei, as vítimas de tráfico de pessoas, assim como seus familiares, não estarão sujeitas às condicionantes de situação migratória, além de serem isentas de qualquer taxa.

Ademais, o artigo 18-B atribui ao Ministro da Justiça a competência de prolar atos procedimentais de concessão da permanência ou residência às vítimas e familiares. Logo, notória é a discricionariedade da autoridade que, quando necessário ou se pleiteado, poderá estabelecer parâmetros oportunos e convenientes, porém legais, para conceder a permanência em território nacional, sem que seja necessário judicialização dessa medida.

O objetivo é, claramente, afastar as burocracias, na medida em que, segundo o artigo 42-A, também incluído pela *novatio legis*, “o estrangeiro estará em situação regular no País enquanto tramitar pedido de regularização migratória”, não podendo recair sobre ele, por exemplo, hipóteses de deportação.

O fundamento para a flexibilização procedimental pode ser a necessidade de garantir um mínimo de direitos para o estrangeiro. Isso porque, em que pese o Estado não ter a obrigação de admitir estrangeiros em seu território, uma vez admitidos, devem-lhes ser concedidos um mínimo de direitos. Isto é, uma posição de certa igualdade com os cidadãos, pelo menos no que tange à segurança de suas pessoas e propriedades, o que não significa que eles devam ter os mesmos

direitos dos cidadãos. Ou seja, o *status* jurídico concedido aos estrangeiros não pode ficar abaixo de certo *standard* mínimo de civilização⁴.

Aliás, vários são os instrumentos internacionais que garantem o *standard* mínimo e, até mesmo, o direito à igualdade entre nacionais e estrangeiros, dentre eles: a Declaração Universal de Direitos Humanos (já destacada acima); o Código de Bustamante (art. 1º); a Convenção de Havana sobre Direito dos Estrangeiros de 1928; Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e, obviamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por certo, cabe o cotejo entre os diplomas internacionais, o art. 5º, *caput*, da Constituição e o art. 3º do Código Civil, que garante a igualdade entre nacional e estrangeiros perante as leis, para constatar a sincronia entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional. Nesse aspecto, andou bem o legislador brasileiro, pois o novo diploma normativo representa a máxima principiológica da cooperação internacional, vertente das mais relevantes no Direito Internacional, que minimiza riscos de violação a valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, paz, vida e segurança pública, já que favorece a articulação entre os Estados-Países em prol de ações conjuntas.

Entretanto, prefere-se acreditar que o real fundamento para a flexibilização procedimental no Estatuto do Estrangeiro seria uma efetiva preocupação com a figura da vítima e a reconhecida necessidade de evitar vitimizações secundárias, pois, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da 13.344/16, “o enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a prevenção e a repressão desse delito, *bem como a atenção às suas vítimas*”.

Como cediço, com o recente destaque da vitimologia nos estudos criminológicos, notadamente após a divulgação do trabalho “*Der Täter und seine Opfer*”⁵ de Hans von Hentig, em 1949, passou a ser percebida uma preocupação internacional com a figura da vítima de um crime.

Constatou-se, assim, que a vítima estava sendo considerada como mero coadjuvante de um processo voltado simplesmente à imposição de uma pena ao criminoso. E, com isso, estavam sendo gerados dois danos à vítima: o dano de 1º grau (decorrente diretamente da conduta criminosa) e o dano de 2º grau (emanado das respostas formais ou informais obtidas; em grande parte do descaso da polícia e de constrangimentos judiciais).

⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: Parte Geral. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 101-102.

⁵ O criminoso e sua vítima (tradução livre).

As alternativas para minimização desses danos, obviamente, seriam: a criação de programa de acolhimento emergencial, a instalação de centros assistenciais, compensações financeiras e flexibilizações procedimentais, tal como pode ser visto, cada vez em maior medida, na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) e na recente Lei de Tráfico de Pessoas (Lei n. 13.344/16).

Destarte, sem dúvida, apesar de ser complicado acreditar no alcance da almejada finalidade preventiva, a nova lei representa um avanço: o legislador brasileiro cumpriu um compromisso internacional e está cada vez mais atento às vítimas dessa modalidade criminosa, buscando evitar novos danos.

2.2 A AMPLIAÇÃO DA TUTELA PENAL EM CUMPRIMENTO À OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL

Foi exatamente em decorrência da necessidade de cumprir o compromisso firmado na Convenção de Palermo que, na seara repressiva, foi efetuada a ampliação da tutela penal.

Como visto, mesmo ante as reformas promovidas pelas Leis n. 11.106/05 e 12.015/09, desde a assinatura do referido tratado internacional, a legislação brasileira apenas tutelava o tráfico de pessoas sob a forma de exploração sexual, tal como pode ser verificado nos antigos artigos 231 e 231-A do Código Penal.

Logo, considerando o compromisso internacional assumido e as lacunas legislativas no cenário nacional, outra solução não restava a não ser seguir o quanto preconizado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu art. 2º:

Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Na prática, isso implicava num trabalho de colmatação do ordenamento, com base nas técnicas de analogia, costumes e princípios gerais do direito, aplicadas sobre os artigos 148, 149, 158 e 159 do Código Penal, que muitas vezes esbarravam na restrição penal quanto à utilização de

analogia *malam partem*, tendo em vista que, em verdade, tais disposições estabelecem apenas os principais fatores e meios pelos quais o agente pratica o tráfico de pessoas.

Não obstante, para evitar questionamentos de legalidade, além de ter revogado os antigos artigos 231 e 231-A do Código Penal, a Lei n. 13.344/16 introduziu no Código Penal brasileiro a figura do artigo 149-A, que reúne as figuras dos dispositivos supramencionados em tipo penal único e específico com relação à tutela de tráfico de pessoas.

Assim dispõe o art. 149-A do Código Penal:

Tráfico de Pessoas

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; ou
- 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.

Verifica-se, portanto, que, a partir da Lei n. 13.344/16, o tráfico de pessoas, assim como preconizado pela Convenção de Palermo, abrange exploração sexual, trabalho forçado, escravatura ou práticas similares, servidão, remoção de órgãos e, até mesmo, a adoção ilegal, o que caracteriza não apenas uma *novatio legis in pejus*, mas uma *novatio legis incriminadora*, na medida em que os dispositivos do Código Penal, mesmo que submetidos à colmatação, não eram suficientes para tão ampla tutela.

2.3 A INSTITUIÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ESPECIAL NO PROCESSO PENAL

No Processo Penal, também foram procedidas significativas alterações. Além de ser prevista a possibilidade de adoção de medidas assecuratórias cautelares e de alienação antecipada

de bens para preservação do seu valor em face de riscos de deterioração ou depreciação (art. 8º), na forma já insculpida no Código de Processo Penal, foi facultada a criação de sistemas de informação.

Os sistemas de informação, que visam à coleta e gestão de dados que permitem a reprimenda do tráfico de pessoas, pautam-se num procedimento investigatório inaugurado pelo Direito Penal italiano, com vistas à reprimenda dos conhecidos crimes de máfia.

Nesse sentido, além da implementação de sistemas informáticos próprios, com compilação de dados e mecanismos cibernéticos que permitem um exame conjunto de informações correlatas, os membros do Ministério Público e Delegados de Polícia poderão requisitar, de qualquer órgão do poder público ou de iniciativa privada, o envio, no prazo de 24 horas, de dados e informações cadastrais das vítimas e suspeitos.

Isso permite, inclusive, o abastecimento dos dados desses sistemas de informações, a construção de uma rede investigativa e a sua utilização em outros casos futuramente investigados, como, aliás, há muito tempo já vem sendo procedido no ordenamento jurídico italiano, que possui inquestionável destaque no combate ao crime organizado.

Por isso, o novo art. 13-B do Código de Processo Penal, permite que os órgãos investigativos requisitem às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e telemáticos, mediante autorização judicial ou comunicação prévia no caso de inércia judicial, que disponibilizem imediatamente meios técnicos adequados para localização da vítima e suspeitos.

Entretanto, o que mais chama a atenção nas disposições processuais da Lei n. 13.344/16 é, sem dúvida, o artigo 9º, que permite a utilização subsidiária do disposto na Lei n. 12.850/13 aos casos de tráfico de pessoas.

3 UTILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE CRIME ORGANIZADO: DIREITOS HUMANOS DA VÍTIMA vs DIREITOS HUMANOS DO CRIMINOSO

Assim dispõe o art. 9º da Lei n. 13.344/16: “aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013”.

Como cedição, a aplicação subsidiária é um critério que permite, no âmbito interpretativo, a utilização de disposições normativas de uma lei em outra no caso de lacunas involuntárias, ou seja, quando esta for omissa e aquela compatível.

Logo, a interpretação literal do referido dispositivo, em conjunto com as regras do princípio aventado, permitiria a conclusão de que, salvo disposição em contrário, deverão ser utilizadas, no combate ao tráfico de pessoas, as regras procedimentais da Lei de Crime Organizado, inclusive no que diz respeito aos meios extraordinários de obtenção de provas.

3.1 MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA DA LEI 12.850/13

A Lei n. 12.850/13, em clara complementação ao rol de meios de provas e de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal, estabelece novos mecanismos para os casos de crimes organizados.

Nesse sentido, o art. 3º permite a utilização de: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

É verdade que a maioria desses meios extraordinários de obtenção de provas já era constantemente aplicada em decorrência de estipulações de legislações específicas, assim como de previsões da antiga Lei n. 9.034/95. Todavia, a Lei n. 12.850/13 gerou um desenfreado incremento na adoção das medidas.

Além de essa utilização ter que respeitar o seu caráter excepcional, as inúmeras falhas da antiga Lei n. 9.034/95 a tornaram de pouca valia. Isso porque, apesar de anunciar que o objetivo seria dispor “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, o legislador se olvidou de conceituar o que seria “organização criminosa” e de estipular um tipo penal específico; e, o pior, transformou o juiz num

legítimo inquisidor, figura absolutamente incompatível com o sistema acusatório, adotado pelo Código Penal brasileiro, que exorta a imparcialidade judicial.

No entanto, com a edição da Lei n. 12.850/13 e a maximização na utilização dos novos meios de obtenção de prova, muitos questionamentos passaram a ser levantados, notadamente porque a efetivação desses mecanismos - importados de legislações estrangeiras sem adequações culturais e normativas – passou a esbarrar na ausência de premissa, estrutura e/ou treinamento no âmbito nacional, o que, na maioria das vezes, culmina num “jeitinho brasileiro” atentatório a valores insculpidos na Constituição Federal.

Nesse diapasão, observa-se, especialmente na nunca esquecida Operação Lava Jato, a decretação (e divulgação) de interceptações telefônicas legalmente questionáveis, assim como a assinatura de termos de colaboração premiada contendo *acordos* relativos aos *inegociáveis* direitos fundamentais e matérias de ordem pública (p.ex. prescrição)⁶, para não mencionar as *intermináveis* prisões *provisórias*.

Obviamente, tratando-se de uma organização criminosa, ou seja, de uma associação de “pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas”, a utilização de novos mecanismos de obtenção de prova é essencial para viabilizar as investigações e, até mesmo, para permitir uma adequada compreensão da estrutura da rede criminosa.

A questão é que algumas indagações são necessárias: a) todos os casos de tráfico de pessoas são praticados por organizações criminosas e justificam a aplicação de mecanismos específicos de obtenção de prova?; b) a reconhecida deficiência do sistema jurídico brasileiro no combate a determinadas modalidades delitivas pode autorizar o afastamento de garantias fundamentais do suposto criminoso?; c) a flexibilização da soberania dos Estados-Países pelas novas relações internacionais e a necessidade de atender a compromissos internacionais pode implicar na flexibilização de garantias constitucionais internas? Esse é, de fato, um convite à reflexão.

3.2 A PERSONIFICAÇÃO DA VÍTIMA E A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO INVESTIGADO: AVANÇOS E RETROCESSOS

⁶ ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Espiñeira, Bruno; Caldeira, Felipe. (Org.). **Delação Premiada**: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 545-565.

Como analisado no tópico precedente, de uma forma pouco vista antes, a Lei n. 13.344/16 demonstrou uma efetiva preocupação com a figura da vítima de um crime, que, na grande maioria das vezes, sempre ocupou um papel secundário no processo de imputação penal.

De fato, nas ações penais públicas, que abarca quase a integralidade dos tipos penais, a condição do Ministério Público de titular da ação penal implica na inclusão da vítima no papel de mero ofendido, cuja função, salvo nos poucos casos de habilitação como assistente de acusação, se resume a prestar declarações perante o juízo, para as quais ainda será concedido valor probatório inferior à prova testemunhal.

São inúmeros os relatos de vítimas que se sentem esquecidas pelo processo penal ou, ainda pior, constrangidas pelo procedimento. A prática profissional revela que o processo se limita a lembrar da existência da vítima e de seus anseios no momento da coleta das suas declarações, que, em geral, ainda é procedida na presença, mediata ou imediata, do autor do fato, anos após a ação delituosa, trazendo uma lembrança conjunta: a vítima lembra-se dos sofrimentos decorrentes do fato criminoso e o autor do rosto da sua vítima, que já poderia ter sido esquecido. Isso gera um inquestionável sentimento de insatisfação e diversos pleitos no sentido do não processamento, o que se esbarra, incrivelmente, na natureza pública da maioria das ações penais, acompanhada da sua consequente obrigatoriedade e indisponibilidade.

Por essas e outras razões, a vitimologia - seja esta considerada ciência autônoma ou ramo da criminologia - passou a focar seus estudos na personalidade da vítima, assim como na sua proteção jurídica e social, nos meios de vitimização e na relação entre vítima e ofensor. Em linhas gerais, a vitimologia busca demonstrar que vítima e ofensor são igualmente importantes na compreensão do fenômeno crime, o que passou a gerar consideráveis impactos nas legislações internacionais.

Nota-se, com efeito, que a Lei n. 13.344/16 incorpora esse avanço científico, ao conceder à vítima um papel de protagonista, de pessoa de direito que deve ser ouvida e respeitada, que deve ser alvo de medidas minimizadoras de danos, assim como ter concedidas condições que reduzam os impactos da vitimização primária, é dizer, dos danos de primeiro grau já sofridos.

Aliás, ao transformar o dissenso em elemento do tipo penal do novo art. 149-A e permitir assim a exclusão da tipicidade da conduta nos casos em que o agente não agiu com violência ou fraude, reconhece-se, mais uma vez, a condição da vítima de sujeito de direitos. Assim, fixa-se a necessidade de análise do comportamento da vítima na suposta ação delituosa, já que, nos casos

das pessoas concordarem livre e espontaneamente com o seu tráfico, o consentimento válido⁷ do ofendido obstará a subsunção do fato ao tipo penal em apreço.

Por outro lado, ao passo em que se personifica a vítima, objetiva-se o ofensor. Em outras palavras, apesar de corretamente atribuir à vítima a sua condição de sujeito de direito, suprime-se direitos fundamentais do suposto ofensor, que, em agravamento a posturas anteriores, é tratado como um mero objeto sobre o qual recaem as imputações, especialmente em face da permissiva de utilização de medidas intrusivas e violatórias aos seus direitos fundamentais.

Assim, restam facilmente observáveis as incongruências do sistema e o falso moralismo. Tantas críticas são feitas à Günther Jakobs pela tese sobre Direito Penal do Inimigo, mas não se percebe que o seu fundamento-base é a aplicação desproporcional de penas e a supressão de garantias processuais para determinados grupos de pessoas caracterizados como verdadeiros “inimigos” da sociedade.

Isso é exatamente o que é feito pela Lei Antiterrorismo, pela Lei de Crime Organizado e agora pela Lei de Tráfico de Pessoas, principalmente ao autorizar a utilização de questionáveis meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/13, de forma indistinta e discricionária.

É importante perceber que, embora as técnicas extraordinárias de obtenção de provas apresentem-se como importantes para o combate da criminalidade moderna, de caráter mais organizado e sofisticado, muitas destas são mais intrusivas e, a depender da forma de sua utilização, atentatórias a direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

Por isso mesmo, a Lei n. 12.850/13, no seu art. 1º, apenas permite a sua incidência aos casos de organização criminosa e “infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”, o que sequer abarca todos os casos de tráfico de pessoas para justificar a previsão efetuada no art. 9º da Lei n. 13.344/16.

Portanto, utilizando uma interpretação sistemática, é possível afirmar que a utilização destes meios deve ser excepcional, devendo ocorrer apenas em casos previstos em lei e expressamente necessários. Sempre da forma menos intrusiva e menos atentatória aos direitos e garantias fundamentais, insculpidos na Constituição Federal brasileira, que não pode ser olvida para o atendimento desmedido de um compromisso internacional.

⁷ Logicamente, na forma das restrições atinentes ao instituto do consentimento do ofendido, a aquiescência não poderá ser considerada válida quando emitida por menor de 18 anos, doente mental e não for livre de vícios ou coação.

CONCLUSÃO

Em momento conclusivo cabe convocar o leitor ao exercício de profunda reflexão sobre os temas aqui tratados, sobretudo quanto à necessária oxigenação do Direito, seja em caráter nacionalista ou internacionalista, para o adequado ajuste à realidade social.

Dessa oxigenação, poder-se-ia extrair a flexibilização do princípio da soberania dos Estados em face das relações internacionais modernas, sobretudo pautadas pelo costume, que consiste numa das principais fontes do Direito Internacional e vetor da sociedade das nações. Porém, toda flexibilização de soberania deve ser procedida sem violar as garantias fundamentais amparadas pelo Direito Constitucional brasileiro.

Ora, tais reflexões certamente levarão ao arremate de que a *novatio legis* sob análise é um importante elo entre os Pactos Internacionais e a Constituição Federal de 1988, inclusive se interpretada sob o aspecto de ser instrumento legal garantidor de direitos fundamentais das vítimas de tráfico de pessoas.

Notório é que, por meio dos diversos diplomas normativos surgidos desde 2012, o legislador brasileiro cumpriu compromissos internacionais, além de estar cada vez mais atento às questões relacionadas ao Direito Penal Internacional, suas novas formas de vitimização e ao crime organizado em todas as suas vertentes.

Portanto, em dedução sistêmica e evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro face à sociedade das nações, é possível afirmar que a adoção de mecanismos legais, cujo alcance e regulação transita entre fatos internos e alienígenas, é de suma importância. Além de combater novas formas atentatórias aos direitos e garantias fundamentais de cada ser humano, insere o Brasil no cenário internacional como um País capacitado a prevenir, reprimir e proteger as pessoas sob sua tutela, independentemente da origem.

Entretanto, ainda é necessária uma uniformização do discurso, pois a edição da Lei n. 13.344/16 faz retomar uma reflexão iniciada com a edição da Lei de Crime Organizado em 2012 e reforçada com a Lei de Terrorismo, em março de 2016: o novo rigor de tutela e supressão de garantias fundamentais em determinadas modalidades delitivas não estaria inaugurando uma repartição, na linha apresentada por Jakobs, entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo? Acredita-se que sim, e de forma “mascarada” pelo falso moralismo e pelas vestes do garantismo, mais uma vez esquecido.

REFERÊNCIAS

- ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Espiñeira, Bruno; Caldeira, Felipe. (Org.). **Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 545-565.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BERISTAIN, Antonio. *Derecho penal, criminología y victimología*. Curitiba: Jarua, 2007.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luis Flavio. **Criminologia**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GIL GIL, Alicia; MACULAN, Elena (dir). *Derecho Penal internacional*. Madrid: Dykinson, 2016.
- GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 8.ed. São Paulo: RT, 2014.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Nova Lei de Organização Criminosa: Lei nº. 12.850/2013*. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9434/a_nova_lei_de_organizacao_criminosa_lei_n_12_8502013 >. Acesso em: 16 mar. 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de Direito Internacional e Comunitário**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Recebido em: março de 2017

Aprovado em: abril de 2017

Bruno Magalhães: brunomagalhaescosta@gmail.com

Rafaela Alban: rafaela_alban@yahoo.com.br