

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RAFAELA ALVES JULIO MOREIRA

**ALMAS ROUBADAS – TRÁFICO DE SERES HUMANOS PARA FINS SEXUAIS E
O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE**

**CURITIBA
2015**

RAFAELA ALVES JULIO MOREIRA

**ALMAS ROUBADAS – TRÁFICO DE SERES HUMANOS PARA FINS SEXUAIS E
O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Marcelo Gobbo Dalla Dea

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA ALVES JULIO MOREIRA

ALMAS ROUBADAS – TRÁFICO DE SERES HUMANOS PARA FINS SEXUAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

Às pessoas que moldaram meu caráter, Lucimar Afonso Moreira e Sandra Maria Alves Julio Moreira, por todo amor, carinho e incentivo nos meus estudos.

Ao meu eterno companheiro, Caio Afonso Julio Moreira. Agradeço por estar sempre ao meu lado. Estarei sempre na torcida pela sua felicidade.

AGRADECIMENTOS

Nesta caminhada agradeço àqueles que estiveram ao meu lado.

Primeiramente, minha eterna gratidão a Deus pelo dom da vida eterna.

Aos meus familiares, com quem tenho o privilégio de fazer parte de uma linda família, meus eternos agradecimentos.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Marcelo Gobbo Dalla Dea, por quem sustento grande admiração, pelo empenho dedicado no auxílio para a concretização deste trabalho. Mestre indescritível.

Agradeço à Doutora Aline Koentopp pelo exemplo, ensino e pelo amor que tem demonstrado pela Magistratura.

Agradeço à Loiana, amiga e companheira de trabalho, por quem sinto um enorme carinho e uma enorme admiração.

Nas pessoas de Tallyta, Davi, Evelyn, Gabriel, Ester, Lucas, Guilherme, Thais, agradeço a todos os meus amigos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE	9
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS – EXCESSO X DESCASO.....	11
2.2 DEVER DE PROTEÇÃO.....	14
2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NO DIREITO PENAL.....	17
3 TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL	19
3.1 ANÁLISE HISTÓRICA.....	20
3.2 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS.....	24
3.3 LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	26
3.4 ANÁLISE DO ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL.....	28
3.4.1 Sujeito Ativo.....	28
3.4.2 Sujeito Passivo.....	29
3.4.3 Elementos Objetivos.....	32
3.4.3.1 Verbos nucleares.....	32
3.4.3.2 Modalidades equiparadas.....	33
3.4.3.3 Critério territorial.....	34
3.4.3.4 Qualificadora – violência, grave ameaça ou fraude.....	35
3.4.3.5 Finalidade de obtenção de vantagem econômica.....	35
3.4.4 Elemento subjetivo.....	36
4 BEM JURÍDICO TUTELADO NA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL	36

4.1 BEM JURÍDICO-PENAL.....	37
4.1.1 Evolução da Concepção.....	37
4.1.2 Concepção de Bem Jurídico.....	40
4.1.3 Bem Jurídico-penal Adotado no Artigo 231 do Código Penal.....	45
4.1.3.1 Costumes ou dignidade sexual?.....	47
5 DESCONSIDERAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: ACERTO OU PATERNALISMO?.....	53
5.1 DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	54
5.1.1 Conceito.....	54
5.1.2 Requisitos.....	55
5.1.3 Natureza do Bem.....	55
5.1.4 Capacidade do Ofendido.....	58
5.1.5 Forma.....	60
5.1.6 Tempo.....	60
5.1.7 Vícios de Vontade.....	61
5.2 CONSENTIMENTO E O ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL.....	62
6 CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

RESUMO

O objetivo central do presente trabalho é analisar a efetividade da tipificação do crime de tráfico internacional de seres humanos com finalidade de prostituição ou exploração sexual, sob o olhar dos direitos fundamentais. O presente tema é polêmico pelo fato da desconsideração do consentimento da vítima, o que acaba por conflitar com ditames constitucionais. Em um primeiro momento, analisar-se-á aspectos do Princípio da Proporcionalidade, princípio norteador do Direito Penal, que por sua vez divide-se na proibição de excesso e de proteção deficiente, sendo esse último objeto de maior análise. Dessa forma, obter-se-á a base para o estudo da adequada proteção do bem jurídico “dignidade sexual” pelo Ordenamento Jurídico, precisamente pelo artigo 231 do Código Penal, no qual é tipificado o crime objeto do estudo. Partindo da especificação dos pontos importantes pertinentes ao crime, focar-se-á então na análise do bem jurídico penal adotado pelo legislador infraconstitucional para então, amparado com bases sólidas, analisar o consentimento e sua respectiva desconsideração.

Palavras-chave: Tráfico internacional de seres humanos, prostituição, exploração sexual, princípio da proibição de proteção deficiente, bem jurídico penal, consentimento.

1 INTRODUÇÃO

Ultrapassado o período em que o comércio de pessoas era considerado pelos colonizadores como normal e adequado, verifica-se que não são raros os momentos em que uma pessoa é comercializada. Isso porque o tráfico internacional de pessoas tem expandido seu horizonte, apresentando-se como um evento multifacetário, cujos objetivos exteriorizam-se no trabalho escravo e extração de órgãos, por exemplo.

Não há que se negar que o tráfico de pessoas cada dia mais se apresenta como um fator que contribui para a redução da dignidade humana, pelo fato de que retira toda a capacidade de autodeterminação do indivíduo que está sob o poder dos seus traficantes.

A crescente preocupação com o vilipêndio do valor primordial que é a dignidade humana, expressada pela Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, vem ingressando no cotidiano jurídico, o que contribui para a realização de preciosos estudos acerca do crime de tráfico de seres humanos, cooperando para uma melhor abrangência e proteção da vítima. Realidade essa que não se verifica só internamente, mas também em âmbito internacional.

Todavia, percebe-se que o tratamento internacional do tráfico de pessoas está a um passo à frente do tratamento concedido pelo nosso Ordenamento. Fato é que, ao contrário do Protocolo de Palermo, não há tipificação de outras modalidades de tráfico internacional de pessoas que não seja para fins sexuais em nosso Ordenamento Jurídico. Cabe ressaltar, no entanto, que não serão objetos desse estudo as outras modalidades de tráfico internacional, que não seja aquela que tenha por finalidade a prostituição ou exploração sexual.

Isso porque, em que pese não haver omissão quanto a esse desígnio, o consentimento da “vítima” não foi amparado pelo legislador infraconstitucional.

Dessa forma, e tendo em vista que cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, o objetivo do presente estudo revela-se na seguinte pergunta: O Estado protege o indivíduo com a aplicação das leis vigentes no tocante ao crime de tráfico internacional de seres humanos para finalidade de prostituição e exploração sexual?

A resposta ao referido questionamento será obtida através do estudo de institutos caros ao Direito Penal, como são os bens jurídicos e o consentimento da vítima. Todavia, não há que se deixar de lado o estudo de princípios aplicáveis ao Direito Penal, como a Proibição de Proteção Deficiente.

Portanto, tendo por base referida explanação, passar-se-á à investigação da nossa resposta.

2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Não é tarefa simples a identificação da conceituação do princípio da proibição de proteção deficiente. Isso porque para sua definição se faz necessária a reflexão de desdobramentos do dever estatal que consiste na proteção de direitos fundamentais.

Em uma primeira análise, faz-se necessária a menção de que o princípio da proibição de proteção deficiente integra o princípio da proporcionalidade, e acaba por conceder uma perspectiva positiva de proteção¹ em contraposição ao princípio

¹ Reconhecimento que não se deu apenas no ordenamento jurídico brasileiro, como se vislumbra da decisão do Tribunal Constitucional Alemão: “A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana. A vida na fase intra-uterina também faz parte da vida humana. Também a ela cabe a proteção do Estado. A Constituição não só proíbe intervenções estatais diretas na vida intra-uterina, mas determina que o Estado tenha uma postura de proteção e de incentivo perante essa vida, ou seja, sobretudo, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros [...]. Esse dever de tutela tem seu fundamento no Art. 1 I GC, que expressamente obriga o Estado a observar e a proteger a dignidade humana [...] O dever de tutela em face da vida intra-uterina é relativo a cada vida, não somente à vida humana em geral. Seu cumprimento é condição fundamental para o convívio ordenado no Estado. Tal cumprimento cabe a todo poder estatal (Art. 1 I 2GG), isto é, ao Estado em todas as suas funções, também e justamente ao Poder Legislativo. O dever de tutela refere-se principalmente a iminentes perigos oriundos de terceiros. Ele abrange medidas de proteção com o objetivo de se evitar situações emergenciais como consequência de uma gravidez, ou de saná-las, assim como também exigências comportamentais legais; ambas se complementam. O Estado estabelece exigências comportamentais para a proteção da vida intrauterina na medida em que ele expressa, por lei, ordens e proibições estabelecendo obrigações de fazer e não fazer. Isso vale igualmente para a proteção do nascituro em relação à sua mãe, não obstante a ligação que existe entre ambos e que leva, entre a mãe e seu filho, a uma relação de ‘dualidade na unidade’. Uma tal proteção somente é possível se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até o seu nascimento. A proibição fundamental de interrupção da gestação e o dever fundamental de prosseguir a gestação até o nascimento do filho, são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente. Não menos obrigatória é a proteção contra influências oriundas de terceiros – não por último dos círculos familiar e social da mulher gestante. Tais influências podem ser diretamente dirigidas ao nascituro, mas também, indiretamente, quando à mulher gestante se nega a devida ajuda, quando se lhe inflige, por causa da gravidez, uma situação de desconforto psicológico, ou até mesmo quando se exerce pressão para que ela interrompa a gravidez. Tais ordens comportamentais não podem ser limitadas a

da proibição de excesso, que, por sua vez, confere um viés negativo de limitação estatal.

Nesse capítulo, dar-se-á maior importância à análise do princípio da proibição de proteção deficiente, todavia não se quer aqui retirar o valor que o princípio da proporcionalidade, sob o viés negativo, possui em nosso Ordenamento Jurídico.

conclamações dirigidas à voluntariedade, devendo ser [pelo contrário] configuradas como mandamentos jurídicos. Estes precisam ser vinculantes e positivados com conseqüências jurídicas, consoante a peculiaridade do direito como um ordenamento normativo, que faz referência e objetiva a vigência no plano fático. Nesse contexto, a cominação de pena não é a única sanção possível. No entanto, ela pode fazer, de maneira especialmente duradoura, com que os submetidos ao ordenamento observem e cumpram os mandamentos legais. Os mandamentos comportamentais legais devem promover a proteção em duas direções. De um lado, eles devem se desenvolver em efeitos de proteção preventivos e repressivos no caso particular, quando a violação do bem jurídico a ser protegido for iminente ou já se consumou. Por outro lado, eles devem fortalecer e apoiar, no povo, uma mentalidade viva de valores e concepções sobre o que seja o direito e o não-direito (*Unrecht*), formando por sua vez uma consciência jurídica [...] para que, com base em uma tal orientação normativa do comportamento, a violação de um bem jurídico não possa já de antemão ser cogitada.

b) A proteção da vida não é ordenada de forma absoluta de tal sorte que ela gozaria de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção; isso já mostra o Art. 2 II 3 GG. Por outro lado, o dever de tutela não restará atendido quando houverem sido, em geral, tomadas medidas de proteção de qualquer natureza. Seu alcance deve ser determinado, ao contrário, tendo em vista o significado e a necessidade de proteção do bem jurídico a ser protegido – no presente caso, a vida humana em sua fase intra-uterina - por um lado e os bens jurídicos que com ele colidem, por outro [...]. Enquanto bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro - partindo-se da pretensão da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta sobretudo o seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), assim como o seu direito de personalidade (Art. 2 I GG). É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...]. A medida de proteção ordenada constitucionalmente segundo o supra verificado independe do tempo de gestação. A *Grundgesetz* não contém escalonamentos do direito à vida e de sua proteção em face da vida intra-uterina, a serem fixados de acordo com determinados prazos e seguindo o processo de desenvolvimento da gravidez. Por isso, o ordenamento jurídico deve garantir esta medida de proteção também na fase inicial de uma gravidez. Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas. Do rol de tais exigências mínimas faz parte enxergar o aborto por princípio como não-direito durante toda a gravidez e, conseqüentemente, proibi-lo na forma da lei [...]. Caso não exista uma tal proibição, estar-se-ia transferindo a disposição sobre o direito à vida do nascituro, ainda que por um período limitado, à livre decisão de terceiro, mesmo que esse terceiro seja a própria mãe; isso significaria que a proteção jurídica dessa vida, no sentido das exigências comportamentais supra mencionadas, não restaria mais garantida. Uma tal desistência da proteção da vida intrauterina também não pode ser exigida sob a alegação de que a dignidade humana da mulher e sua capacidade de tomar uma decisão responsável estaria em jogo. A proteção constitucional requer que o próprio direito determine normativamente a abrangência e os limites da atuação permitida de um sobre o outro, não o transferindo ao bel prazer de um dos envolvidos.” In: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquênta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006. p. 278-280. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/13.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS – EXCESSO X DESCASO

Em um Estado Democrático de Direito², percebe-se a conscientização do dever de proteção dos direitos fundamentais, traduzidos na Constituição Federal. Dever esse revelado não só pela indicação dos direitos, mas também por princípios trazidos pela Magna Carta que limitam o poder estatal de intervenção. Ora, o tratamento concedido aos direitos fundamentais pela Constituição enseja no reconhecimento da obrigatória observação dos moldes constitucionais (tanto os formais quanto os materiais) pelo próprio Estado que, ao realizar as atribuições que lhe competem, não pode deixar de auferir a importância dos direitos fundamentais consagrados pelo Ordenamento Jurídico.

Sob essa realidade, vislumbra-se que, implicitamente, a Constituição Federal indicou o princípio da proporcionalidade como objeto de obrigatória observação.³ Fato é que o reconhecimento de que deve haver proporcionalidade entre os interventos na seara da liberdade individual e a proteção do interesse público⁴ advém da consideração de que aos direitos fundamentais foram concedidas duas extensões. A extensão negativa reduz o campo da arbitrariedade estatal ao ponto de evitar intromissões indevidas por parte do Poder Público. Na contramão, os direitos fundamentais, em sua extensão positiva, clamam pela proteção, admitindo uma

² Sobre o Estado Democrático de Direito ensina José Afonso da Silva: “Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.” In: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 125.

³ Mariângela Gama de Magalhães Gomes, ao expor seu entendimento, orienta-nos acerca da importância concedida ao princípio da proporcionalidade: “Então, apresenta-se como primordial para que o sistema de tutelas penais esteja sempre orientado com vistas à proteção de bens jurídicos – sem que isso signifique abrir mão de zelar, também pela liberdade individual dos cidadãos -, que a eleição das condutas a serem incriminadas siga uma ponderação de todos os interesses afetados pela referida escolha. Para esta tarefa, portanto, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como importante diretriz a fim de que o legislador desempenhe seu papel constitucional de determinar, no plano abstrato, quais bens, sob quais formas de agressão e em que medida, merecem ser protegidos criminalmente.” In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

⁴ Nesse sentido ensina Marcus Alan de Melo Gomes: “[...] é forçoso reconhecer que o emprego do termo excesso significa que a violação da proporcionalidade na ordem jurídica alemã não se caracteriza apenas com a prática de atos que afrontem direitos ou liberdades fundamentais, mas sim com qualquer atividade do Estado – sobretudo no que concerne à elaboração de leis – que exceda da autorização constitucional, ou seja, que vá além daquilo que a Constituição permite.” In: GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 149.

atuação positiva, seja aqui repressiva ou preventiva, a fim de repelir agressão de outros particulares.

Diante disso, coube ao princípio da proporcionalidade a identificação da necessidade de observação dessa via de mão dupla acima identificada, exteriorizando a necessária limitação do poderio estatal, que deverá ser obtida através do balanceamento com o escopo protetivo dos direitos fundamentais. Essa garantia pode traduzir-se na afirmação a seguir: trata-se de princípio consagrado cuja importância consiste em impedir o excesso e evitar o descaso.

No que consiste ao Direito Penal, verifica-se que o cuidado do legislador constituinte, ao estabelecer o princípio da proporcionalidade, não enfatizou apenas a integridade dos direitos fundamentais, consistente no impedimento de que haja lesão ou perigo de lesão a um direito fundamental causado por um indivíduo, mas também abarcou a necessidade de observância dos direitos fundamentais do agente do ato ilícito.⁵ Isso ensejou no reconhecimento da impossibilidade de interferência estatal abusiva ou desnecessária na esfera individual. Tal raciocínio pode ser extraído do próprio comando constitucional quando aponta, por exemplo, a vedação da prática de tortura⁶. Está a revelar, mesmo que implicitamente, a impossibilidade da aplicação de conduta desumana na aplicação da pena. Somada à vedação de tortura, encontra-se a proibição de pena de morte, trabalhos forçados e banimento.⁷

⁵ Percepção essa que se extrai do seguinte pensamento: “Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado de violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.” In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidade da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/11711/11776/11bae?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. In: BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁷ Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. In: BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 19 out. 2015.

Todavia, a percepção de proporcionalidade na esfera penal não é uma noção recente. Isso porque se percebe da leitura da Lei de Talião⁸ que já havia um critério na escolha das sanções para os delitos. Tendo como escopo apenas a retribuição da pena, a adequação sancionatória era estabelecida através do resultado naturalístico do crime praticado, instituindo um critério de rigorosa reciprocidade entre o crime e a sanção, como se vê, por exemplo, no crime de homicídio em que a pena estabelecida era a morte.

Ora, é nítida a percepção de que o nosso modelo penal difere-se do modelo de proporcionalidade adotado pela Lei de Talião, visto que as sanções impostas em nosso ordenamento jurídico resumem-se em privativa de liberdade, restritiva de direito e multa. Referida diferença se deu em razão da adoção de postulados que reconheciam o direito daqueles que eram destinatários da lei penal, o que implicou no afastamento da imposição de penas desumanas.⁹

Sem retirar a importância devida do princípio da proporcionalidade vislumbrado sob o viés negativo (proibição de excesso), tem-se que, em suma, esse consiste na limitação do poder punitivo estatal que deve se abster de tipificar condutas que não ensejam na lesão do bem jurídico bem como de que, ao tutelar, deve também observar o direito fundamental do violador da lei.

Assim sendo, passar-se-á ao estudo do princípio da proporcionalidade sob o viés positivo.

⁸ Na qual se estabelece a conhecida expressão “Olho por olho. Dente por dente”. In: DUARTE, Melina. A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel. **Revista Estudos Hegelianos**, ano 6, n.10, p. 75, junho, 2009. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁹ Imperiosa aqui a contribuição de Beccaria considerada como referência para a concepção da proporcionalidade como entendemos hoje, conforme se depreende do trecho de sua obra: “As verdades até aqui expostas demonstram à evidência que o fim das penas não pode ser atormentar um ser sensível, nem fazer que um crime não cometido seja cometido. Como pode um corpo político, que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente como pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento de furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida? Não. Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado” In: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 49.

2.2 DEVER DE PROTEÇÃO

Tem-se que por muito tempo o princípio da proporcionalidade foi apenas considerado sob o viés negativo, implicando no reconhecimento de limite máximo à punição e intervenção estatal. A máxima da proporcionalidade reconhecia apenas que ao Estado era proibida a interferência abusiva no âmbito individual, o que por si só impedia que houvesse ingerência estatal nos direitos individuais.

Tardamente, porém, houve a identificação que o princípio não se esgotava apenas em reconhecer o Estado como agressor, mas sim que ele é necessário para a manutenção da convivência, com confirmação de que o ente estatal poderia prover a preservação dos direitos dos indivíduos.¹⁰

Sob essa realidade¹¹, da leitura do texto constitucional, vislumbra-se que o legislador constituinte estabeleceu diretrizes ao Estado para que esse cumpra sua função precípua de proteção ao indivíduo e da convivência em sociedade. Dentre as diretrizes encontram-se os direitos fundamentais, que demonstram não só os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também o dever que o Estado possui na preservação dos mesmos. Observa-se que o dever de proteção estatal consiste no esgotamento de esforços com o objetivo de estabelecer o aparato necessário para a realização dos direitos fundamentais. Isso porque não é estranho admitir que o Estado é destinatário das normas constitucionais¹².

¹⁰ Todavia, a percepção do princípio da proporcionalidade sob o viés positivo contou com opositores, dentre os quais se encontra Marcus Gomes, que assegura: “No Estado Democrático de Direito, ademais, há que se ter em conta que o princípio da proporcionalidade, como máxima constitucional – explícita ou implícita, pouco importa – deve revestir-se de um sentido garantista. Assim, pode-se afirmar que a proporcionalidade serve para estabelecer limites máximos de punição, mas não limites mínimos irreduzíveis.” In: GOMES, M. A. **Princípio**, 2008, p. 195.

¹¹ “De um lado, possuindo o monopólio da força legítima, o Estado é considerado um inimigo em potencial dos direitos fundamentais [...]. Por outro lado, devendo sua existência ao fato de que a vida, a liberdade e a propriedade são constantemente ameaçadas e devem ser asseguradas por uma autoridade pública poderosa, o Estado é o amigo dos direitos fundamentais.” In: GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160.

¹² No que pertine à destinação do dever de proteção, Mijail Mendonza Escante traz a baila seu entendimento: “*Los poderes públicos, en general, tienen un deber de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos jurisdiccionales y órganos administrativos, dicha función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano jurisdiccional o administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos*”

Ora, a Constituição Federal pode ser reconhecida como carta que regula a atuação estatal. Desse modo, reconhece-se que, à medida que o Estado é destinatário das normas constitucionais, o é também dos direitos fundamentais. De nada teria efeito se o Estado não observasse os direitos fundamentais sob o viés protetivo, uma vez que ensejaria na possibilidade de constantes violações aos direitos sem que houvesse qualquer consequência jurídica para o violador, haja vista que a criação do Estado deu-se justamente para evitar que indivíduos fizessem justiça com as próprias mãos.¹³

Ademais, vislumbra-se que o dever de proteção é um dever por assim dizer genérico. Isso porque seu reconhecimento independe de qualquer veiculação ao caso concreto. Pelo simples fato da existência de direitos fundamentais, é exigido do Estado que ele adote uma postura que garanta o amparo dos direitos.

No dever de proteção, deve ser observada a natureza do direito fundamental. Fato é que existem direitos revestidos de fundamentalidade que demonstram a necessidade de uma conduta abstensiva por parte do Estado, consistente na ausência de interferência (como exemplo, a liberdade). Por outro lado, outros necessitam de uma conduta ativa estatal, consistente em prestação material que possibilite a efetividade do exercício do direito por seu titular.

Em contrapartida, lança-se mão do imperativo de tutela quando há necessidade de aprofundamento da análise ao caso concreto, verificando a

*del propio Estado o de particulares, él habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano jurisdiccional o administrativo tiene lugar aquí, no como consecuencia de una acción, sino de la 'omisión' de una actuación positiva. Los derechos constitucionales detentan una doble naturaleza, por un lado, constituyen derechos subjetivos de la persona y, por otro, representan principios objetivos del ordenamiento que vinculan todo acto del Poder Público. De esta faz objetiva de los derechos constitucionales se deriva la existencia de tal 'deber de protección' del Estado. Es decir, en tanto los derechos como principios objetivos vinculan todo los actos del Estado, significa ello que la legislación, la administración y los jueces deben otorgar dicha protección a los derechos constitucionales, en el ejercicio de sus respectivas funciones. En consecuencia, si en el ejercicio de sus respectivas funciones, el legislador, la administración o el juez, han omitido el cumplimiento de este "deber de protección", constituye ello en sí mismo una lesión o afectación de los derechos constitucionales." In: ESCANTE, Mijail Mendonza. **Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales**. p. 10. Disponível em: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf>>.*

Acesso em: 20 out. 2015.

¹³ Nesse sentido, Busato afirma: "A atuação daquele que comete um delito é apontada pelo Estado como intolerável para a boa condução do controle social. Permitir a conduta criminosa significa ceder passo a essa forma de manifestação com a consequente perda de controle. De outro lado, é também intolerável que a vítima siga perseguindo sua satisfação pessoal, enquanto vítima, uma vez que tenha escolhido o Estado para o cumprimento de uma tal função. Permitir à vítima uma reação pessoal ao delito significa também a perda do controle social, inadmissível para o Estado." In: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 809.

plausibilidade da intervenção estatal. Para esse conceito não é suficiente apenas o direito, mas a circunstância de fato. Em outras palavras, o imperativo de tutela revela-se pela demonstração nas circunstâncias fáticas da necessidade da intervenção estatal com o intuito de resguardar o bem jurídico exposto pelo direito fundamental. E mais, ele não se encerra na análise da utilidade da intervenção estatal, mas amplia o estudo acerca do modo pelo qual o Estado deverá agir.¹⁴

Nesse ponto, ressalta-se que o reconhecimento do dever de proteção – genérico – e o imperativo de tutela consistem na efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que revelam a vinculação estatal ao caráter protetivo.

A conclusão que se pode extrair é de que é do Estado que o indivíduo deve cobrar proteção caso tenha seu direito fundamental exposto a perigo por ação de terceiro. Ora, não é incoerente admitir que o Estado não deve proporcionar meios de proteção deficientes. Isso porque estará retirando a própria razão de ser, pelo fato de que sua destinação se deu a partir da salvaguarda da utilização dos direitos

¹⁴ “A saúde, a vida e a segurança, referidas no *caput* do artigo 6º, e a vida, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, são direitos fundamentais. Da simples existência desses direitos no ordenamento jurídico constitucional decorre o dever de proteção que recai sobre o Estado. Pois bem, na condição de destinatário dos direitos fundamentais, o Estado, diante de situações de fato existentes no cotidiano social, deve verificar se para desincumbir-se do dever de proteção é preciso agir, ou seja, se o contexto fático faz surgir um imperativo de tutela. Retornando ao exemplo proposto com os direitos à saúde, vida e segurança, tomem-se os grandes eventos de confraternização, esportivos ou culturais, em que há grande aglomeração de pessoas, por vezes, em espaços fechados. O Estado-Legislator levará em consideração as peculiaridades que cercam tais eventos e verificará se sua existência gera risco potencial aos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais já mencionados, quais sejam, a vida, a saúde e a segurança. Ora, a conclusão não pode ser outra senão a de que, com a promoção de eventos de grande porte, por vezes em locais fechados, há, sim, um risco potencial para a vida e a saúde, além de, certamente, para a segurança daqueles que frequentarem essas festividades. Surge, então, o imperativo de tutela.” In: VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Proibição da proteção deficiente**: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Teorias da Justiça) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2014. p. 7. Disponível em: <http://uenp.edu.br/index.php/doc-proaf/doc_view/5187-alexandre-moreira-van-der-broocke>. Acesso em: 20 out. 2015. Ainda, no sentido da complexidade que envolve o princípio da proibição à proteção deficiente, Feldens preconiza que: “Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente. Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a fundação de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o ‘se’ e o ‘como’ da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.)” In: FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 90-91.

individuais e sociais (pelos seus titulares), conforme expressamente indicado no Preâmbulo da Constituição Federal.¹⁵

Nessa lógica, observa-se que o princípio da proibição à proteção deficiente é vinculado estritamente ao Estado¹⁶, observando o limite da repartição de poderes. Assim sendo, não é exigido do magistrado que ele observe a necessidade de produção de lei que não seja deficiente, mas ele deve sim observar o princípio a partir da análise do caso concreto que estiver sob sua jurisdição. Todavia, exigência essa que não se verifica no caso da atividade legiferante, que por sua vez deve atentar sim a necessidade da suficiência de lei que reconheça e seja apta à responsabilização do infrator da lei¹⁷.

2.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NO DIREITO PENAL

Tem-se que o Direito Penal consiste em um agrupamento de normas¹⁸ que delineiam comportamentos considerados como intoleráveis pela sociedade e reconhecidos pelo legislador infraconstitucional (através da adoção de bem jurídico penal, o qual será objeto de estudo oportunamente).¹⁹

Utópica seria a consideração de que cabe ao Estado apenas o exercício de um dever de proteção positivo, consistente, por exemplo, na edição de leis que

¹⁵ BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁶ Sobre o dever de proteção suficiente, argumenta Feldens: “A questão novamente passa por compreender a relação que se trava entre Estado e direitos fundamentais no marco do modelo atual. O princípio do Estado constitucional de Direito, na sua atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Nessa linha, se poderá afirmar, com Baptista Machado, que a ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de Estado Social e Democrático de Direito, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador não pode decidir e algumas outras sobre as quais não pode deixar de decidir.” In: FELDENS, 2008, p. 71.

¹⁷ “Assim, a legislação deve prever os meios necessários para que se responsabilize o violador de um dado direito fundamental, sob pena de, acaso inexistente o arcabouço legal para tanto, entender-se para a proteção conferida àquele direito foi deficiente, o que, conseqüentemente, torna inconstitucional a postura adotada pelo Estado-Legislador.” In: VAN DER BROOKE, 2014, p. 35. Acesso em: 21 out. 2015.

¹⁸ Com a observância do princípio da legalidade, conforme inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. In: BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 21 out. 2015

¹⁹ BUSATO, 2015.

regulem o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal²⁰. Isso porque não compete ao Estado apenas tutelar os direitos fundamentais de forma a conceder instrumentos que possibilitem a sua eficácia, mas também que regule negativamente as condutas que impeçam o exercício do direito fundamental. Essa regulação traduz-se no Direito Penal.

O princípio da proibição de proteção deficiente revela-se no Direito Penal pelo fato de que há a necessidade de que o legislador e o intérprete da lei observe o dever de proteção dos bens jurídicos penais, cuja conceituação dar-se-á em momento oportuno.

Incoerente seria tratar o Direito Penal como ferramenta estatal para a manutenção da ordem social ao mesmo tempo em que o desvincula da necessidade de observação da norma que lhe confere legitimidade. Diante disso, faz-se imperioso reconhecer que, através do Direito Penal, o Estado pode agir ativamente ao criminalizar condutas que violem direitos fundamentais. Todavia, melhor seria indicar que o Estado não pode, mas deve criminalizar práticas lesivas²¹, sob a ótica da mola propulsora da atuação do legislador que é a Constituição Federal. Razão pela qual se reconhece que a Constituição delinea comandos, tanto implicitamente²² quanto explicitamente²³, para a atividade legislativa, no tocante à matéria penal.

O que se quer evitar com a adoção da proibição da deficiência na esfera penal é que o legislador visualize a possibilidade de lesão ao bem jurídico penal e mesmo assim deixe de atuar para protegê-lo, ou então que atue, mas não de forma satisfatória. Em outras palavras, a criminalização é forçosa quando a conduta, que

²⁰ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. In: BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 21 out. 2015.

²¹ Observe-se que a lesividade que importa ao Direito Penal está adstrita aos bens jurídicos de maior valor, tema esse que será oportunamente tratado.

²² “Veja-se: a Constituição chegou ao ponto de impor a criminalização da retenção dolosa do salário do trabalhador (art. 7º, inc. X), sem nada dizer, explicitamente, sobre a proteção penal da vida (do trabalhador) [...]. O motivo de o constituinte ter explicitado a necessidade de tutela penal nesses setores assenta-se, muito provavelmente, em razões de outra ordem. Quiça por desconfiar, em casos tais, do juízo de necessidade de proteção penal em geral acometido ao legislador, a Constituição adiantou-se no ponto, sendo que não necessitava fazer o mesmo, por exemplo, em relação à vida, porque a necessidade de sua proteção penal se lhe afigurava, desde logo, como uma evidência. Uma evidência fruto de um claro consenso. E, logicamente, um consenso de tal ordem não teria porque estar explicitado na Constituição.” In: FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

²³ Decorrência lógica da previsão constitucional, conforme se verifica a seguir: Artigo 5º, inciso XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; inciso XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. In: BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 21 out. 2015.

deve ser objeto de tipificação através da lei, tenha o impacto de colocar em perigo o objeto da proteção do Direito Penal.

Todavia, não somente o Poder Legislativo está adstrito à observação do dever de proteção suficiente, como também está o Poder Judiciário. Não raros são os momentos em que, no exercício da atividade jurisdicional, há interpretações equivocadas das diretrizes constitucionais ou então das normativas infraconstitucionais, incorrendo em inadequação e afronta ao princípio da proibição à proteção deficiente.²⁴

Tendo em vista que ao legislador é incumbida a tarefa de proteção suficiente dos direitos fundamentais, instigante se faz a análise do crime de tráfico internacional de seres humanos para fins de prostituição ou exploração sexual tipificado no artigo 231 do Código Penal, para que seja possível extrair a (in)suficiência da normativa penal no que tange à proteção do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

3 TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Em razão do desvalor da conduta praticada no tráfico internacional de seres humanos, 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 Crianças²⁵, apontou condutas e finalidades com o objetivo de sanar dúvidas quanto ao conceito do crime, a figura da vítima e do

²⁴ Nesse sentido: STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.

²⁵ Artigo 3: 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. In: BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004**. Promulga 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em 18 jul. 2015.

violador, bem como identificou a necessidade de união e cooperação, entre os Estados integrantes do Protocolo, com o objetivo de proteção das vítimas.

Em momento anterior ao Protocolo, apenas o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual era contemplado.

Inovando na conceituação do tema, o Protocolo de Palermo abrangeu outras finalidades, que não apenas a exploração sexual, sendo o primeiro documento a expor desígnios como exploração de serviços forçados ou remoção de órgãos.

Essa novidade gerou impacto na formulação do crime de tráfico de seres humanos, motivo pelo qual os doutrinadores consideram o conceito formulado pelo Protocolo quando abordam a conceituação do injusto penal.²⁶

Percebe-se, por ora, que o Protocolo de Palermo é o instrumento que mais captura a realidade do crime, diante do aumento do “mercado carnal” e da redução da pessoa a mero objeto de exploração.

Imprescindível que o legislador coloque em prática aquilo que foi acolhido pelo país com a promulgação do Protocolo. Isso porque é crucial que a tutela dos bens jurídicos se torne efetiva, impedindo que haja lesão aos direitos fundamentais.

Diante disso, realizar-se-á uma análise do crime de tráfico internacional de seres humanos, reconhecendo suas peculiaridades. Todavia, a apreciação estará circunscrita ao crime de tráfico de seres humanos com finalidade de prostituição ou exploração sexual.

Em primeiro momento, será considerada a evolução – se assim podemos nos referir à tamanha crueldade – histórica do crime.

3.1 ANÁLISE HISTÓRICA

É essencial conhecermos a origem do crime de tráfico de seres humanos, em uma breve análise limitada à realidade brasileira, visto que não se pode cogitar que o seu surgimento se deu a partir da “era contemporânea” apenas para satisfazer a necessidade de obtenção de lucros pela comercialização de seres humanos.

²⁶ JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças**: Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

Ressalta-se que na análise histórica não encontraremos, em um primeiro momento, a origem do tráfico de pessoas, mas sim a redução das pessoas à condição de escravos sexuais, condição essa que encontramos no crime de tráfico de seres humanos.

Ainda, cabe ressaltar que a análise histórica será restrita à finalidade de exploração sexual.

Pois bem.

Tem-se que desde a época da colonização, é notória a exploração sexual sofrida por diversas escravas negras, para não dizer na sua totalidade.

Momento da história que existia a dependência de mão de obra escrava, por parte dos colonizadores – em razão da necessidade de desbravamento de terras – o Período Colonial foi marcado pela possibilidade de aquisição de escravos para que realizassem trabalhos forçados de diversas naturezas.²⁷

No rol dos serviços que estavam compelidas a realizar, encontrava-se a satisfação sexual de seus senhores, que vislumbravam as escravas como objetos sexuais, transgredindo-as para satisfação de seus desejos. Fato esse que importava na “[...] coisificação [...]”²⁸ da escrava negra, expressão essa utilizada por Nunes para indicar a retirada de quaisquer condições, que respeitassem a dignidade da pessoa, bem como a redução da condição humana a mero objeto sexual.

Não eram raros os momentos em que as escravas eram submetidas à vontade de terceiros. Como se depreende da leitura dos historiadores dessa época, foram retratadas situações em que meninas de tenra idade eram forçadas a se prostituir para satisfazer o seu senhor, que detinha a propriedade das escravas, ou para atender as necessidades fisiológicas das pessoas que chegavam de viagem,

²⁷ “Com a ‘descoberta’ de novas terras, os europeus, principalmente portugueses e espanhóis, passaram a utilizar-se, prioritariamente, da mão de-obra negra-escrava para poder desbravar, explorar e possibilitar o povoamento das terras descobertas, agora colônias vinculadas as suas metrópoles. Naquela época, o principal “fornecedor” de pessoas era o continente africano que, devido ao baixo poder de resistência, em face das constantes guerras internas e da superioridade bélica das nações desbravadoras, transformou-se em um dos maiores exportadores de pessoas de todos os tempos” In: BORGES FILHO. Francisco Bismarck. **Crime Organizado Transnacional: Tráfico de Seres humanos.** Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2187/CRIME_ORGANIZADO_TRANSNACIONAL_-_TRAFICO_DE_SERES_HUMANOS>. Acesso em: 18 abr. 2015.

²⁸ NUNES, Lilian Rose Lemos Soares. Tráfico de seres humanos. **Revista do Curso de Direito**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 126, jun./dez. 2005.

não importando a condição física, a saúde ou a existência de doenças sexualmente transmissíveis.²⁹

Em que pese o tratamento desumano recebido pelas escravas, elas não dispunham de instrumentos para impugnar as ações realizadas pelos seus senhores. Podemos extrair essa premissa pelo fato de que a condição de escrava retirava a personalidade jurídica para postular em juízo, devendo ser representada pelo seu senhor. Isso acarretava na impossibilidade de pleitear pela responsabilização por delitos, como por exemplo, estupro, visto que, logicamente, o senhor não iria representar a escrava em face de atos praticados por ele mesmo.³⁰ Isso por si só gerava a impunidade.

Com a abolição da escravidão, fato que se deu com a promulgação da Lei Áurea³¹, aos poucos a ausência da escrava negra foi suprida pela vinda de mulheres européias. Diga-se “aos poucos” porque era possível, mesmo após a abolição, o encontro de mulheres negras, que antes eram escravas, na prostituição.

A utilização do novo “objeto” sexual – mulheres brancas européias – marcou o segundo período importante na História, inclusive para a legislação mundial, o que será oportunamente analisado.

Diante do crescente desenvolvimento econômico e expansão do poder do Continente Europeu, houve a chamada globalização do mercado, implicando na facilitação da formação de mercados internacionalizados. Isso gerou a possibilidade da exportação de produtos entre os continentes, inclusive de escravas brancas.

O tráfico de mulheres brancas se dava com uma grande similitude do que conhecemos na atualidade. Muitas dessas mulheres aceitavam as propostas realizadas por seus aliciadores com o propósito de buscar melhores condições de

²⁹ “Enfeitavam as molecas de correntes de ouro, pulseiras, anéis e rendas finas, participando depois dos proventos do dia [...]. Às vezes negrinhas de dez, doze anos já estavam na rua se oferecendo a marinheiros enormes, grangazás ruivos que desembarcavam dos veleiros ingleses e franceses, com uma fome doída de mulher. E toda essa superexcitação dos gigantes louros, bestiais, descarregava-se sobre molequinhas; e além da superexcitação, a sífilis; as doenças do mundo – das quatro partes do mundo; as podridões internacionais do sangue”. In: FREYRE, Gilberto. **Casa – Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. rev. São Paulo: Global, 2003. p. 537-538. Disponível em: <http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/freire/gilberto_casa_grande_senzala.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

³⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **A Revolução do Cumprimento da Lei**: os traços negativos da cordialidade. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/EP0137%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/EP0137%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

³¹ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 3.353 de 13 de maio de 1888. **Lei Áurea**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

vida. Todavia, logo que chegavam ao destino, seus documentos eram retidos e elas eram submetidas às mais deploráveis condições de vida.³² Eram integradas ao mercado do prazer, seja através da prostituição ou de outra forma de exploração sexual.

Ainda, a condição de escrava era reforçada por celebrações de contrato entre o traficante e a aliciada que, por sua, vez repercutiam negativamente no tocante à vítima, visto que possuía ônus que, propositalmente, as mulheres brancas não possuíam condições de cumprir, motivo pelo qual as colocavam na posição de devedoras.³³

Com o final da Segunda Guerra Mundial, observou-se no Brasil uma inversão no tráfico de pessoas. O país deixou o papel de importador e passou a exportar pessoas para exploração sexual.

Atualmente, o número de pessoas traficadas é acentuado. Damásio de Jesus indicou a pesquisa realizada pela Fundação Helsinque para os Direitos Humanos, na qual constou um número expressivo de brasileiras que integram o comércio do sexo na Europa. Apesar de não ser um número preciso, 75 mil brasileiras encontram-se em países como Suíça, Inglaterra e Portugal exercendo a prostituição ou sofrendo outro tipo de exploração sexual.³⁴

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes tem realizado pesquisas que indicam as precárias condições de vida em que são submetidas as vítimas do tráfico. É inquietante a situação diante da redução das pessoas a meros objetos sexuais.³⁵

³² FONSECA, Guido. **História da Prostituição em São Paulo**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

³³ Idem.

³⁴ JESUS, 2003.

³⁵ "Independentemente das razões e condições que as levaram até o exercício da prostituição nesses lugares, os relatos das vítimas têm alguns pontos em comum: são cobradas por despesas com passagem, alimentação, moradia, roupas, artigos de higiene etc., de maneira que estão eternamente em débito com seus exploradores; o preço a pagar por tais itens está muito acima das possibilidades econômicas das vítimas, obrigando-as sempre a cumprirem jornadas de trabalho exaustivas; não há assistência à saúde; geralmente há incentivo ao consumo ou venda de drogas; vivem na clandestinidade, com seus passaportes retidos, sem possibilidade de fuga; muitas vezes vivem em cárcere, são obrigadas a submeterem-se a exames periódicos, inclusive a testes compulsórios para a detecção do vírus HIV, a cujos resultados não têm acesso, apesar de serem obrigadas a pagar pelos exames." In: BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 22. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2010/11/RELATORIO_DO_PNET_Miolo_FINAL_para_impressao.pdf. Acesso em: 01 set. 2015.

Ainda, vislumbra-se que o número é acentuado em razão da alta lucratividade obtida pelos grupos criminosos, que, diante da torpeza moral, economia, fatores sociais e instabilidade financeira, obtêm proveito de outras pessoas, sem precisar investir grande capital.

Os aliciadores usufruem de meios ardilosos para convencer a pessoa a aceitar a proposta, seja de trabalho ou não. A fim de exemplificar os meios utilizados pelos traficantes, há relato de que no Brasil um europeu envolveu-se emocionalmente com uma brasileira com o objetivo de viajar (após a obtenção da confiança) e forçá-la a se prostituir para obtenção de lucro, todo revertido ao traficante.³⁶

3.2 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Para combater o tráfico de mulheres brancas, os países reuniram-se em diversos encontros para discutir sobre o crime, todavia apenas no ano de 1904 houve o primeiro documento – formulado pela Liga das Nações – chamado de Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 5591 de 13 de julho de 1905), no qual os Estados obrigavam-se a vigiar e manter um sistema para reprimir o tráfico de mulheres, mantendo uma base de dados para informação de qualquer suspeita, seja nos locais de embarque e desembarque de passageiros, seja dentro dos limites territoriais do seu Estado.³⁷

³⁶ “In a court case from Brasil, a European man was found guilty oof recruiting a local woman in Brazil through a feigned romantic relationship for the purpose of bringing her to Europe for sexual exploitation. The offender pretended that he was in love with the victim, gained her trust, arranged the travel and even paid for her passport. But once they arrived in Europe, the victim was locked in, forced to work as a prostitute and generate a set amount of money for the trafficker each day.” In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. *Global Report on Trafficking in Persons 2014. United Nations Publication Sales* nº. E. 14. v. 10. p. 32. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015.

³⁷ Art. 2º Cada um dos Governos se obriga a estabelecer um serviço de vigilancia tendo por fim descobrir, especialmente nas estações de caminhos de ferro, portos de embarque e em viagens, os individuos incumbidos de acompanhar as mulheres, virgens ou não, que são destinadas á prostituição. Aos funcionarios ou a quaesquer outras pessoas habilitadas para esse efeito, serão dadas instrucções, dentro dos limites legais, a afim de conseguir todas as informações de natureza a facilitar a descoberta de qualquer trafico criminoso. A chegada de pessoas que pareçam evidentemente ser autores, cúmplices ou victimas de semelhante trafico, será comunicada, dado o

Alguns anos depois, foi assinada a Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas – promulgada pelo Brasil através dos Decretos 4.756 de 28 de novembro de 1923³⁸ e n. 16.572 de 27 de agosto de 1924³⁹.

Após o período da Primeira Guerra Mundial, que impulsionou o aumento do tráfico de pessoas em razão da necessidade de saída do território devastado, foi assinada a Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, na qual diversos países como a Bélgica, Áustria, Costa Rica, Brasil e a Suíça – entre outros – demonstraram a intenção de aperfeiçoar o sistema de repressão do tráfico de mulheres, comprometendo-se a realizar as diligências necessárias para o combate do crime e a proteção das vítimas. Essa Convenção foi promulgada no Brasil através do Decreto 23.812 de 30 de janeiro de 1934.⁴⁰

Novo documento, formulado no ano de 1933, sob a denominação de Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, teve por finalidade complementar a legislação vigente e auxiliar na coibição da prática do crime de tráfico de mulheres. Verifica-se que, da mesma forma que os demais documentos já indicados, o Brasil realizou a promulgação através de Decreto de n. 2.954 de 10 de agosto de 1938, indicando a necessidade do cumprimento do inteiro teor do documento promulgado.⁴¹

caso, quer às autoridades do lugar de destino, quer aos agentes diplomaticos ou consulares interessados, quer ainda a quaesquer outras autoridades competentes. In: BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 5591 de 13 de julho de 1905**. Promulga a adesão do Brazil ao Accordo concluido em Paris entre varias Potencias em 18 de maio de 1904, para a repressão do trafico de mulheres brancas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

³⁸ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 4.756 de 28 de novembro de 1923**. Approva a Convenção relativa á Repressão do Trafico das Brancas e outros actos internacionaes assignados em Paris a 4 de maio de 1910. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4756-28-novembro-1923-567926-publicacaooriginal-91283-pl.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

³⁹ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 16.572 de 27 de agosto de 1924**. Promulga a Convencao Internacional para a repressao do trafico de mulheres brancas e o respectivo protocolo de encerramento, assinados em Paris a 04/05/1910. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/BE962CA6C2B99BE0032569FA00764AD5?Opendocument>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁴⁰ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 23.812 de 30 de janeiro de 1934**. Promulga a Convenção para repressão do tráfico de mulheres e crianças, firmada em Genebra, a 30 de setembro de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23812-30-janeiro-1934-532552-publicacaooriginal-14795-pe.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁴¹ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 2.954 de 10 de agosto de 1938**. Promulga a Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico

Inovando na esfera legislativa, a Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio trouxe a possibilidade de tutelar os direitos das pessoas vítimas do tráfico e não somente das mulheres como até então era visto. O Brasil promulgou a Convenção na data 08 de outubro de 1959, por meio do Decreto n. 46.981.⁴²

O ano 2000 foi marcado pela grande evolução no que tange à repressão ao tráfico de pessoas, através da aprovação do chamado 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, documento este que indicou não apenas a finalidade de exploração sexual, mas também para outras finalidades como, por exemplo, serviços forçados e remoção de órgãos, conforme se abstrai do artigo 3 do Protocolo de Palermo (como também é chamado).⁴³ O Brasil promulgou o Protocolo através do Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004.

3.3 LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Vencida a análise quanto à existência de documentos internacionais firmados com o objetivo de repressão do crime de tráfico de pessoas, é necessária a verificação da nossa legislação, com a finalidade de averiguação da suficiência das leis, tendo em vista os objetivos adotados pelo Brasil internacionalmente.

Pois bem.

No Código Penal de 1830, conhecido como Código Penal do Império, o legislador deixou de tipificar o crime de tráfico de pessoas.⁴⁴

de mulheres maiores, firmada em Genebra, a 11 de outubro de 1933. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2954-10-agosto-1938-345722-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 18 jul. 2015.

⁴² BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 46.981 de 08 de outubro de 1959**. Promulga, com o respectivo Protocolo Final, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Lake Success Nova York, em 21 de março de 1950, e assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-46981-8-outubro-1959-386048-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁴³ BRASIL, **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004**. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 710.

Por sua vez, o Código Penal da República tipificou o delito no artigo 278⁴⁵, contendo uma redação reconhecidamente equivocada, em virtude de constar que as vítimas eram quem se empregavam no crime.⁴⁶ Todavia, lei posterior alterou esse artigo, e, dentre as modificações realizadas, foi retirada a palavra “tráfico”, o que sanou o equívoco cometido. Referida lei trata-se da Lei n. 2.292/15.⁴⁷

O Código Penal vigente, em sua composição original, tipificava apenas o tráfico de mulheres⁴⁸. Todavia, para amoldar à legislação internacional, principalmente com o advento do entendimento de que não eram apenas as mulheres que poderiam ser traficadas, houve a alteração para figura do tráfico internacional de pessoas e o acréscimo da tipificação do tráfico interno de pessoas.⁴⁹ Essa modificação se deu com a Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005.

Por fim, verifica-se que houve uma recente alteração, através da Lei n. 12.015/09, que especificou a finalidade do tráfico internacional de pessoas (art. 231), qual seja: tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual.⁵⁰ Do mesmo modo, indicou a finalidade do crime de tráfico interno de pessoas.

Cabe aqui realizar um rápido apontamento, haja vista que o mérito será analisado oportunamente.

⁴⁵ Art. 278 Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no trafico da prostituição; prestar lhes por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação. In: BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. **Código Penal da República**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁴⁶ PRADO, 2010.

⁴⁷ Art. 278 – [...] induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se à prostituição; prestar, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio ao comercio da prostituição. In: BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 2.992 de 25 de setembro de 1915**. Modifica os arts. 266, 277 e 278 do Codigo Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2992-25-setembro-1915-574945-publicacaooriginal-98038-pl.html>>. Acesso em 19 jul. 2015.

⁴⁸ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁴⁹ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁵⁰ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Ao compararmos o Código Penal vigente com o Protocolo de Palermo, no que tange ao tráfico de seres humanos para fins sexuais, encontramos a discrepância no que tange à aceitação do consentimento.

Isso será tratado em um capítulo separado, mas desde já se observa que a nossa legislação está desconexa com os ditames internacionais.

3.4 ANÁLISE DO ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL

Passaremos à análise do artigo 231 do Código Penal, que tipifica o crime de tráfico internacional de pessoas para fins sexuais⁵¹.

3.4.1 Sujeito Ativo

O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual trata-se de crime comum, o que importa em dizer que não exige nenhuma condição especial do agente do crime. Ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, tanto mulher como homem, em grupo ou individual.⁵²

Todavia, apesar de não serem exigidas quaisquer características específicas do sujeito ativo, o §2º, inciso III do artigo 231 do Código Penal indica como causa de aumento de pena a prática do crime de tráfico internacional de seres humanos por determinadas pessoas, dentre as quais se encontram irmão, cônjuge, ascendente, curador da vítima.⁵³

⁵¹ Art. 231. 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. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 20 jul. 2015; Tem-se que pelo silêncio do legislador em indicar o que seria exploração sexual, a doutrina tem entendido que essa não pode ser confundida com a prostituição, erro recorrente pelo fato da lei indicar a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocídio e tráfico de pessoas**: aspectos constitucionais e penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵² Nesse sentido, convergem a opinião de Tadeu Silva e Luiz Regis Prado. In: SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais**: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005. Leme: J.H.Mizuno, 2006; PRADO, 2010.

⁵³ Art. 231 - 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

Em verdade, essas especificações validam-se no fato da existência de confiança que a vítima tem no agente do crime, o que por si só acarreta na redução de oposição diante da prática do crime. O legislador aqui indicou a necessidade de zelo nas relações entre as pessoas, principalmente quando fundada na figura do garantidor.

Nesse sentido, indicou Prado na sua obra Curso de Direito Penal Brasileiro.⁵⁴

Há que considerar ainda que é comum a prática do ilícito por um grupo, diante da natureza do crime. Nesse sentido, Renato Marcão e Plínio Gentil asseveram que não é rara a prática do tráfico internacional de pessoas por uma organização criminosa, diante do fato da necessidade de divisão de tarefas, o que revela uma faceta empresarial desse ato ilícito.⁵⁵

Diante disso, em que pese tratar de crime unissubjetivo – que pode ser praticado por apenas uma pessoa – tanto a doutrina⁵⁶ quanto a jurisprudência⁵⁷ admitem a coautoria e a participação – indicados no artigo 29 do Código Penal⁵⁸.

3.4.2 Sujeito Passivo

Há divergência na doutrina quanto à indicação do sujeito passivo. O desacordo se dá pela adoção de diferentes posições quanto ao reconhecimento dos

estrangeiro. §2ºA pena é aumentada da metade se: 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. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁵⁴ “Aplica-se ainda a majorante 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 [...].O fundamento desse aumento de pena reside na violação do dever do agente de zelar pela formação moral da vítima, na maior influência que ele tem sobre esta e, conseqüentemente, na menor capacidade de resistência do sujeito passivo, já que sua condição de hipossuficiência em relação ao agente permite que se atinja com maior facilidade o resultado, o que revela um maior desvalor da ação.” In: PRADO, 2010, p. 712.

⁵⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁶ Nesse sentido, ver: NUCCI, 2014. MARCÃO; GENTIL, 2011.

⁵⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n. 206.607/GO, 5ª T, rel. Min.Laurita Vaz, j. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254348/habeas-corpus-hc-206607-go-2011-0108068-2-stj/inteiro-teor-25254349>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁵⁸ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 20 jul. 2015.

bens jurídicos tutelados pelo preceito legal. Ora, não será objeto de análise deste capítulo o bem jurídico, ou bens jurídicos, protegido pela norma.

Cabe aqui apenas ressaltar as diversas concepções doutrinárias no tocante à vítima.

Para a maioria dos doutrinadores, a vítima é a pessoa traficada. Inclusive com o reconhecimento de que o homem pode ser a vítima no tráfico de seres humanos com fins de exploração sexual.

Inseridos nesse grupo estão Marcão e Gentil⁵⁹.

Rompendo com o entendimento de que apenas a pessoa traficada figura como vítima do crime, alguns doutrinadores perceberam a necessidade de uma ampliação do rol das vítimas para toda a coletividade, seja nacional ou até mesmo internacional, sob o fundamento de que a moralidade pública é tutelada pela norma.⁶⁰ Dentre os precursores do entendimento de que afeta a coletividade internacional encontra-se Luiz Regis Prado.⁶¹

Há um terceiro entendimento que merece referência. Trata-se da posição de que é imperativo o reconhecimento de que pode haver diferentes sujeitos, a depender do consentimento por parte da pessoa traficada. Explana que, caso haja o consentimento da pessoa traficada, a sociedade passa a figurar como vítima. Se esse consentimento não for outorgado, a sociedade figura como vítima indireta do crime.

Trata-se do entendimento adotado por Jesus quando indica a sistematização para a compreensão do sujeito passivo.⁶²

Ciente da diversidade de entendimentos no tocante ao rol do sujeito passivo cabe, ainda, mencionar que a lei não excluiu da posição de vítima as pessoas que já exercem prostituição por livre manifestação de sua vontade no país. Como acertadamente assevera Prado, a lei deixa de levar em consideração questões de ordem moral, tanto na esfera privada quanto pública, para tutelar o direito da vítima, quer seja ou não prostituta.⁶³ Nas palavras de Bitencourt, “[...] independentemente

⁵⁹ MARCÃO; GENTIL, 2011.

⁶⁰ Guilherme de Souza Nucci entende que o bem jurídico tutelado é o costume, motivo pelo qual indica a coletividade como sujeito passivo. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5.ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶¹ “Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, seja do sexo masculino, seja do feminino, bem como a coletividade internacional.” In: PRADO, 2010, p. 712.

⁶² JESUS, 2003.

⁶³ PRADO, 2010.

de sua honestidade sexual.”⁶⁴ Todavia, ressalta-se que há pessoas, que estão ingressas na prostituição, que querem sair do país e por isso consentem em obter a ajuda de outras pessoas; e outras que são traficadas contra a sua vontade. No tocante ao consentimento, este será analisado oportunamente.

No intuito de aprofundar a análise do perfil da vítima, o pesquisador Marcos Colares realizou, sob a coordenação do Ministério da Justiça, um diagnóstico no ano de 2004 para saber, através dos inquéritos e processos em trâmite no período de 2000 a 2003 em Rio de Janeiro, Ceará, Goiás e São Paulo, aspectos relevantes do tráfico de seres humanos.⁶⁵

Através do exame feito pelo citado pesquisador, chegou-se à conclusão de que alguns problemas sociais do nosso país levam ao aumento do tráfico internacional de seres humanos. Esses problemas circundam à baixa escolaridade, à diferença de distribuição de riquezas, importando na presença de classe muito rica e muito pobre. Ainda, é incontestável que cada vez mais aumenta a simplificação para a entrada e saída no país. Por fim, há o aspecto geográfico que facilita a criação de diversas rotas para o tráfico.

Concluiu o estudioso que as mulheres são as pessoas mais procuradas pelos aliciadores, o que demonstra que os fatores sociais que as rodeiam levam-nas a aceitar, mais facilmente, as propostas de trabalho a fim de garantir melhores condições de vida.

Os resultados obtidos por essa pesquisa foram compatíveis com a pesquisa posterior realizada em conjunto pela Secretaria Nacional de Justiça, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime e a Agência Brasileira de Cooperação (Ministério das Relações Exteriores), que consolidou os dados obtidos entre 2005 e 2011.⁶⁶

Por fim, não se pode deixar de indicar o artigo 231, §2º, I e II do Código Penal, que dispõe que a pena sofrerá aumento se praticada contra vítima que esteja

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184.

⁶⁵ COLARES, Marcos. **I Diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos**: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2004_diagnostico_tsh.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

⁶⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas**: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

enquadrada em uma destas duas hipóteses: vítima que não atingiu a maioridade; ou no caso da vítima possuir alguma doença ou deficiência, seja física ou mental, que lhe retire a capacidade de discernimento.⁶⁷

Essa escolha do legislador se deu diante da elevação da periculosidade do ato, em virtude da ausência ou deficiência da condição de resistência, o que gera maior expectativa do resultado danoso.⁶⁸ Tal assertiva se faz em razão de que as pessoas apontadas pelos incisos não possuem capacidade plena para se determinar em razão do ato e para apresentar resistência à prática delituosa.

3.4.3 Elementos Objetivos

3.4.3.1 Verbos nucleares

O *caput* do artigo indica os verbos “promover” e “facilitar”.

Por *promover* entende-se o ato de dar início, ensejar, gerar algo. É uma ação realizada diante da pretensão inicial do próprio agente. Rogério Greco indica que o papel do agente que promove deve ser entendido em uma perspectiva empresarial, visto que realiza todos os atos necessários para a entrada ou saída do território nacional.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 25 jul. 2015.

⁶⁸ Nesse sentido, leciona Luiz Regis Prado: “Nesses casos, a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa, aumentando-se, conseqüentemente, a probabilidade de produção do resultado lesivo. Destarte, o aumento do desvalor da ação não está calcado apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no preavalecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação.” In: PRADO, 2010, p. 714.

⁶⁹ “A conduta de promover deve ser compreendida no sentido de atuar com a finalidade não só de arregimentar as pessoas, como também de organizar tudo aquilo que seja necessário para que o tráfico internacional seja bem-sucedido [...]. O agente, portanto, atua verdadeiramente como um empresário do sexo, da prostituição, adquirindo passagens, obtendo visto em passaporte, arrumando alguma colocação em casas de prostituição, enfim, praticando tudo aquilo que seja necessário para que o sujeito passivo consiga ultrapassar as fronteiras dos países nos quais se prostituirá.” In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. Niterói: Impetus, 2006. p. 653.

Por sua vez, *facilitar* transmite a idéia de que já houve a prática ou intenção desta por parte de outrem. Aqui o agente apenas realiza atos que auxiliam na concretização de uma vontade alheia. Trata-se de cooperação.⁷⁰

3.4.3.2 Modalidades equiparadas

O legislador equiparou ao núcleo do tipo as figuras indicadas no parágrafo primeiro do artigo 231 do Código Penal.⁷¹

Trata-se das condutas de: agenciar, aliciar, comprar, transportar, transferir e alojar. Os três últimos se houver conhecimento de que se trata de pessoa traficada.⁷²

Por *agenciar* entende-se a realização de serviços de representação. Isso importa em dizer que figura como intermediário entre o traficante e a vítima.

O verbo *aliciar* é estritamente ligado ao recrutamento. O aliciador é quem atrai a vítima com oportunidades de trabalho, por exemplo.

Comprar exige a transação mediante pagamento de um valor. Aqui há uma crítica doutrinária diante da ausência do verbo *adquirir*. Os fundamentos incidem na possibilidade de formação de relação jurídica que não envolva dinheiro. Isso se dá, por exemplo, quando a pessoa traficada é utilizada como artigo de permuta.⁷³

Transportar refere-se a conceder possibilidade para o deslocamento da pessoa traficada, seja através de carro, ônibus, avião ou navio, por exemplo, para o local da exploração. *Transferir*, por sua vez, remete ao deslocamento de lugar para outro para a continuidade da exploração.⁷⁴

⁷⁰ MARCÃO; GENTIL, 2011.

⁷¹ Art. 231, § 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. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 25 jul. 2015.

⁷² A doutrina assinala nesse ponto um equívoco realizado pelo legislador quando tipificou da mesma forma a pessoa que transporta com o comprador da vítima. E parece coerente o raciocínio feito, diante do fato que o grau de reprovabilidade da conduta aquisitiva é mais acentuado. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷³ MARCÃO; GENTIL, 2011.

⁷⁴ NUCCI, 2010. MARCÃO; GENTIL, 2011.

Por fim, *alojar* indica a prática de conceder abrigo, seja gratuito ou em troca de vantagem.⁷⁵

3.4.3.3 Critério territorial

Observa-se que o artigo, objeto da análise, delimitou dois critérios para aferição da prática do crime, quais sejam: entrada ou saída do território nacional.

Pois bem.

Prado indicou elementos para a identificação do território nacional e seus limites ao delimitar que o território brasileiro é considerado como efetivo ou por extensão⁷⁶. Por extensão, quando se tratar de meios de transportes, quer aéreos ou marítimos, diante da regra aplicada pelo artigo 5º, parágrafos 1º e 2º do Código Penal⁷⁷, que delimita regras de competência ao tratar da territorialidade.

No tocante ao critério territorial, cabe ressaltar que é importante a verificação dos elementos identificadores do território nacional, visto que, caso não reste comprovada a saída do território pátrio, poderá haver a configuração do crime de tráfico interno de pessoas, tipificado no artigo 231-A do Código Penal.⁷⁸

⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷⁶ PRADO, 2010.

⁷⁷ Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. § 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. § 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 25 jul. 2015.

⁷⁸ Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 25 jul. 2015.

3.4.3.4 Qualificadora – violência, grave ameaça ou fraude

Encontra-se no rol das causas de aumento de pena a utilização de violência, fraude ou grave ameaça por parte do sujeito passivo. Todavia, verifica-se que se trata de qualificadora, visto que apresenta um elemento adicional, conforme bem indica Busato⁷⁹.

Não há aqui necessidade de longos comentários, visto que as ações indicadas são autoexplicativas. Todavia, é necessário apontar que o Protocolo de Palermo estabeleceu que o consentimento da vítima é válido se livre dos vícios tratados nesse ponto. Isso implica no reconhecimento de que, para a caracterização da ocorrência do tráfico internacional de seres humanos, é imprescindível que haja o consentimento advindo de algum meio ardiloso praticado por parte do sujeito passivo.⁸⁰ O que, todavia, não foi adotado por nosso legislador.

3.4.3.5 Finalidade de obtenção de vantagem econômica

O §3º do artigo em análise⁸¹ dispôs a incidência de multa caso haja a finalidade de obtenção de vantagem econômica por parte do agente.

Busato indica se tratar de uma qualificadora, em razão do especial fim de agir.⁸²

Cabe ressaltar, por fim, que não é necessária que exista a efetiva obtenção para que haja o enquadramento nesse dispositivo, bastando apenas a pretensão de obtenção.⁸³

⁷⁹ BUSATO, 2014.

⁸⁰ BRASIL, **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004**. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁸¹ BRASIL, **Código Penal**. Acesso em: 25 jul. 2015.

⁸² BUSATO, 2014.

⁸³ PRADO, 2010.

3.4.4 Elemento Subjetivo

O tráfico internacional trata-se de crime doloso, implicando no reconhecimento de que o agente pratica a conduta prevista no artigo com a finalidade de ver a vítima sendo explorada sexualmente ou inserida na prostituição.

Esse entendimento é indicado por Marcão e Gentil, ao advertir que o dolo deve ser específico.⁸⁴

Ademais, verifica-se que o próprio artigo – precisamente ao apresentar as condutas equiparadas – indica para as ações *transportar, transferir e alojar* a necessidade de que a pessoa que as pratique saiba da condição da pessoa traficada e que, de vontade livre e consciente, queira que a vítima continue ou ingresse na prostituição ou na exploração sexual.

Por fim, compete observar que o crime de tráfico internacional de seres humanos não é punível a título de culpa.⁸⁵

4 BEM JURÍDICO TUTELADO NA TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Após a análise do tipo legal que descreve o tráfico de seres humanos para fins de prostituição e exploração sexual, oportuna se faz a apreciação do bem jurídico protegido pela norma. Isso porque a verificação importará na avaliação da opção do legislador quanto ao consentimento, que será objeto de análise no próximo capítulo.

Vislumbra-se que houve uma distinta alteração na indicação do bem jurídico tutelado pela norma do artigo 231 do Código Penal, motivo pelo qual importante se faz a visualização do bem jurídico anteriormente considerado bem como do atual indicado pela normativa penal.

⁸⁴ MARCÃO; GENTIL, 2011.

⁸⁵ Nesse sentido, convergem os doutrinadores Paulo César Busato, Luiz Regis Prado, Renato MARCÃO e Plínio Gentil. In: BUSATO, 2014. PRADO, 2010. MARCÃO; GENTIL, 2011.

Dessa forma, a fim de esclarecer dúvidas concernentes ao objeto de tutela do Direito Penal no tocante ao crime de tráfico internacional de seres humanos para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual, passar-se-á à apreciação do bem jurídico penal tutelado pelo artigo 231 do Código Penal.

4.1 BEM JURÍDICO-PENAL

Em que pese o bem jurídico⁸⁶ ser reconhecido pela doutrina como objeto de proteção do Direito Penal, há que se considerar que o termo não é dotado de nitidez diante da discussão doutrinária acerca de qual teoria deve ser adotada a fim de explicar esse instituto penal.

Diante disso, antes de adentrar à análise de pontos cruciais desse trabalho, interessante indicar, em linhas breves, a evolução da concepção de bem jurídico, visto que a análise auxiliará na compreensão do elemento tido como fundamental ao Direito Penal.

4.1.1 Evolução da Concepção

Não é de se negar que houve uma época em que os delitos eram tratados apenas na esfera teológica. Durante esse período (Pré-Revolução Francesa), todo crime praticado tratava-se, na realidade, de pecado cometido contra Deus.⁸⁷ Todavia, com a formulação das concepções iluministas (a partir do Movimento das Luzes – Iluminismo), a mentalidade que reduzia o delito a condição de pecado foi sendo ultrapassada.

Isso se deu porque o homem passou a se enxergar como detentor de direitos pelo fato de nascer ser humano e não mais porque os direitos eram concedidos por

⁸⁶ Deve-se ter em mente que o presente ponto está relacionado exclusivamente com o bem jurídico-penal.

⁸⁷ Diante do fato de que a lei divina e a lei humana não eram distintas. In: PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Deus ou pelo rei.⁸⁸ Diante dessa nova compreensão, verificou-se a necessidade da criação de um ente que protegesse esses direitos, saindo assim do estado de natureza.⁸⁹ Esse ente passaria então a cumprir sua função de proteção, encargo esse que estaria delimitado pelos próprios direitos. Ou seja, os direitos do indivíduo acabariam por conter o poder de punir do Estado.

Diante da procura de respostas para questionamentos no tocante ao objeto de proteção do Direito Penal, em razão do abandono do pensamento até então vigente⁹⁰, Paul Johann Anselm Feuerbach passou a preconizar que os direitos subjetivos deveriam encontrar amparo na proteção estatal.⁹¹ Para o teórico, todo delito importava na lesão dos direitos subjetivos individuais ou do Estado.

Contrapondo-se à concepção de Feuerbach, Johan Michael Franz Birnbaum garante que o objeto de proteção do Direito Penal não recai sobre o direito subjetivo, visto que este não pode sofrer lesão. Não há afronta ao direito à vida, à propriedade e à liberdade, por exemplo. Para o teórico, os bens (em sentido material) são considerados juridicamente.⁹²

Afastando-se da direção dada por Birnbaum, Karl Binding refutou a noção trazida por seu antecessor quando indica que o bem jurídico não é apenas reconhecido pelo legislador, mas criado por ele. Em outras palavras, o legislador, quando realiza seu ofício, pode selecionar – com discricionariedade - bens e interesses que serão tratados como bens jurídicos diante do reconhecimento que se dá através da indicação normativa. Assim, quando tratados pela normativa penal, ganham status de bens jurídicos, oportunizando sua tutela pelo Direito Penal.⁹³

⁸⁸ O que identificou a laicização da proteção estatal.

⁸⁹ Nesse sentido: “O núcleo material do delito surge, portanto, a partir da lesão de direitos subjetivos. Esse é o posicionamento de Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que, voltando-se contra os conceitos teológicos característicos do absolutismo, passou a considerar o delito não mais como pecado, lesivo, portanto a Deus, também representado pelo monarca, mas sim como atentado ao grupo social, e a pena, não como expiação, e sim retribuição.” In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades**. Nº 1, p. 18, maio-agosto, 2009.

⁹⁰ No tocante à apreciação do delito como algo que contraria os dogmas religiosos.

⁹¹ A ideia de direito subjetivo estava interligada ao indivíduo, pela razão do seu reconhecimento como detentor de direitos. In: PRADO, 2003.

⁹² O que impõe o reconhecimento da chamada “[...] materialização do objeto de proteção do Direito Penal...” In: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

⁹³ “Segundo Binding, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado (ofensa ao direito de obediência estatal).” In: PRADO, 2003, p. 33. Ainda, Janaína Conceição Paschoal acrescenta: “Percebe-se daí que importante não era o efetivo valor conferido ao bem pela sociedade, ou o real interesse de protegê-lo de perigos ou lesões. O que valia para Binding era a escolha feita por parte do legislador, a qual poderia ser até aleatória.” In: PASCHOAL, 2003, p. 30.

Diferentemente do entendimento acima expresso, Franz Von Liszt, por sua vez, recomendava a análise da sociedade com o objetivo de captar os bens de elevado valor ao ponto de enquadrá-los na tutela jurídico-penal.⁹⁴ Para o autor, o Direito deve abranger os interesses, tanto individuais quanto os coletivos, e protegê-los, na medida em que demonstrem a necessidade de proteção diante das variadas relações que são estabelecidas no convívio em sociedade.

Para ele, o órgão legislativo deveria localizar esses bens/interesses e tutelá-los a partir da produção de normas penais.

Ampliando a esfera da conceituação do bem jurídico, Hans Welzel indicava que esse pairava sobre a ideia de imprescindibilidade. Para o teórico, o bem jurídico deve ser contemplado não de maneira independente, mas conjuntamente à esfera social.⁹⁵

Em uma visão funcionalista, Günther Jakobs indica um olhar formal do Direito Penal, advertindo que o objeto de proteção do direito é a norma. Para Jakobs, a norma penal deve ser eficaz (visto que a normativa penal constitui o limite do aceitável), motivo pelo qual, caso haja descumprimento, não são os bens atingidos diretamente, mas sim a norma. Para o renomado teórico não seria admissível a descredibilidade do sistema normativo.

⁹⁴ Liszt esclarece o entendimento de que as normas penais concedem aos interesses captados de um contexto social a proteção do Direito Penal quando afirma: “Quando se diz que a existência do indivíduo deve ser objeto da proteção do direito, isto significa que a ordem jurídica, como ordem de paz, lhe assegura o livre exercício de suas faculdades. Este é o supremo interesse, o bem jurídico do indivíduo. Das diferentes direções dessa manifestação do próprio ser deve resultar a divisão dos bens jurídicos individuais. A proteção do livre exercício das faculdades compreende em primeiro lugar, como condição de toda manifestação da existência humana, a proteção da vida física, a integridade do corpo. É este pois o primeiro e o mais importante dos bens jurídicos individuais.” In: VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo II. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia., 1899. p. 2. Disponível em: <<http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/14022012221036.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁹⁵ Nas palavras de Welzel: “Bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por seu significado social é protegido juridicamente. De acordo com sua natureza pode materializar-se nas mais diversas formas: como objeto psicofísico ou ideal-espiritual (por exemplo, tradição, a vida, a honra), o como estado real (p.ex, a tranquilidade do lar), ou como relação vital (p. ex., o matrimônio ou o parentesco), ou como relação jurídica (p. ex. a propriedade, o direito de caça) [...]. Logo, bem jurídico é todo o estado que a sociedade deseje que o direito resguarde de lesões. O apanhado dos bens jurídicos não constitui um agregado atomizado, mas sim a própria ordem social, e, por isso, o significado de um bem jurídico não deve ser analisado isoladamente em relação a ele mesmo, sem conexão com toda a sociedade ordenada.” In: WELZEL, Hans. apud DALLA DEA, Marcelo Gobbo. **A evolução do acesso à Justiça Criminal, sob a ótica da vítima e de seu cotidiano**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Paranaense. Umuarama, 2008. p. 46. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075842.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Ainda, quanto aos bens/objetos, indica que esses são protegidos na medida em que a norma é protegida.

Esse entendimento restou claro na obra *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto e Culpabilidade*⁹⁶.

4.1.2 Concepção de Bem Jurídico

A divergência da definição de bem jurídico não se esgota apenas nos teóricos indicados acima.

Essa imprecisão se dá em virtude da adoção de diversas premissas para apresentação de uma definição, o que implicou na visão do bem jurídico com sendo interesse⁹⁷, valor ético⁹⁸, relação de disponibilidade⁹⁹, por exemplo.

⁹⁶ Jakobs argumenta que “A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção - solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; na sequência, esse bem será denominado ‘bem jurídico penal’.” ainda, continua a exposição de seu entendimento ao indicar que: “Ao utilizar o conceito dessa forma, a forte vinculação às normas penais pode surpreender, pois os bens também podem ser definidos sem esse desvio normativo, nomeando-se aquilo que o agente destruiu – pelo menos no caso de crime de dano no sentido material -, vida, saúde, propriedade, podendo-se relegar, por enquanto, a questão sobre se os objetos mencionados devem ser bens, por si mesmos ou por sua utilidade, para a pessoa ou para a sociedade. Tampouco se deve questionar se é razoável chamar tais objetos de bens, pois se trata de fatos valorados positivamente e, portanto, constituem ‘bens’ para aqueles que os valoram”. In: JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto penal e Culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 61-62.

⁹⁷ Aníbal Bruno indica que todo interesse que possibilite à satisfação das necessidades humanas deve ser valorado e reconhecido pela norma na posição de bem jurídico-penal. In: BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

⁹⁸ Sobre essa posição, ver: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁹⁹ Zaffaroni e Pierangeli trazem à baila seu entendimento quando descrevem que os bens jurídicos não são os bens ou interesses identificados no tecido social pela competência legiferante como imprescindíveis à convivência social, mas os relacionam à ideia de disponibilidade que o detentor do bem ou interesse tem com o objeto da sua disposição. Os doutrinadores indicam que na prática da conduta ilícita, a disponibilidade é lesada. Com seus fundamentos, concluem pela elevação da chamada “relação de disponibilidade” à posição de bem jurídico-penal. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ressalta-se que não cabe ao presente estudo a análise dos motivos que levaram a cada teórico a escolher determinada lógica para auferir a conceituação desse instituto.

Todavia, em que pese tamanha obscuridade, há um ponto de convergência entre os doutrinadores. Esse paira sobre o reconhecimento de que o delito gera lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos, não considerados na sua totalidade, visto que há outros ramos do Direito que são capazes de tutelar os bens jurídicos (como Direito Civil, Direito do Trabalho), mas àqueles mais caros a uma sociedade.

Diante disso, e, desde já adotando a conceituação indicada por Luiz Regis Prado (para fins didáticos)¹⁰⁰, estudar-se-á alguns pontos específicos no tocante ao bem juridicamente tutelado, buscando clarear o modo pelo qual ele é reconhecido.

Cabe aqui uma primeira consideração no que tange ao bem jurídico: qual o sentido de considerá-lo separado da vítima?

Como foi exposta acima, a ideia de Estado deu-se a partir da concepção do contrato social, no qual foram outorgadas a um ente criado – Estado – a preservação e proteção dos direitos das pessoas – primeiramente indicados como vida, liberdade e patrimônio.

Pois bem.

Não há que se considerar Direito Penal sem vítima. Isso porque não há razão de ser do Direito Penal se não para resguardar indivíduos, nas suas diversas esferas da realidade (seja vida, patrimônio, liberdade, honra, etc.), e a coletividade.

Todavia, em que pese estar claro de que o Direito não tutela direito de ninguém, por muito tempo a vítima foi deixada de lado.

Diante disso, é de suma importância a inicial constatação de que todo bem jurídico deve e está relacionado a alguém (seja individualmente ou à coletividade).¹⁰¹

Bem jurídico assim o é considerado por possibilitar e facilitar a existência e o desenvolvimento do indivíduo com ele mesmo e como integrante da sociedade. Por ter essa missão, ele não pode ser avaliado inapropriadamente, sob pena de impossibilitar a aplicação do Direito Penal, tornando-o vazio.

Tendo por base essa premissa, importantes são os parâmetros concedidos pela doutrina a fim de identificar parcelas de bens (aqui tanto corpóreos quando

¹⁰⁰ Fala-se aqui em bens adotando a concepção de bem jurídico-penal preconizada por Luiz Regis Prado. In: PRADO, 2003.

¹⁰¹ Deve-se abandonar a concepção de que o Direito Penal é um direito que protege coisas.

incorpóreos) que devem ser tutelados pela normativa, elevando-os à posição de bens jurídicos e assim cumprir com o papel que lhe foi outorgado.

Primeiramente, no diagnóstico realizado, importante ressaltar a visão de que, em que pese a vítima ser importante para o Direito Penal, ela não deve ser tratada como bem jurídico.¹⁰² Isso porque bem jurídico e objeto material não se confundem, ou, pelo menos, não deveriam se confundir.¹⁰³ Nesse ponto, a diferenciação se faz adequada, diante do fato de que certos delitos não possuem objeto material. Tais crimes possuem sim um objeto jurídico (até porque não é admissível que uma conduta seja tipificada pelo Direito Penal se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente tutelado), todavia não possuem um objeto material.¹⁰⁴ Enquadram-se aqui os crimes de mera conduta, que não implicam em um resultado naturalístico.

Mas como extrair interesses e bens cuja relevância social permite a tutela pelo Direito Penal?¹⁰⁵

A Constituição Federal, promulgada pelos representantes do povo, logo no Preâmbulo indicou que a instituição do Estado Democrático teria como destinação a observância de valores e direitos a fim de garantir uma convivência harmônica do indivíduo com ele mesmo e no contexto social.¹⁰⁶

¹⁰² Atente-se que esse erro somente é cometido quando se trata de crimes contra a vida e integridade física.

¹⁰³ Sobre esse importante aspecto, Luiz Regis Prado preconiza que: “Melhor explicando: objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica. Essa realidade – passível de apreensão sensorial – pode ser corpórea (v.g., pessoa ou coisa) ou incorpórea (v.g., honra).” In: PRADO, 2003, p. 51. Ainda, ver: DOTTI, René Ariel. Curso **de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. ver. atual. ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Sobre esse ponto, acrescenta também Pierangeli ao se referir acerca da diferenciação de bem jurídico e objeto da conduta: “Isso porque no delito de dano, objeto da ação é a coisa danificada, enquanto o bem jurídico é a sua integridade.” In: PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 112.

¹⁰⁴ Nesse sentido, Paulo César Busato indica que há diversos bens imateriais (por exemplo segurança pública) que gozam de proteção jurídica, estando enquadrados no conceito de bens jurídicos. In: BUSATO, 2015.

¹⁰⁵ Ponto importantíssimo a ser considerado, visto que a atividade de extração do bem pra proteção da norma penal não é simples de ser realizada. Essa realidade se dá pelo fato que há diversos bens que são considerados pelos indivíduos como aptos a serem protegidos penalmente. Todavia, não há como admitir que haja a proteção de todos os interesses considerados como relevantes (de maneira individual), sob pena de gerar um direito para todos e ao mesmo tempo que não é aplicado a ninguém.

¹⁰⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

Não parece absurdo indicar que o legislador ordinário deve atentar-se à matriz constitucional para a captação da realidade social, observando os direitos e garantias individuais, assim como os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.¹⁰⁷

Isso porque a Carta Magna delinea os valores considerados no contexto social, concedendo ao legislador infraconstitucional o caminho a ser percorrido para a definição do bem jurídico-penal.¹⁰⁸ Por exemplo, quando a Constituição indica a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil não o faz de maneira despretensiosa. A dignidade da pessoa humana é uma diretriz e um limite ao poder de punir.¹⁰⁹

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” In: BRASIL, Constituição (1988). Acesso em: 15 ago. 2015

¹⁰⁷ Da leitura do texto constitucional, percebe-se que foi outorgado ao legislador infraconstitucional diretrizes quanto aos bens, que ao serem lesionados, estando sob a proteção do Direito Penal, possibilitam a manifestação do *jus puniende*. Referida compreensão se dá a partir da análise do artigo 5º da Constituição Federal e tem por exemplos: inciso IX - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; inciso XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; inciso XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; inciso XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. In: BRASIL, **Constituição Federal**. Acesso em: 15 ago. 2015

¹⁰⁸ Cabe aqui ressaltar a existência de teorias que procuram esclarecer o papel da Constituição na identificação dos bens jurídicos pelo legislador infraconstitucional. Tratam-se das teorias de limitação contendo viés negativo e positivo. A primeira – de limite negativo – formula a possibilidade de proteção estatal – através da normativa penal - de bens e valores não consagrados pela Constituição, desde que isso não viole um valor consagrado por ela. Por sua vez, a teoria que possui viés positivo indica que o legislador (dentro de sua atribuição legiferante) somente poderá tutelar os valores/bens consagrados pela Constituição. Essa última, por sua vez, divide-se em mais duas teorias. A teoria que enquadra o Direito Penal à similitude da Constitucional, ao afirmar que se trata de potencial espelho em razão da possibilidade de tutela de quaisquer bem/valor constitucional. Em contraposição, a última teoria positiva indica o reconhecimento do Direito Penal como protetor dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. In: PASCHOAL, 2003.

¹⁰⁹ Sobre o dever do legislador infraconstitucional em observar a matriz constitucional, Prado assevera: “O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal com ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva. A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor.” In: PRADO, 2003, p. 92. Nesse sentido, ver: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. Ainda, Alice Bianchini indica que a observância dos ditames constitucionais confere dignidade ao bem jurídico protegido. In: BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Poder-se-á afirmar, entretanto, que o legislador ordinário pode identificar outros bens, que não indicados na Constituição Federal, desde que eles não conflitem com os ditames constitucionais. Isso porque a rápida transformação dos valores adotados por uma sociedade pode acarretar em novos bens que são considerados caros por ela ao ponto de permitir a sua tutela penal, o que faz refutar uma visão estritamente positivista adotado pelas teorias constitucionais. Se a escolha dos bens estivesse apenas subordinada ao que foi indicado na norma hierarquicamente superior – no tocante aos bens e interesses valorados constitucionalmente – acabaria por engessar o direito penal ao ponto de deixar de vislumbrar a realidade social.¹¹⁰

Ainda, no estudo do bem jurídico, extrai-se mais uma premissa. Agora, referente às suas funções.

Por ora tem-se que, com a ideia de contrato social, a proteção dos bens individuais e coletivos foi entregue ao Estado. Essa concessão demanda uma contrapartida da parte estatal. Não há a possibilidade de punir conduta que não se encontra dentro da esfera dos direitos tutelados. Dessa forma, percebe-se que o bem jurídico intenta a limitação do poder do Estado. Poder esse de punir. Não é cabível aceitar o *jus puniende* de atos praticados que não impliquem lesão ou perigo de lesão aos bens considerados de maior importância (já que o Direito Penal é considerado *ultima ratio*). Diante disso, deve o legislador ordinário abster-se da tipificação de condutas que não firam ou produzam perigo de lesão ao bem jurídico

¹¹⁰ Sobre a permissibilidade de identificação de bens que não constem expressamente valorados na Constituição Federal, ensina Gianpaolo Poggio Smanio: “Em face da rigidez das disposições constitucionais, necessária para assegurar a tranquilidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito, o legislador penal não pode estar limitado ao conteúdo axiológico- constitucional para o reconhecimento de bens jurídicos penais. A rapidez com que ocorrem as mudanças sociais e os valores e necessidades da sociedade de massa contemporânea fazem com que seja recomendável que o próprio legislador penal possa ter espaço próprio para a escolha dos bens jurídicos penais reconhecidos.” In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O Bem Jurídico e a Constituição Federal**. Disponível em: <http://amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2015. Ainda, nesse sentido, preconiza Luiz Flávio Gomes: “Não se trata, de qualquer maneira, de critérios ou limites rígidos, inflexíveis, no sentido de que da Constituição tenhamos que compulsoriamente extrair um fechado catálogo dos bens merecedores da tutela jurídico-penal, senão de critérios de caráter delimitativo, limitador. O legislador continua com sua liberdade de eleição que lhe pertence em virtude do princípio democrático, mas não pode elevar à categoria de bem jurídico-penal e, portanto, pretender que predominem certos interesses que caracterizam uma determinada ‘relação social’ (um bem), se eles conflitam com os princípios, valores e normas constitucionais.” In: GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

tampouco de bens jurídicos (aqui na sua generalidade) cuja proteção é conferida aos demais ramos do Direito.¹¹¹

Outra importante função do bem jurídico é que ele concede oportunidade de interpretação da norma penal, tendo em vista que o legislador ordinário elabora o tipo legal em razão da adoção de um bem específico para tutelá-lo juridicamente. Diante disso, não há possibilidade do jurista ou intérprete da lei interpretar a norma penal sem levar em consideração o bem jurídico ali indicado. Portanto, ele intermedia a interpretação do dispositivo legal, exercendo a função interpretativa.¹¹²

A terceira função do bem jurídico é perceptível quando se observa a divisão realizada no Código Penal. Como se observa, o legislador infraconstitucional resolveu por dividir a parte especial do Código de acordo com a classificação dos bens jurídico-penais adotados, facilitando a compreensão e a sistematização do mesmo.¹¹³

4.1.3 Bem Jurídico-penal Adotado no Artigo 231 do Código Penal

As diligências empregadas na busca do bem jurídico reconhecido pelo legislador e tutelado pelo Direito Penal no tocante à norma do artigo 231 do Código Penal são primordiais para contemplar e efetivar a aplicação do Direito Penal diante da gravidade do delito e da violação de valores constitucionais¹¹⁴.

O legislador ordinário, ao expor os motivos pelos quais apresentou o projeto do Decreto-Lei nº 2848/40, indicou a necessidade de observância da eticidade como função do Direito Penal, o que implica em dizer que não abriria mão de tutelar bem jurídico mesmo com a alteração (“afrouxamento”) dos costumes.¹¹⁵

¹¹¹ Nesse sentido, Prado indica que se trata de função de garantia e expõe o brocardo *nullun crimen sine injuria* que, na tradução, indica que é nulo o crime sem ofensa. In: PRADO, 2003.

¹¹² GOMES, L. F. **Norma**, 2002.

¹¹³ Função essa que verificamos na seguinte divisão do atual Código Penal em: vida, honra, liberdade, propriedade, dignidade sexual. Atente-se que essas indicações são a título exemplificativo. Nesse sentido, ver: Idem.

¹¹⁴ Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi somam à importância o fato de que com a análise do bem jurídico tutelado é possível a análise do tipo e dos efeitos processuais, implicando ainda na possibilidade de sanar eventuais conflitos – aparentes – de normas. In: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹¹⁵ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. Decreto n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Exposição de Motivos**. Disponível em:

Diante disso, percebe-se que a indicação do tráfico de mulheres (anterior à alteração trazida pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005 para “tráfico internacional de pessoas”) como integrante do rol de “crimes contra o costume” nada mais representava do que a importância concedida à moralidade e aos bons costumes ao ponto de elevá-los à posição de objeto de proteção do Direito Penal. Esse entendimento foi seguido pelos doutrinadores à época.¹¹⁶

O valor concedido traduzia-se na mentalidade da existência de um comportamento sexual aceitável pela sociedade, o que por si só gerava a obrigação de que todos os atos sexuais deveriam ser encaixados no arquétipo adotado e imposto aos indivíduos.

Haveria a subsunção do fato à norma quando o ato praticado por um indivíduo não se amoldasse ao mínimo ético considerado como padrão aceitável. Isso implica dizer que não havia uma preocupação com a vítima, mas sim com o impacto moral da conduta delitiva.¹¹⁷

Rompendo com o entendimento até então vigente, a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 inovou quanto ao objeto de proteção do Direito Penal sexual, não mais indicando que o bem jurídico afetado nos crimes sexuais seria o costume, mas, que na realidade, a dignidade sexual era lesionada pela prática dos crimes indicados no Título VI do Código Penal, ao ponto de enquadrá-la como bem jurídico.

Essa novidade foi aclamada pela maioria dos doutrinadores, todavia alguns mantiveram o posicionamento de que a moralidade pública sexual e os costumes são os bens jurídicos tutelados protegidos pela norma penal.¹¹⁸

<<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>.

Acesso em: 10 set. 2015.

¹¹⁶ Ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. V. 3. São Paulo: Bushatsky, 1959. Ainda: NORONHA, Edgard Magalhães. **Crimes contra os costumes**: comentários aos arts. 213 a 226, e 108, VIII, do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1943.; JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: v.3. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos Crimes contra a paz pública. 12.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H), v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹⁷ Sobre isso, Nelson Hungria revela que: “[...] hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, in subjecta matéria, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.” In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 103-104. Ainda, sobre o padrão sexual exigido pela sociedade, Noronha ensina que: “Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação.” In: NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v.3. 22.ed. atual. Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 96.

¹¹⁸ Ver: BITENCOURT, 2012.

Dessa forma, faz-se necessária aqui verificar a possibilidade da incidência das normas morais na esfera sexual, para vislumbrar a solução para a adequação do bem jurídico tutelado pela norma do artigo 231 do Código Penal.

4.1.3.1 Costumes ou dignidade sexual?

Não é estranha a afirmação de que a questão sexual é objeto de estudo nas mais variadas épocas. Isso porque o impulso sexual, nas suas diversas formas de manifestação, é perceptível no indivíduo, o que ensejou em resposta por parte da sociedade, quer incentivando-o, quer reprimindo-o.¹¹⁹

Da mesma forma, não se pode deixar de notar que a moral transpassa a sociedade, acabando por regular o convívio, bem como que a moral sexual enquadra-se no rol dos instrumentos utilizados pela sociedade – no qual também fazem parte a religião e o Direito - para auxiliar no ajuste das práticas sexuais realizadas ao modelo considerado como ideal.¹²⁰

Diante disso, desde os primórdios, a moralidade vem sendo presente nos assuntos sexuais.

A variação da moral sexual¹²¹ não é imperceptível, isso porque acompanha as modificações comportamentais de uma sociedade em uma determinada época. Como se vê, na Grécia (período antigo), por exemplo, a sexualidade era vista de forma natural, aceitável.¹²² Fato é que, inclusive, era incentivada pelas artes,

¹¹⁹ Sobre a atuação social, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi afirmam que: “Assim, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é ‘certo’ ou ‘errado’, ‘positivo’ ou ‘negativo’ na conduta sexual...” In: GRECO, A. O. P; RASSI, 2011, p. 5.

¹²⁰ Nesse sentido, ensinam Bittar e Almeida: “[...] as regras jurídicas não estão isoladas na constituição do espaço do *dever-ser* social. Existem muitos discursos fundantes de práticas determinadoras de comportamento, podendo-se citar a religião como dispersora de modo de ação (corretos, bons, adequados, virtuosos...), a moral como constitutiva de um grupo de valores predominantes para um grupo ou para uma sociedade (e suas derivações, como, por exemplo, a moral dos justos, a moral dos vencedores, a moral do ‘morro’, a moral da prisão...), as regras do agir no trabalho constitutivas de orem e imperativos de eficácia e organização funcional (sem que necessariamente sejam regras jurídico-trabalhistas), entre os quais aparece o discurso jurídico-normativo.” In: BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 530.

¹²¹ Ora, não é absurdo constatar que a moral varia de acordo com aspectos de uma sociedade, seja esse etário, social e religioso por exemplo.

¹²² Visão perceptível através da análise da doutrina, sendo embasada pela afirmativa de GRECO e RASSI: “Avançando na história, evidencia-se que os gregos, por sua vez, consideravam o amor e o

retratando as divindades por atos sexuais, que demonstravam a força na conquista de outros deuses ou humanos. O sexo era aceito como a realização da pretensão divina – Zeus -, não havendo grande limitação por parte do governo helênico que, inclusive, obtia proveitos econômicos da prática da prostituição (através do *Dicterion*¹²³). Ainda, nesse período eram aceitas as relações homossexuais, inclusive consideradas benéficas quando envolviam jovens.

Em contraposição, a ascensão da Igreja Católica no Período da Idade Média implicou no fortalecimento da moral sexual cristã, o que acabou por influenciar no enquadramento das práticas sexuais à égide do Direito Penal com caráter repressor de condutas tidas como imorais do ponto de vista cristão.¹²⁴

Sob a influência da Igreja, no período apontado acima, consideramos o alcance da moral no Direito Penal brasileiro, diante da imperiosa análise das Ordenações Filipinas (livro V), que tipificavam, com pena de morte, o fato de um cristão dormir com o infiel.¹²⁵

Ainda, percebe-se a influência da moral nas disposições do Código Penal de 1830¹²⁶, que tipificava condutas contra a moral (precisamente no capítulo I da Quarta Parte), influência essa que, do mesmo modo, é perceptível no Código Penal de 1890.¹²⁷

Não há que se deixar de lado que em nosso atual Código Penal, na leitura original, havia a previsão de condutas tipificadas contra o costume¹²⁸ (o que posteriormente foi alterado para dignidade sexual).

sexo como algo natural, sem a imposição de tabus ou culpas[...]” In: GRECO, A. O. P; RASSI, 2011, p. 9.

¹²³ Estabelecimento para a prática da prostituição. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73.

¹²⁴ Sobre a realidade cristã na Idade Média, ver: SILVEIRA, 2008, p. 130.

¹²⁵ “Qualquer Cristão, que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra infiel; ou Christa com Mouro ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o Infiel.” In: ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I. Livro V. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 1164. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 16 set. 2015.

¹²⁶ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹²⁷ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. **Código Penal da República**. Acesso em: 20 set. 2015.

¹²⁸ Sobre o padrão sexual exigido pela sociedade, Noronha ensina que: “Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação.” In: NORONHA, 1995, p. 96.

O que se pode extrair é que a tipificação de condutas sexuais sempre se deu a partir da adoção da moral da sociedade brasileira.¹²⁹ E essa realidade conduz-nos a verificar se ao Direito Penal é outorgada a incumbência da tutela de aspectos morais.

Kant introduz-nos na esfera da legitimação penal para a tutela de aspectos sexuais sob a justificativa de que o Direito Penal possui o dever de regular questões atinentes ao sexo. Isso porque, conforme asseverava, as questões de índole sexual implicavam na violação do ser, diante do fato de que o indivíduo possui um dever com ele mesmo.¹³⁰

Não se está aqui refutando a ideia de que o Direito Penal deve tutelar questões sexuais, muito pelo contrário. O que é objeto da análise é se fatos, que violem – apenas – questões morais, podem ser objeto da tutela penal.

Dessa forma, o ponto crucial rodeia o fato de que se ao legislador ordinário é facultado abstrair condutas que lesam um conteúdo moralizante.

Tendo por base a diferenciação entre Direito e Moral¹³¹, não há que se hesitar na confirmação de que as condutas tipificadas pelo nosso Ordenamento Jurídico encontram guarida na moral social, em razão de que são consideradas – pela sociedade – como danosas. Isso porque, o Direito analisa os valores impostos pela sociedade no tocante à moralidade e acaba por tutelá-los.

Entretanto, não podemos acolher a possibilidade de que a tutela recaia apenas sobre a moral, sem que a prática do ato pelo indivíduo resulte na lesão de bens jurídicos outros.¹³² Essa afirmativa se dá pelo fato da aplicação do princípio da ofensividade.¹³³

¹²⁹ Realidade essa que aflora aos olhos pela leitura dos artigos dos Códigos Penais.

¹³⁰ SILVEIRA, 2008.

¹³¹ Miguel Reale apresenta um gráfico com os aspectos diferenciadores da Moral e do Direito. Em suma quanto ao primeiro indica que é bilateral (em razão da convivência em sociedade), tem por base a intenção do indivíduo, não é cogente e tem por objetivo a busca do bem e valores do indivíduo. Por sua vez, o Direito tem por características a bilateralidade atributiva, ausência de preocupação somente com a intenção, é coercível e busca a preservação do bem e valores para a convivência em sociedade. In: REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹³² Sobre esse ponto, ensina Renato de Mello Jorge Silveira: “De fato, entende o Direito Penal moderno, que não mais é de se ter a moral como elemento de suporte a bens jurídicos. Em verdade, já esclarece Boix Reig, não cabe duvidar que uma concepção autocrática do Estado, leve à inarredável confusão entre Direito e Moral, coincidindo esta, com o próprio poder político dominante, instrumentalizando a norma jurídica em efeitos moralizantes. Em um Estado de Direito, a norma tem função claramente diferenciada da Moral. Não mais se está nos tempos de Kant, onde ela, imperativo categórico que era, reinava absoluta.” In: SILVEIRA, 2008, p. 147. Ainda, Nucci indica motivos pelos quais o Direito não pode apenas se fundar na moral, quais sejam: “[...] (a) a moral e a ética variam em velocidade imponderável; algumas regras morais se arrastam por décadas, tipicamente sustentadas

Percebe-se que, até a alteração trazida pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, a prática de uma conduta descrita no tipo legal do artigo 231 do Código Penal ensejaria no reconhecimento de um crime contra o costume.

Ora, em uma realidade como a brasileira não parece plausível a adoção do costume (ou da moralidade pública) como objeto de proteção do Direito Penal. Isso porque em uma sociedade, que contém diversas culturas, pensamentos e religiões, não pode haver a imposição à generalidade de modelo de conduta que, com a sua inobservância, não gere lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Considerar apenas a moralidade pública, costumes ou qualquer outro indicativo do conteúdo moralizante feriria gravemente os princípios adotados pelo Direito Penal, quais sejam da mínima intervenção e fragmentariedade, ponto em que a doutrina fortemente dispõe.¹³⁴

por movimentos conservadores predominantes em determinada época; outras se alteram celeremente, acompanhando a camada mais jovem da sociedade[...]o direito não pode ser flutuante em demasia, nem rígido por excesso [...] (d) não se pode olvidar o falso moralismo, regrado por ditames inconsequentes e frutos do conservadorismo de parcela mínima da sociedade[...] (f) determinadas regras morais jamais devem ingressar no universo jurídico, pois permeiam critérios de intimidade e da vida privada dos indivíduos, bens constitucionalmente tutelados e protegidos..." In: NUCCI, 2014, p. 39-40. Ainda, nesse sentido, ver: ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** (Sobre a legitimação das proibições penais). Disponível em: <http://www3.lfg.com.br/material/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹³³ Quanto ao princípio da ofensividade, e sua consequente relação com o princípio da mínima intervenção, Busato defende: "Ainda dentro da função sistemática ou seletora, a pretensão de ofensividade da norma incluída no tipo de ação é associada ao princípio de intervenção mínima, na medida em que só se admite como tipo de ação a conduta que lesione ou ponha em perigo de modo grave bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento da vítima na sociedade. Só assim esses bens jurídicos assumem o caráter de bens jurídico-penais. A primeira coisa necessária para justificar a criação de uma norma incriminadora é a demonstração de que a conduta incriminada representa de algum modo um dano ou ao menos um perigo a um bem jurídico." In: BUSATO, 2015, p. 387.

¹³⁴ Sobre o princípio da mínima intervenção, importante se faz as considerações de NUCCI: "Um dos principais princípios constitucionais penais é o da intervenção mínima, também conhecido como da subsidiariedade ou fragmentariedade. Significa que o Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deve atuar como *ultima ratio* (última opção) na composição de conflitos e interferência de força estatal, afinal, prevalecem os direitos individuais fundamentais, sempre que possível, até que não exista outra alternativa a não ser a coerção punitiva. Diz-se ser o Direito Penal *subsidiário* – e não principal – pois, antes de sua atuação, outros ramos do direito devem ser acionados, tais como civil, processual, trabalhista[...] Elege-se o termo *fragmentário* para demonstrar que o ordenamento jurídico constitui um conjunto de disciplinas, cada qual com seu ramo normativo específico, motivo pelo qual o Direito Penal é somente um *fragmento* do todo." [grifo do autor] In: NUCCI, 2014, p. 105. Ainda, no tocante a ausência de legitimidade de incidência do Direito Penal quando não há lesão a bens jurídicos caros à sociedade, Nucci assevera: "Há muito tempo, defendíamos que não mais se concretizam no seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal estava a merecer uma autêntica reforma nesse contexto. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, possa, ser imorais ou inadequados." In: NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 899.

Aludidos princípios permitem-nos esboçar a ideia de que não é concedida ao Direito Penal a possibilidade de sancionar toda e qualquer lesão ao bem jurídico. E mais, como já referido anteriormente, cabe à tutela penal apenas amparar os bens jurídicos mais caros, de maior valor, à sociedade. Indo ao encontro dessa tese está o fato de que há diversos ramos do Direito, que da mesma forma, possuem a tutela de bens jurídicos, todavia, bens jurídicos estes que não são considerados tão valorosos/caros pela sociedade ao ponto de sancionar a prática com a privação da liberdade de um indivíduo.

Assim, com o advento da Lei nº 12.015/09, percebe-se a alteração do tratamento quanto ao crime de tráfico internacional de seres humanos com fins de prostituição ou exploração sexual. A preocupação não se volta mais ao mínimo ético e sim à pessoa, ao indivíduo afetado pela prática do ato. Tal modificação se deu pela adoção da dignidade sexual como bem jurídico tutelado através da tipificação dos crimes sexuais, enquadrando-se aqui o previsto no artigo 231 do Código Penal.

De fato, tem-se que o conteúdo moralizante, que até então continham os delitos sexuais, agora passou a não ser mais imprescindível, o que por si só indica uma certa evolução da normativa. Isso implicou no reconhecimento da importância de averiguar o real bem jurídico afetado pela prática do crime em comento.

A alteração do raciocínio do legislador foi aplaudida pela doutrina, em que pese alguns doutrinadores ainda sustentarem que o costume e a moralidade pública são os bens jurídicos tutelados pela norma.

Todavia, vislumbra-se que, com exceção de Cezar Roberto Bittencourt, doutrinadores como Celso Delmanto¹³⁵ não apontaram especificamente o motivo pelo qual adotaram a moralidade sexual e os bons costumes como bem jurídico tutelado pelo artigo 231 do Código Penal¹³⁶. Mas, através da leitura de suas obras, verifica-se que há grande possibilidade de que, quando os expoentes assinalam

¹³⁵ DELMANTO, Celso et. al. Código Penal comentado. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³⁶ O que não é o caso de Cezar Roberto Bittencourt, que ensina: “Bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual. Visando limitar territorialmente o exercício da prostituição, tenta-se proibir o tráfico de pessoa com essa finalidade. A despeito da inviabilidade de eliminar a prostituição, que é um mal que aflige a todos os países, uns mais, outros menos, este dispositivo tenta, pelo menos, impedir que prostitutas estrangeiras ampliem esse problema ético-social, que, por si só, já é grande demais. Numa visão bem-humorada do problema, poderia parecer uma certa ‘reserva de mercado’, impedindo que a concorrência estrangeira ingresse no mercado nacional. Contudo, como demonstramos na introdução deste capítulo, o problema é extremamente grave pela proporção que representa o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Objetiva-se, em outros termos, sendo impossível evitar a exploração sexual, pelo menos restringir o seu exercício.” In: BITENCOURT, 2012, p. 183.

como bem jurídico a moralidade sexual, estejam relacionando-a com a dignidade da pessoa humana vista como um valor moral. Isso porque é claro que a moralidade sexual (guardando forte relação com a dignidade sexual) nesse caso seria um valor cuja observância deve ser resguardada pela norma. Aqui não se está refutando a indicação da necessidade de lesão a bem jurídico, todavia implica em reconhecer que por trás de uma norma sempre há a moral. Dessa forma, para esses tratadistas, a moralidade sexual é um valor a ser resguardado pela norma, que não implica em dizer se este ou aquele comportamento sexual é aceito, mas sim se há o atingimento da dignidade vista como valor mínimo que deve ser observado pela normativa penal.¹³⁷

Em que pese a perseverança acima tratada, a indicação acertada do legislador ordinário quanto à dignidade sexual retrata a realidade de um Estado Democrático de Direito.

Isso porque as tendências contemporâneas, em uma sociedade pluralista, passaram a identificar um bem jurídico penal sexual que não mais a moral e, ao realizar a busca, visualizaram a dignidade sexual como faceta do valor maior da Constituição Federal: a Dignidade da Pessoa Humana.

Indicar a dignidade sexual como bem jurídico acaba por implicar no reconhecimento da liberdade sexual ou autodeterminação do indivíduo, uma vez que, no panorama da dignidade da pessoa humana, surgem direitos como liberdade, vida privada e intimidade. Dessa forma, falar em dignidade sexual nada mais é do que falar no reconhecimento de que, ao indivíduo, é concedida a possibilidade de exercer seu direito, de modo que lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência (seja por meio de constrangimento ilegal, ameaça ou violência) na sua autodeterminação. Ora, não se está aqui falando que o indivíduo possa, sob o discurso da autodeterminação, ferir direito alheio, mas sim que, se não houver perigo de lesão ou lesão a direito de outrem, ele tem liberdade de se autodeterminar com relação à questão sexual, de forma livre, sem qualquer interferência psíquica ou física.¹³⁸

¹³⁷ Observa-se uma grande similitude com o preconizado por Jakobs, conforme objeto de estudo anteriormente.

¹³⁸ GRECO, A. O. P; RASSI, 2011.

Sendo a dignidade sexual integrante da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento dessa como qualidade que é inerente a cada indivíduo e que deve ser respeitada por todos os demais indivíduos e pelo Estado é medida que se impõe.

Portanto, o legislador, ao ter reconhecido o bem jurídico tutelado pelo artigo 231 do Código Penal como sendo a dignidade sexual, demonstrando-se pela liberdade ou autodeterminação sexual, adequou a tipificação do bem jurídico do artigo 231 (e de todos os crimes sexuais) aos ditames do Estado Democrático de Direito.

5 DESCONSIDERAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO: ACERTO OU PATERNALISMO?

Aflora aos olhos a ausência de conexão entre o Protocolo internacional e o Direito pátrio no que tange ao crime de tráfico de seres humanos. Referido fato se dá pela desconsideração do consentimento de pessoa maior e capaz pelo nosso Ordenamento Jurídico.

Ora, aparente antinomia das normas leva-nos a verificar a possibilidade de que a legislação seja, por assim dizer, patriarcal¹³⁹ ao não considerar que uma pessoa possa querer ir ao exterior para se prostituir (ou então que queira vir ao Brasil com a mesma finalidade) e, para isso, conte com a assistência de outro indivíduo, fato esse que não é absurdo constatar, visto que os profissionais do sexo vão ao exterior a fim de encontrar melhores condições de trabalho.

Diante disso, merece um destaque a análise do tema do consentimento para então, amparada em uma base sólida, buscar a verificação da observância do Princípio da Proibição à Proteção Deficiente – o qual será objeto de análise no próximo capítulo.

Passar-se-á então ao exame do objeto no qual incide a contraposição do Código Penal em face do Protocolo de Palermo, com o objetivo de identificar a compreensão da acertada, ou não, opção do legislador ordinário brasileiro.

¹³⁹ SILVEIRA, 2008.

5.1 DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

5.1.1 Conceito

Parece simples pensar em um Direito Penal sem a participação da vítima. A prática de um ato que, tipificado, importasse na lesão de um bem do indivíduo, reconhecido como bem jurídico pelo legislador, acarretaria na subsunção do fato à norma, importando na persecução penal para a responsabilização do infrator da lei.

Todavia, em que pese o reduzido número de previsões acerca do comportamento da vítima no Código Penal, vislumbra-se que há uma preocupação com a contribuição do ofendido para a prática da ação tipificada na norma. Observação esta que pode ser feita através do enquadramento da legítima defesa como causa de exclusão da antijuridicidade e, ainda, na aplicação da primeira fase da dosimetria da pena, indicada no artigo 59 do Código Penal, que expressamente dispõe acerca do comportamento da vítima.¹⁴⁰

Somado a essas considerações, não é estranho reconhecer que há a possibilidade de que o ofendido concorra com a prática do ato, no sentido de concordar ou apresentar manifestação favorável à realização da ação tipificada no Código Penal, ciente da consequência que será gerada.¹⁴¹ Trata-se do consentimento do ofendido, o que por muito tempo era representado pelo adágio *nulla injuria est quae volentem fiat*.¹⁴²

Diante disso, forçosa é a análise dos requisitos que conferem validade à aquiescência concedida, visto que o agir comunicativo do ofendido ocasionará a exclusão da tipicidade material através da retirada do risco proibido.¹⁴³

¹⁴⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. In: BRASIL, **Código Penal**. Acesso em 03 out. 2015.

¹⁴¹ Importante ressaltar a importância de que o ofendido saiba da real intenção do ofensor para que seu consentimento seja considerado válido.

¹⁴² PIERANGELI, 2001.

¹⁴³ Entendimento esse preconizado por Marcondes e Guaragni. In: MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski; Guaragni, Fábio André. **O trabalho análogo ao de escravo por jornada exaustiva frente ao consentimento do ofendido**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1831d62b4cb431cf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

5.1.2 Requisitos

Ora, a consideração do consentimento como válido, como já anteriormente mencionado, deve ser tida através da análise dos requisitos imprescindíveis para o ato.¹⁴⁴ Isso porque a ausência de uma das condições mancha a validade da manifestação dada pelo indivíduo.

Portanto, tais requisitos tratam da natureza do bem, capacidade do indivíduo, forma, tempo e modo.

5.1.3 Natureza do Bem

Muito se discute a respeito da natureza do bem ao trazer à baila a possibilidade que o indivíduo possui de dispor de seu bem jurídico.

Fácil seria a compreensão da relação de disponibilidade se o legislador fosse claro ao identificar os bens que entende ser disponíveis ou então indisponíveis. Todavia, melhor sorte não socorre aos intérpretes da lei.

A tarefa da identificação da natureza do bem compete aos destinatários da norma penal, o que por si só gerou a criação de critérios para auxiliar na identificação da natureza do bem jurídico.

Um dos raciocínios adotados revela-se na demonstração da existência da utilidade social, o que implica dizer que a manutenção da incolumidade do bem jurídico só aproveitaria ao Estado se o bem jurídico em questão pudesse, de alguma forma, ser útil à esfera social.¹⁴⁵ Dessa forma, o Estado reconhece como bem indisponível aquele que de alguma forma possui utilidade social que reveste de imprescindibilidade. Na contramão estão os bens jurídicos que, diante do reconhecimento de que compete apenas ao indivíduo a utilização e a possibilidade

¹⁴⁴ Em um primeiro momento, verifica-se a aplicação da teoria estabelecida por Feuerbach, que passou a discernir a necessidade de se estabelecer alguns critérios para que o consentimento do ofendido possa ser acolhido pelo Direito Penal como fonte de vontade válida e, assim, produzir efeito na esfera penal. In: PIERANGELI, 2001.

¹⁴⁵ Delimita-se aqui a diferença entre bem jurídico individual do bem jurídico coletivo, visto que esse último interessa à coletividade.

do gozo, sem que demonstre a utilidade social, revestem-se de disponibilidade pelo seu titular.¹⁴⁶

Apresentando um outro ângulo acerca do estudo da disponibilidade do bem jurídico, há a teoria que limita o estudo à natureza da ação que deve ser instaurada para a responsabilização penal. Em uma visão simplista, os bens jurídicos, cuja lesão importe no ajuizamento de ação pública incondicionada, são dotados de indisponibilidade. Em contrapartida, disponíveis são aqueles bens jurídicos que, quando lesados, necessitam da participação da vítima para que seja dado início à persecução penal, seja através de representação (ação pública condicionada) ou por

¹⁴⁶ Nesses termos, Von Liszt preconiza: “A ofensa de um bem jurídico com o consentimento do ofendido só exclue a ilegalidade do acto, quanto e até onde o direito publico permite a disposição de tal bem, e o titular, são de espirito, dele dispõe seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importância que vae além da pessoa do respectivo titular.” In: VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. p. 245. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2015. Ainda, sobre a disponibilidade do bem jurídico, ensina Echandía apud Starling: “[...] *lo cierto es que existen bienes penalmente tutelados cuyo titular es el Estado, la sociedad o la persona individualmente considerada; que em relación com los dos primeiros, su disponibilidad es juridicamente ineficaz porque transcienden el plano de lo particular para adentrarse em el ámbito de lo social, porque su lesión no solo afecta a una persona sino a toda la colectividad o al Estado mismo, y porque no siendo sujeto passivo de las conductas típicas que protegen tales bienes una persona física determinada sino el Estado o la sociedad, no será lógico en el primer caso ni posible em el segundo la manifestación de voluntad com que se exterioriza el consentimiento; y que em relación con el último titular (persona individualmente considerada), tal disponibilidad es juridicamente eficaz em la media en que no se refiere a bienes o derechos en cuya conservación está interesado de modo directo e inmediato el próprio Estado, como sucede con el bien jurídico de la vida e integridad personal.*” In: STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. p. 59. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9K9UZM/disserta_o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 out. 2015. Somado aos entendimentos ora indicados, Roxin contribui com sua exposição: “*Está excluído de antemano um consentimiento em bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir em la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Así, el perjurio (§154) concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la outra parte, porque de uma o outra forma resulta perjudicada la administración de justicia como bien jurídico protegido em los delitos de falso testimonio. Tampouco em una falsificación de documentos (§267) puede consentir el ‘perjudicado’, pues el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. Del mismo modo, em la usurpación del estado civil (§169) y em la bigamia (§171) se protegen intereses de la comunidad (a saber, respectivamente, el status jurídico familiar em el ámbito público y el ordenamiento matrimonial estatal), de modo que la aquiescencia de la ‘víctima’ de la usurpación del estado civil o del primer cónyuge carece de significado. Este principio tampoco se relativiza por el hecho de que los órganos encargados de la protección constitucional puedan permitir acciones que sin su autorización serian peligrosas para el Estado; pues em esos casos la autoridade actúa como representante del Estado, que es protegido por essa disposición.*” In: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzon Pená. Madri: Civitas, 1997. p. 526-527. Disponível em: <https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

meio da iniciativa da própria vítima (ação penal privada).¹⁴⁷ Todavia, essa teoria vem sendo fortemente rebatida pela doutrina.¹⁴⁸

Em suma, não há na doutrina critério infalível que aponte a disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico¹⁴⁹, todavia cabe aqui ressaltar que, não satisfeito com as teorias apontadas, Pierangeli ainda indicou que, para a verificação da possibilidade de disposição, é necessária a análise não só do Direito Penal, mas também de outros ramos do Direito (e conseqüente inclusão na análise de todas as fontes), bem como do direito consuetudinário.

Não se pode deixar de citar aqui o entendimento articulado por Zaffaroni. Para renomado professor o bem jurídico tutelado pela normativa penal circunda a relação de disponibilidade que o portador tem com o seu objeto, conforme indicado no capítulo anterior. Referido pensamento traz consigo a conseqüência do reconhecimento da inexistência de bem jurídico indisponível. Mas, acrescenta uma medida à disponibilidade. Deriva dessa concepção a ideia de que é concedido ao Estado a regulação da disponibilidade, indicando uma limitação para o exercício da mesma.¹⁵⁰ O que aqui não é admitido é que o Estado exerça uma limitação exacerbada, todavia, para o autor, é legítimo que o Estado promova a restrição da

¹⁴⁷ Ver: PIERANGELI, 2001.

¹⁴⁸ Crítica a essa teoria é feita por Pierangeli: “Um aprofundamento no exame desses dois pontos nos permite concluir pela falibilidade desse critério, do qual resulta apenas uma presunção juris tantum e não de presunção juris et de jure. Ainda quando a persecução se faz mediante queixa-crime ou querela, não se é de concluir pela disponibilidade do bem jurídico, pois, malgrado a ressonância social do dano, o Estado, muitas vezes renuncia à ação penal pública para resguardar interesses do particular, quando a publicidade do processo pode redundar em irreparável prejuízo para o titular do bem jurídico.” In: *Ibidem*, p. 119-120.

¹⁴⁹ Resta pacificado na doutrina que bens patrimoniais gozam de disponibilidade, haja vista que a proteção desses interessa ao indivíduo, o que significa dizer que ao seu portador é outorgada a disposição como bem lhe aprouver no tocante à renúncia da tutela penal. Nesse sentido: “No que toca a bens jurídicos individuais, o do **patrimônio** não suscita, no outro extremo, dificuldades especiais (por mais que às vezes se tente restringir esta afirmação apelando à conhecida função social da propriedade individual): ele é em princípio disponível pelo seu titular...” [grifo pelo autor] In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479. Quanto ao tratamento concedido ao bem jurídico “vida” como indisponível, estar-se-á demonstrando a falibilidade do critério que justifica a indisponibilidade do bem no interesse coletivo, uma vez que é reconhecida a indisponibilidade de um bem individual. Nesses termos, ver: MARCONDES; GUARAGNI. Acesso em: 10 out. 2015. Acrescenta Busato: “A vida é um bem jurídico do qual o sujeito submetido à legislação brasileira não pode livremente dispor. Basta, para a demonstração disso, a incriminação das hipóteses de ortotanásia sob a forma de homicídio privilegiado e de auxílio, instigação e induzimento ao suicídio, ainda que este não se consume.” In: BUSATO, 2015, p. 514.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

prática de certas condutas que importarão na proteção do objeto contra atos de outras pessoas e até mesmo do próprio portador.¹⁵¹

Tendo em vista essas concepções, importante, portanto, se faz a análise casuística para análise da natureza do bem.

5.1.4 Capacidade do Ofendido

Para que o consentimento seja considerável válido, a capacidade do ofendido de se determinar com o ato e assim expressar sua real vontade se torna imprescindível.¹⁵² Isso porque não se verifica a possibilidade de que pessoa que não tenha a capacidade manifeste-se favoravelmente à prática de um ato que lese seu bem jurídico.

Dessa forma, em que pese o Código Penal não regular o instituto do consentimento, a doutrina indica raciocínios para a verificação da capacidade do ofendido, que circunde a compreensão que ele tem acerca do ato, da sua amplitude e consequência. Dessa forma, há a necessidade de que essa capacidade seja plena e não esteja afetada por circunstância interna e externa que retire essa completude.

Sob esse raciocínio, a primeira instância a ser analisada trata-se da idade do indivíduo. A fim de sanar omissão da lei, a doutrina adotou a idade relacionada à imputabilidade penal, qual seja, dezoito anos.¹⁵³ Fato é que o critério etário revela

¹⁵¹ Nesse seguimento, Marcondes e Guaragni sustentam: “Daqui deriva a discussão dos motivos pelos quais o Estado pode limitar campos de disponibilidade do indivíduo, sobretudo no marco da equação liberal, em que o Estado exige para o indivíduo, e não o avesso. Sem esgotá-los, pode-se afigurar, de partida, dois grupos de casos: a) situações em que a limitação da disponibilidade diz com a preservação de interesses supraindividuais, sem que isso se confunda com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica [...]; b) situações em que a agência estatal emite ordenamento jurídico limitador do âmbito de disponibilidade individual tendo em conta fragilidades do próprio indivíduo. [...] é inadequada a recusa de toda a intervenção estatal limitadora da disponibilidade do titular em relação ao ente, desde que haja efetiva necessidade de proteger o indivíduo de si mesmo, por exemplo, quando portadores de psicopatologias que os conduzam a exporem-se diante de perigos, ou para compensar situações em que a posição do indivíduo é desinformada (faltando-lhe adequada compreensão do objeto de aquiescência) ou seu campo de disponibilidade esteja tão constricto que a liberdade de vontade esteja diante de gargalos intransponíveis (ausência de vontade livre)”. In: MARCONDES; GUARAGNI. Acesso em: 10 out. 2015

¹⁵² Aqui cabe primordial observação de que, se houver mais de um ofendido pela prática do ato, o consentimento deverá ser exteriorizados por todos. Nesse sentido: “Na hipótese de duas ou mais pessoas físicas serem titulares do bem jurídico, como ocorre por exemplo, na co-propriedade, o consentimento deve ser validamente dado por todas elas.” PIERANGELI, 2001, p.133.

¹⁵³ PIERANGELI, 2001.

que não é possível que o Código Penal adote uma idade para considerar o indivíduo como capaz de se autodeterminar com a prática do ato e outra para que o ofendido manifeste-se favoravelmente com a prática desse, raciocínio esse que Pierangeli acompanha.¹⁵⁴

Portanto, com a adoção do critério etário acima indicado, considera-se portador de capacidade plena o indivíduo que possua, no mínimo, dezoito anos. Considera-se ainda, aqui, inclusas as hipóteses de emancipação expressa, todavia, na hipótese de emancipação tácita, caberá ao magistrado analisar a validade da manifestação favorável.¹⁵⁵

Todavia, a averiguação da capacidade não se encerra no critério etário.

Necessita-se da verificação da existência de incapacidades naturais aquele que consente, diante do fato de que a manifestação pode estar maculada por conta de doença mental, algumas delimitações físicas (surdo-mudo) e por conta de fatores externos como embriaguez e uso de entorpecentes.

Imprescindível se faz a observação de que a existência desses fatores por si só não afasta a capacidade do ofendido de autodeterminação. Isso porque, diante do caso concreto, poder-se-á verificar que, em que pese o indivíduo estar acometido por alguma doença mental, por exemplo, no momento em que expressou seu consentimento tinha plena capacidade de entender e se determinar com o entendimento.¹⁵⁶

Verifica-se, portanto, que o objetivo de indicar incapacidades naturais não foi reduzir a condição do ofendido, mas sim resguardar a sua real vontade em face da possibilidade de ter seu bem lesionado pela incapacidade de expressar o conteúdo volitivo com precisão.

¹⁵⁴ PIERANGELI, 2001.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Importante ressaltar que a análise da incapacidade se dá no momento da manifestação, o que afasta o reconhecimento de invalidade do consentimento no caso de incapacidade superveniente.

5.1.5 Forma

Ainda, o consentimento deve ser exteriorizado.¹⁵⁷ Referida exigência não necessariamente repele o consentimento tácito, incluindo aqui o silêncio, em virtude de que esse também acaba por exteriorizar o conteúdo volitivo.¹⁵⁸ A exigência que aqui se dá é que o consentimento se revista de evidência e que possa ser inequívoco.

Em razão disso, a doutrina aceitou ambas as formas do consentimento: o expresso e o tácito.

O consentimento expresso se dá através da oralidade ou por meio da escrita.

Por sua vez, o consentimento tácito se dá por atitudes que demonstram a aceitação da prática do ato. Aqui não implica a inércia do indivíduo, já que essa não pode ser considerada como consentimento.

Há de se ressaltar que, como regra, a revogação deve ser realizada observando a forma pela qual o consentimento se exteriorizou.

Dessa maneira, não se verifica um rigor na forma, todavia deve-se ter em mente a importância da clareza quanto à exteriorização da vontade do ofendido.

5.1.6 Tempo

Doutrinariamente resta pacificado o entendimento de que a manifestação favorável deve ser realizada em momento anterior à prática do ato ou durante a execução do mesmo, sob pena de caracterização de outros institutos do Direito Penal como, por exemplo, perdão do ofendido.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cabe lembrar do alerta feito por Roxin: “*Un consentimiento en sentido jurídico supone que se exteriorice de cualquier forma (así la denominada ‘teoría intermedia o mediadora’)*.” In: ROXIN, 1997, p. 532.

¹⁵⁸ Sobre o consentimento tácito, Roxin nos presenteia com seu precioso escólio: “*Incluso en la violación (§177) el tipo sólo puede darse por excluído cuando una eventual ‘anuencia interna’ de la mujer es reconocible de alguna forma exteriormente. No es preciso que eso ocurra mediante palabras, pero se debe desprender de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a toda ‘manifestación’ y atender solamente a los ‘pensamientos más íntimos’ de la mujer, en su caso contradictorios con su conducta externa, entonces se pedería toda seguridad jurídica y se abriría un campo excesivamente amplio a los inconsistentes errores de tipo del autor.*” In: Ibidem. p. 535.

¹⁵⁹ PIERANGELI, 2001, p. 156.

Da mesma forma, a revogação do consentimento deverá ser exteriorizada em momento anterior ao término da prática do ato consentido, visto que de nada terá efeito se manifestada após o término. Ora, não é exigível do destinatário da revogação que interrompa a prática consentida quando não lhe é mais possível.¹⁶⁰

Ainda mais, a revogação do consentimento – se concomitante – não gera a inaplicabilidade dos efeitos da manifestação favorável, sendo que esses serão aplicados até o momento da revogação. E, caso não haja a interrupção do ato no momento da revogação, gerará a responsabilização do agente no que tange aos atos praticados posteriormente.¹⁶¹

Por fim, cabe ressaltar que no assentimento pode incidir condição suspensiva ou resolutiva e termo.¹⁶²

5.1.7 Vícios de Vontade

Integrando as possibilidades que maculam o consentimento outorgado estão os vícios de vontade. Diferentemente do Direito Civil, em que o ato pode ser convalidado mesmo que haja algum vício, a manifestação favorável da vítima não pode ser validada quando fatores externos retiram sua liberdade de consentir livremente com o fato, visto que contrapõe a exigência de que o real conteúdo volitivo seja exteriorizado. Dessa forma, quando houver erro, engano, ameaça, violência ou vulnerabilidade haverá a invalidade do consentimento.

Cabe aqui algumas considerações.

Primeiramente, no tocante ao erro e ao engano, a doutrina leciona que ambos devem recair sobre a determinação do bem jurídico lesionado.¹⁶³

Ainda, quanto ao engano, a doutrina adicionou mais uma hipótese para a caracterização do vício de vontade, abarcando os casos em que há engano quanto à situação pela qual se renuncia a integridade do objeto de proteção.¹⁶⁴

¹⁶⁰ PIERANGELI, 2001.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Greco e Rassi trazem à baila um exemplo para clarear esse ponto: “No raciocínio de ARZT, o consentimento de ‘A’ que autoriza ‘B’ a lhe aplicar uma injeção relaxante, sendo certo que ‘B’ lhe oculta que a injeção tem efeitos prejudiciais à saúde, é ineficaz. Isso porque existe um erro relativo ao bem jurídico (integridade corporal ou saúde) que, segundo sua teoria exposta, torna ineficaz o consentimento.” In: GRECO, A. O. P; RASSI, 2011, p. 120.

Quanto à ameaça e violência, não há presunção absoluta da invalidade do consentimento outorgado pelo ofendido, que só restará configurada se a liberdade de decisão restar limitada ao ponto de não poder expressar sua vontade real.

Por sua vez a vulnerabilidade aqui indicada refere-se à situação econômica, social e até mesmo psicológica da vítima.¹⁶⁵

Feitas tais ponderações, imprescindível se faz a verificação do consentimento no crime de tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual.

5.2 CONSENTIMENTO E O ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL

Tem dia que você pode fazer 3 ou 4 programas, tem dia que você faz 5, 6, depende se é dia de semana, se é fim de semana. Por exemplo, na segunda feira não dá gente, mas na semana que vem, vamos dizer que tem uma despedida e lota... Ele [o dono do clube] cobrava a diária e o resto o que você fizesse era seu. Eles cobravam 40 euros a diária. Se você fizesse 300, 400, 500 euros, era seu. Eu cheguei a fazer 400. Mas, eu não era aquela menina que dizia, eu vou para isso. Porque para mim era até uma diversão, tenho até umas amigas e sempre falamos disso, que gente perdeu muito dinheiro porque a gente se sentava e passava toda a noite conversando [...].¹⁶⁶

Tendo por base o depoimento acima transcrito, é admissível que as pessoas que resolvem sair do país (ou entrar no país) com o intuito de se prostituir, e por conta disso, contam com o auxílio de outrem, recebam o tratamento concedido àquelas que são levadas contra a sua vontade?¹⁶⁷

Pela nossa legislação atual parece que sim. Não há no crime de tráfico de seres humanos para fins de prostituição ou exploração sexual qualquer

¹⁶⁴ Quanto a essa hipótese vale mencionar o entendimento de Greco e Grassi: “O primeiro caso é o da mulher que, enganada sobre um acidente envolvendo um filho seu e a pretexto de lhe salvar a visão, realiza o transplante da sua própria córnea. Na verdade, o autor que deu a falsa notícia quer utilizar o transplante para outro fim ou simplesmente para lesioná-la.” In: GRECO, A. O. P; RASSI, 2011, p. 121.

¹⁶⁵ GRECO, A. O. P; RASSI, 2011.

¹⁶⁶ PISCITELLI, Adriana. Sujeição ou Subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha. **História e Perspectivas**. n. 35, p. 36-37, jul./dez., 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/view/19060/10247>>. Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁶⁷ Ressalta-se que no presente trabalho importa o consentimento dado por pessoa maior e capaz.

consideração do conteúdo volitivo expressado pela “vítima”, indicando a indiferença concedida à distinção entre prostituição forçada e prostituição voluntária.

Incoerente seria admitir a justificativa concedida por alguns intérpretes da lei que revestem a opção do legislador brasileiro trazendo consigo o argumento de que impedirá a impunidade que poderia ser gerada caso houvesse a aceitação do assentimento nesse delito.¹⁶⁸ Ora, reduzir o consentimento do ofendido à figura de obstáculo à garantia da justiça não parece ser um argumento razoável. Diante disso, *a priori*, verifica-se a relativização e certa banalização pelo que se entende por vítima do crime de tráfico de pessoas, argumento esse que será analisado em momento oportuno.

Percebe-se, por hora, que a problemática do tema gira em torno do desprezo conferido ao consentimento de pessoas cuja capacidade para consentir é verificada, tratamento este que não é perceptível no Protocolo de Palermo, diante da adoção do instituto penal do consentimento.

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, precisamente no artigo 3º, indica expressamente que somente haverá o reconhecimento da prática de crime de tráfico de seres humanos quando houver consentimento, quando esse for fruto de vícios de vontade.¹⁶⁹

Ora, é perceptível que, mesmo não sendo objeto primordial do Protocolo de Palermo, houve o reconhecimento da liberdade de autodeterminação do indivíduo. Obviamente existe a distinção da prostituição voluntária e da forçada. Isso posto, resta indagar se houve equívoco por parte da legislação pátria.

Relembrando o que foi objeto de estudo, tem-se que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 231 do Código Penal é a dignidade sexual (traduzindo-se em

¹⁶⁸ Nesse sentido: RIBEIRO, Anália Belisa. O Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord). **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁶⁹ 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); In: BRASIL, **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004**. Acesso em: 25 out. 2015.

liberdade e autodeterminação sexual)¹⁷⁰. Tendo por base o bem jurídico tutelado bem como o contido no artigo em comento, extrai-se, portanto, que o Estado reconhece a ofensa à dignidade sexual da suposta vítima mesmo que ela exteriorize sua vontade de ir ao exterior, ou então de vir ao Brasil, com finalidade de prostituição, e, para a efetivação da sua vontade, conte com auxílio de terceiro, tido então por traficante.

Em verdade, vislumbra-se que a liberdade e a autodeterminação sexual, bens jurídicos que o Direito Penal dispôs-se a tutelar, são amortecidas pelo mesmo artigo. Fato é que não há observância da liberdade sexual individual pelo artigo 231 do Código Penal, uma vez que, mesmo tipificando a conduta da pessoa que de alguma forma auxilia na consumação da vontade da suposta vítima, de forma indireta impede que o indivíduo escolha exercer sua liberdade sexual. Em suma, o tratamento jurídico concedido nesse delito traduz-se na seguinte afirmação: Independentemente do querer individual, devo (Estado) protegê-la (pessoa) contra o sua vontade, em virtude de que a prostituição consiste na sua redução à objeto sexual, fato que desconhece diante da sua vulnerabilidade.

O esvaziamento da liberdade de escolha do indivíduo, sob o pretexto de que a prostituição acarreta lesão à dignidade da pessoa humana¹⁷¹, não merece prosperar justamente porque o Princípio da Dignidade Humana confere ao cidadão, conforme já mencionado, liberdades (inclusive sexual), e essa liberdade pode traduzir-se na prostituição.

A conclusão que se extrai para a ausência de valoração da vontade individual é o resquício da moral incidente no tráfico de seres humanos. Trata-se de paternalismo¹⁷² estatal exacerbado. Não se está aqui a discutir a proteção estatal genérica, pelo fato de que há situações em que o Estado poderá intervir para impedir que haja lesão provocada pelo próprio portador do bem jurídico ou por

¹⁷⁰ Diante da alteração da normativa penal pelo reconhecimento de que os bons costumes não mais poderiam ser tutelados pelo Direito Penal sem que houvesse qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, conforme anteriormente indicado.

¹⁷¹ Posição seguida pelo grupo abolicionista *Coalition Against Trafficking in Women*, organização não governamental, que propaga a ideia de que a prostituição retira a dignidade da mulher pelo fato de reduzir a vítima à figura de objeto sexual, motivo pelo qual integra o rol da exploração sexual. Disponível em: <<http://catwinternational.org>>. Acesso em: 25 out. 2015

¹⁷² “Por paternalismo eu compreendo, superficialmente, a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.” In: DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. Tradução de João Paulo Ordini Martinelli. Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas tendências do Sistema Criminal. v. 4, n. 6, p. 9, jul./dez., 2009. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.6.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

outrem contando com o assentimento.¹⁷³ Todavia não deve ser objeto de aceitação a simples incidência da vontade estatal na esfera individual com o intuito de coibir condutas das pessoas, que detém capacidade para se determinar, pelo simples viés moralista.¹⁷⁴ Ora, está-se diante de uma forma indireta de desencorajamento da prática da prostituição.

A redução da prostituição à escravidão sexual não condiz com o Estado Democrático de Direito. Não se está aqui negando a possibilidade de que pessoas possam sofrer violência por conta da prostituição (o que deverá ser objeto da preocupação estatal), mas o que se quer incutir é a ideia de que o indivíduo possui o direito de ser livre, direito esse previsto constitucionalmente. Compreender a liberdade individual consiste no reconhecimento de que o indivíduo possui direito de escolha, e isso inclui o direito de determinação sexual.

Tratar a pessoa que quer se prostituir (prostituição essa exercida de maneira livre) como traficada e a pessoa que auxilia como traficante está longe de ser compreensível. A lei deve se voltar àquelas vítimas que saem do país (ou entram) sem a ciência das condições reais de trabalho a que serão submetidas. Nesse caso, verifica-se que o consentimento não exclui a tipicidade do delito, visto que, se soubessem da realidade, não consentiriam com a prática do ato tipificado pela norma. Ademais, deve-se ter em mente que muitas vezes as pessoas consentem pelo simples fato de não terem outra opção diante da sua realidade (social, econômica ou familiar, por exemplo), o que implica em vulnerabilidade. Fato é que a ela foi indicada pelo Protocolo de Palermo como integrante do rol que retira a validade do consentimento da vítima.

Pois bem.

Diante do raciocínio realizado, verifica-se que a doutrina discorda da opção legislativa em desconsiderar o consentimento como válida para a exclusão da subsunção do fato à norma.¹⁷⁵ É perceptível que a dignidade sexual trata-se de bem

¹⁷³ Ver: MARCONDES; GUARAGNI. Acesso em: 25 out. 2015

¹⁷⁴ Nesse sentido: "Na realidade, de paternalismo a simples moralismo, em se tratando de questões que unicamente tenham por escopo a restrição da liberdade de indivíduos adultos pela mera suposição de não serem eles aptos a uma livre escolha de agir em um determinado tempo, estas devem ser repudiadas. Não se pode aceitar que se venha a considerar que uma pessoa adulta não possa atuar livremente quanto ao sexo. Seria de vilania moral, se não paternalista, entender-se que a proteção de indivíduos face ao que o Estado entende ser danoso a si justifica um tolhimento da capacidade de autodeterminação. Se esta não é violada, nunca é de se admitir a violência maior do Estado ao criar leis restritivas da liberdade individual." In: SILVEIRA, 2008, p. 150.

¹⁷⁵ Nesse sentido: SALGADO, Daniel de Resende. **O bem jurídico tutelado pela criminalização do tráfico internacional de seres humanos**. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de->

jurídico disponível e mais, não se vislumbra que a opção pela prostituição acarrete em lesão a esse bem. O simples fato de auxiliar alguém a sair ou entrar no país para o efetivo exercício da prostituição não deveria ser considerado como crime, diante da ausência de tipicidade material, pela ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Todavia, a solução não deve ser tão simplista, diante do fato da imperiosa análise da validade do consentimento concedido, que deverá ser livre de qualquer influência que acarrete em vício da vontade.

6 CONCLUSÃO

A Carta Magna de 1988 outorgou ao Estado o dever de proteção que consiste na salvaguarda dos direitos fundamentais que, na sua maioria, estão indicados no rol do artigo 5º. Por tamanha importância que lhes é dada, revestiram esses direitos em cláusulas pétreas, as quais impedem que haja qualquer alteração por meio de emenda constitucional. Isso porque se percebe que os direitos fundamentais guardam profunda relação com a dignidade da pessoa humana, valor esse essencial e fundante da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, traduz-se na dignidade sexual, implicando no reconhecimento da liberdade e autodeterminação sexual do indivíduo. Dessa forma, através da análise realizada pelo presente trabalho, extraiu-se que a opção do legislador em alterar a indicação do bem jurídico tutelado através da tipificação do crime de tráfico internacional de seres humanos, que antes era indicado como sendo os costumes, em dignidade sexual, reflete a adequação da legislação tendo por base a liberdade individual, direito esse amparado pelo Estado de Direito, o que por si só impede que a tutela da conduta sexual desejável impere em nosso Ordenamento Jurídico.

Eram os tempos em que o Direito Penal era instrumento de adequação das condutas sexuais ao padrão exigido pelas classes dominantes ou pela igreja. Hodiernamente, ele deve ser vislumbrado como proteção dos bens jurídicos,

aqueles de importância tal que necessitam da tutela do Estado, através do instrumento penalizador mais severo, que é o Direito Penal. O que, a princípio, parece ter aflorado aos olhos do legislador infraconstitucional.

Diga-se “a princípio”, porque, através da análise do artigo 231 do Código Penal, não pareceu que o legislador ordinário tenha se desincumbido de retirar todo o conteúdo moral que antes incidia. Conclusão essa que se dá a partir da verificação da desconsideração do consentimento da “vítima”.

Ora, não é cabível o reconhecimento de que o consentimento proveniente de pessoa maior e capaz, que tenha concordado livremente com o deslocamento para outro país com o intuito de prostituição, não seja válido para a retirada da tipicidade do crime, diante da ausência de risco proibido.

Pode-se extrair da decisão do legislador um paternalismo exacerbado, visto que reduz a pessoa à hipossuficiência.

Ademais, aflora aos olhos o conteúdo moralista pelo simples fato de que, ao desconsiderar o consentimento, a legislação brasileira acaba por desestimular a prática da prostituição, visto que, ao impedir que alguém obtenha auxílio de outrem, acaba colocando barreira para o exercício da sua autodeterminação sexual.

Ao impedir o exercício da liberdade sexual, sob o discurso de proteção da vítima (pelo princípio da proibição de proteção deficiente), o Estado está recorrendo em erro, diante do fato de que utiliza por base a necessidade de proteção do bem jurídico quando, na verdade, está impondo limites ao reconhecimento e exercício do mesmo.

Dessa forma, a resposta que se extrai ao questionamento realizado na introdução do nosso estudo consiste em um “depende”.

O Estado protege as pessoas que não consentem com a prática do crime de tráfico internacional de pessoas com finalidades sexuais. Todavia, afronta o direito de liberdade e autodeterminação daquelas que querem exercer a prostituição no exterior (ou então no Brasil) e, para isso, contam com o auxílio de outrem.

Isso posto, estar-se-á diante de almas roubadas, seja pela prática do ilícito penal (sem o consentimento ou quando este é inválido) ou então pela desconsideração do consentimento válido, importando na restrição da liberdade individual de autodeterminação sexual, este último contrapondo-se gravemente com o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Livro V. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 1164. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 16 set. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades**. Nº 1, p. 18, maio-agosto, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BORGES FILHO. Francisco Bismarck. **Crime Organizado Transnacional**: Tráfico de Seres humanos. Disponível em <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2187/CRIME_ORGANIZADO_TRANSNACIONAL - TRAFICO DE SERES HUMANOS](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2187/CRIME_ORGANIZADO_TRANSNACIONAL_-_TRAFICO_DE_SERES_HUMANOS)>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Lei n. 3.353 de 13 de maio de 1888. **Lei Áurea**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. **Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de

1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal da República.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 19 jul. 2015

_____. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Decreto n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Exposição de Motivos.** Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Decreto n. 5591 de 13 de julho de 1905.** Promulga a adesão do Brazil ao Accordo concluido em Paris entre varias Potencias em 18 de maio de 1904, para a repressão do trafico de mulheres brancas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5591-13-julho-1905-549054-norma-pe.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. **Decreto n. 2.992 de 25 de setembro de 1915.** Modifica os arts. 266, 277 e 278 do Codigo Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2992-25-setembro-1915-574945-publicacaooriginal-98038-pl.html>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

_____. **Decreto nº 4.756 de 28 de novembro de 1923.** Approva a Convenção relativa á Repressão do Trafico das Brancas e outros actos internacionaes assignados em Paris a 4 de maio de 1910. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4756-28-novembro-1923-567926-publicacaooriginal-91283-pl.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. **Decreto nº 16.572 de 27 de agosto de 1924.** Promulga a Convencao Internacional para a repressao do trafico de mulheres brancas e o respectivo protocolo de encerramento, assinados em Paris a 04/05/1910. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/BE962CA6C2B99BE0032569FA00764AD5?Opendocument>>. Acesso em: 17 jul. 2015

_____. **Decreto n. 23.812 de 30 de janeiro de 1934.** Promulga a Convenção para repressão do tráfico de mulheres e crianças, firmada em Genebra, a 30 de setembro de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23812-30-janeiro-1934-532552-publicacaooriginal-14795-pe.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. **Decreto n. 2.954 de 10 de agosto de 1938.** Promulga a Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores, firmada em Genebra, a 11 de outubro de 1933. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2954-10-agosto-1938-345722-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. **Decreto n. 46.981 de 08 de outubro de 1959.** Promulga, com o respectivo Protocolo Final, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Lake Success Nova York, em 21 de março de 1950, e assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-46981-8-outubro-1959-386048-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 jul. 2015

_____. **Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004.** Promulga 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____, Secretaria Nacional de Justiça. **Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.** Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2010/11/RELATORIO_DO_PNET_Miolo_FINAL_para_impressao.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____, Ministério da Justiça. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011.** Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** n. 206.607/GO, 5ª T, rel. Min.Laurita Vaz, j. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254348/habeas-corpus-hc-206607-go-2011-0108068-2-stj/inteiro-teor-25254349>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** parte geral: introdução, norma penal, fato punível. v. 1.5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. _____. **Direito Penal: parte especial 1.** São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLARES, Marcos. **I Diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos:** São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2004_diagnostico_tsh.pdf. Acesso em: 25 jul. 2015.

DALLA DEA, Marcelo Gobbo. **A evolução do acesso à Justiça Criminal, sob a ótica da vítima e de seu cotidiano.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Paranaense. Umuarama, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp075842.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal comentado.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 3. ed. ver. atual. ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. Tradução de João Paulo Ordini Martinelli. **Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas tendências do Sistema Criminal.** v. 4, n. 6, p. 9, jul./dez., 2009. Disponível em: http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.6.pdf. Acesso em: 25 out. 2015.

DUARTE, Melina. A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel. **Revista Estudos Hegelianos**, ano 6, n.10, p. 75, p. 75-76, junho, 2009. Disponível em: <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015

ESCANTE, Mijail Mendonza. **Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales.** p. 10. Disponível em: <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/control.material.resoluciones.judiciales.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. _____. **Direitos fundamentais e direito penal:** a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FONSECA, Guido. **História da Prostituição em São Paulo.** São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte especial. v. 3. São Paulo: Bushatsky, 1959.

FREYRE, Gilberto. **Casa – Grande & Senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal:** normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena.** São Paulo: Lumen Juris, 2008.

_____, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. Niterói: Impetus, 2006.

_____. _____. **Curso de Direito Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal:** Teoria do Injusto penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** v.3. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos Crimes contra a paz pública. 12.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. **Tráfico internacional de mulheres e crianças:** Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski; GUARAGNI, Fábio André. **O trabalho análogo ao de escravo por jornada exaustiva frente ao consentimento do ofendido.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1831d62b4cb431cf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Tráfico de pessoas e consentimento: uma breve reflexão. **Boletim IBCCrim**, n. 221.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/13.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Crimes contra os costumes: comentários aos arts. 213 a 226, e 108, VIII, do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1943.

_____. **Direito penal.** 22.ed. atual. Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código penal comentado.** 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Prostituição, lenocídio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Lilian Rose Lemos Soares. Tráfico de seres humanos. **Revista do Curso de Direito**, Brasília, v. 3, n. 2, jun./dez. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. **Global Report on Trafficking in Persons 2014.** *United Nations Publication Sales n.º. E. 14. v. 10.* Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PISCITELLI, Adriana. Sujeição ou Subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha. **História e Perspectivas**. n. 35, p. 36-37, jul./dez., 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. _____. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 9.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A Revolução do Cumprimento da Lei**: os traços negativos da cordialidade. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/EP0137%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/EP0137%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?** (Sobre a legitimação das proibições penais). Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. _____. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzon Penã. Madri: Civitas, 1997. Disponível em: <https://juristasfraternitas.files.wordpress.com/2012/01/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

SALGADO, Daniel de Resende. **O bem jurídico tutelado pela criminalização do tráfico internacional de seres humanos**. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/escravtraf/artigo%20tr_341fico%20de%20seres%20humanos%20_para%20publica_347_343o%20-%20nova%20co_205.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade**: notas a respeito dos limites e possibilidade da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/11711/11776/11bae?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais**: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005. Leme: J.H.Mizuno, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O Bem Jurídico e a Constituição Federal**. Disponível em: <http://amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2015.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9K9UZM/disserta_o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 out. 2015.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Proibição da proteção deficiente**: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Teorias da Justiça) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2014. Disponível em: <http://uenp.edu.br/index.php/doc-proaf/doc_view/5187-alexandre-moreira-van-der-broocke>. Acesso em: 20 out. 2015.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1899. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo II. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia., 1899. Disponível em: <<http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/14022012221036.pdf>>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.