

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ana Paula da Fonseca Rodrigues

Processo penal e ineficiência jurídica no combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes: a instrumentalização jurídica da proteção eficaz

Doutorado em Direito

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ana Paula da Fonseca Rodrigues

Processo penal e ineficiência jurídica no combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes: a instrumentalização jurídica da proteção eficaz

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na subárea Direito Processual Penal, linha de pesquisa Tutela Penal e Efetividade Processual das Liberdades, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ana Paula da Fonseca Rodrigues

Processo penal e ineficiência jurídica no combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes: a instrumentalização jurídica da proteção eficaz

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na subárea Direito Processual Penal, linha de pesquisa Tutela Penal e Efetividade Processual das Liberdades, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira (Orientador).
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

RESUMO

A tese analisa o tratamento jurídico dado ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes no Brasil, especialmente sob o aspecto instrumental.

Inicialmente, aborda o valor da dignidade da pessoa humana, propondo uma atenção prioritária a crianças e adolescentes, em virtude da situação de desenvolvimento e de vulnerabilidade destas pessoas.

Em seguida, analisa sob dois aspectos a proteção da dignidade pessoal em situações de tráfico internacional de crianças e adolescentes. O primeiro deles aborda o sistema internacional de proteção e o combate ao tráfico, ressaltando a influência da conjuntura externa no desenvolvimento do direito interno. O segundo aponta a inserção do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a insuficiência da tutela ora existente.

Posteriormente, é analisado o impacto jurídico relativo ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes nos sistemas estatais com base nos impactos dos tratados internacionais na soberania dos Estados e na necessidade de integração e cooperação penal internacional.

Sob a perspectiva de direito material, a pesquisa trata da diretriz constitucional de incriminação da conduta do tráfico de pessoas. Posteriormente, dedica-se ao estudo dos instrumentos legais de combate ao tráfico humano no Brasil para, em seguida, analisar a tipologia do crime (artigo 149-A do Código Penal, com redação dada pela Lei n.13.344/2016), além de fazer referência aos aspectos criminológicos do tema, incluindo a vitimologia.

O enfrentamento da questão central deste estudo demanda também o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da parte instrumental do direito.

Por fim, a tese contempla propostas para aperfeiçoar o sistema visando tornar eficaz a instrumentalização jurídica contemporânea. O tema demanda ainda tratamento que extrapola o âmbito jurídico ao exigir estudo interdisciplinar e envolver áreas diversas do conhecimento, dentre elas, a antropologia, a educação, as ciências sociais, a sociologia, a filosofia e a criminologia.

Palavras-chave: Processo Penal. Direitos humanos. Tráfico de pessoas. Proteção de crianças e adolescentes. Tráfico Internacional.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze and review the legal treatment given to the fight against international trafficking of children and adolescents in Brazil, especially under instrumental terms. The study starts with a research on the value of the dignity of the human person; then, it proposes that priority attention is given to children and adolescents, due to the condition of development and state of vulnerability of these individuals. Subsequently, a protection of personal dignity in the context of international trafficking of children and adolescents is investigated by a two-fold approach. Firstly, it is addressed the international system of protection and fight against trafficking, highlighting the influence of the external environment in the development of domestic law. Secondly, it is pointed out the recent inclusion of the human trafficking in Brazilian legal order, mainly stressing the existing lack of tutelage of children and adolescents. The study briefly shows the legal protection in force in Mercosur's member states (Argentina, Paraguay and Uruguay), the United States of America, Portugal and the United Kingdom. From the point of view of material law, it deals with the constitutional guideline of the criminalization of the conduct of human trafficking, the legal instruments to confront it in Brazil, and, finally, analyzes the typology of this crime (article 149- under drafting of Law n.13.344 / 2016). The thesis points out the failure of the contemporary Brazilian legal system in providing adequate solutions to define the typology of human trafficking crime and proposes the improvement and development of the system in order to make effective the legal instruments in this area. This issue demands further attention that goes beyond the legal scope, requiring inter and transdisciplinary studies that cover the law and its interaction with several fields of knowledge, including anthropology, education, social sciences, sociology, philosophy and criminology.

Keywords: Criminal Procedural Law. Human rights. Human Trafficking. Protection of children and adolescents. International Trafficking.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone di analizzare e indagare il trattamento giuridico dato alla lotta alla tratta internazionale di bambini e adolescenti in Brasile, soprattutto sotto l'aspetto strumentale. Il punto di partenza della ricerca è stato il valore della dignità della persona umana; si propone, in seguito, un'attenzione prioritaria a bambini e adolescenti, a causa della loro situazione di sviluppo e della loro vulnerabilità.

Si procede poi all'investigazione della protezione della dignità personale in situazioni di tratta internazionale di bambini e adolescenti, suddivisa in due parti. La prima parte riguarda il sistema internazionale di protezione e lotta alla tratta, sottolineando l'influsso esercitato dalla congiuntura esterna nello sviluppo del diritto interno. Nella seconda parte è presentata il recente inserimento della tratta di essere umani nell'ordinamento giuridico brasiliano, mettendo in evidenza, particolarmente, l'inadeguatezza della tutela esistente di bambini e adolescenti.

Lo studio presenta brevemente la protezione giuridica di questi aspetti negli altri stati istitutori del Mercosul (Argentina, Paraguay e Uruguay), negli Stati Uniti d'America, in Portogallo e nel Regno Unito.

Sotto la prospettiva del diritto materiale, si occupa dell'orientamento costituzionale sulla criminalizzazione della condotta della tratta di essere umani, degli strumenti giuridici per combattere la tratta di esseri umani in Brasile e, infine, analizza la tipologia di reato (articolo 149-A del Codice Penale, con la stesura della legge n. 13.344 / 2016).

La tesi rileva l'insufficienza del sistema giuridico interno brasiliano contemporaneo nel fornire soluzioni adeguate alla tipologia di reato di tratta di essere umani e propone di migliorare e sviluppare il sistema al fine di rendere effettivi gli strumenti giuridici in questo settore. L'argomento domanda un trattamento che vada oltre lo scopo giuridico, richiedendo studi inter- e transdisciplinari che coprano la legge e il suo dialogo con le diverse aree della conoscenza, tra cui l'antropologia, l'educazione, le scienze sociali, la sociologia, la filosofia e la criminologia.

Parole chiave: Procedura Penale. Diritti umani. Tratta di persone. Protezione di bambini e adolescenti. Tratta internazionale.

Dedico esta tese à minha mãe, Ilda da Fonseca Paixão Rodrigues, que me deu condições materiais e emocionais para realizar este trabalho. Sem o seu apoio incondicional, nada seria possível.

Ao meu pai, Eugênio Augusto Rodrigues, que já está no plano espiritual, mas certamente me deu forças para chegar até aqui. Ele sabe que não foi fácil.

À minha filha Ana Laura da Fonseca Rodrigues Martins, que veio ao mundo para me ensinar o que é amar de forma incondicional. Peço desculpas a ela pelo tempo roubado, mas que será devidamente compensado.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, sem dúvida, modelo de conduta e profissional de excelência que serve de inspiração a todos que almejam ou exercem a atividade acadêmica.

Ao orientador desta pesquisa, Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira, pelo respeito e profissionalismo com os quais sempre fui tratada. Serei eternamente grata.

Ao Professor Doutor Roberto Ferreira Archanjo da Silva, que mesmo sem ser meu orientador, não se furtou a ajudar sempre que precisei.

Ao Professor Doutor Dirceu Augusto da Câmara Valle, que aceitou prontamente integrar minha banca examinadora,

Ao Professor Doutor Edson Luz Knippel, em razão da disponibilidade e atenção com os quais sempre contei.

Meus agradecimentos especiais ao amigo Roberto Senise Lisboa, pelo apoio incondicional e ensinamentos inestimáveis.

À amiga Maria Vitória Queija Alvar, pelo apoio e amizade incondicionais neste período difícil.

Ao meu grande amor Flavio Alberto Gonçalves Galvão, cuja presença em minha vida fez a diferença para eu concretizar esta tese.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIGNIDADE HUMANA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	17
3	DIGNIDADE PESSOAL E TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	28
3.1	O sistema internacional de proteção de crianças e adolescentes	28
3.2	O sistema brasileiro de proteção a crianças e adolescentes	40
3.2.1	A evolução da tutela penal do tráfico de pessoas no Brasil	51
4	IMPACTO JURÍDICO DO COMBATE AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS SISTEMAS ESTATAIS	58
4.1	Impacto dos tratados internacionais na soberania dos Estados	62
4.2	Integração e cooperação penal internacional	64
5	PROCESSO PENAL, MICROSSISTEMAS JURÍDICOS E TRÁFICO HUMANO	68
5.1	Da insuficiência dos microssistemas jurídicos de proteção da criança e do adolescente em relação ao tráfico humano em relação ao sistema de provas na legislação brasileira	72
6	TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL	76
6.1	Direito penal mínimo e a expansão do direito penal	79
6.2	A legitimidade da incriminação da conduta do tráfico internacional de crianças e adolescentes	82
6.3	Tipologia do tráfico de pessoas	85
6.4	A internet como instrumento condutor na expansão do tráfico de pessoas	101
6.5	Insuficiência de previsão legal em relação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes	103
7	PROCESSO PENAL E COMBATE AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	107
7.1	A instrumentalidade em relação ao tráfico de pessoas	109
7.2	A insuficiência da instrumentalidade em relação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes	118
7.2.1	Persecução penal e repressão ao tráfico internacional de crianças e adolescentes	121
7.3	Construção de um sistema integrado de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes	126
7.3.1	Medidas preventivas	127
7.3.2	Sistema jurídico integrado	129
7.3.2.1	Cooperação jurídica internacional	132
7.3.2.2	Juizado Especializado Federal	139

7.3.2.3	Proposta de <i>lege ferenda</i> de um microsistema relativo ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes	141
8	CONCLUSÃO	147
	REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

Dentre os diversos assuntos preocupantes discutidos pela sociedade internacional em suas organizações respectivas encontra-se o tráfico de crianças e adolescentes. Tanto é assim que o *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, tem por função implementar as medidas necessárias nas áreas da saúde, justiça e segurança pública, com base nas convenções internacionais de controle de drogas, contra o crime organizado transnacional e contra a corrupção.

Dessa base tríplice desdobram-se vários assuntos, mas o que interessa para esta tese é o relativo ao tráfico de seres humanos, especialmente o de crianças e adolescentes. Nesse tema, o UNODC mantém, desde março de 1999, o Programa contra o Tráfico de Seres Humanos, em colaboração com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Inter-regional (UNICRI). O programa coopera com os Estados membros em seus esforços de combater o tráfico de seres humanos, ressaltando o envolvimento do crime organizado nesta atividade e promovendo medidas eficazes para reprimir ações criminosas.

A adoção, em 2000, do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, e do Protocolo contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea, que complementam a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, representa um marco fundamental nos esforços internacionais para enfrentar o tráfico de seres humanos, considerado uma forma moderna de escravidão.

O UNODC atua no Brasil desde 1991, com o objetivo de apoiar o governo brasileiro no cumprimento das obrigações assumidas ao ratificar algumas Convenções, em especial a Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado, seus três Protocolos (contra o Tráfico de Seres Humanos, contra o Contrabando de Migrantes e contra o Tráfico de Armas), que se relacionam diretamente com o tema central desta pesquisa.

Houve um evidente incremento da ação internacional de defesa dos interesses da criança e do adolescente perante crimes de tamanha gravidade frequentemente cometidos contra eles.

Nosso interesse acerca da proteção de crianças e adolescentes não é recente. Em nossa dissertação de mestrado em Direito, já havíamos apontado problema diverso ao desta tese, mas também alarmante, procedendo à pesquisa acadêmica sobre os crimes de pornografia e prostituição infanto-juvenis previstos nos artigos 240, 241 e 244-A do Estatuto da Criança e Adolescente, com redação modificada pelas Leis n. 11.829/2008 e 13.440/2017. O objetivo, naquela ocasião, era demonstrar que o bem jurídico tutelado nesses delitos é a moral sexual, assim denominada à época, como bem jurídico difuso penal.

Bem jurídico difuso penal é aquele que tem caráter plural, indeterminado e diz respeito à coletividade, de maneira que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. Contudo, trazem uma conflituosidade social que contrapõem diversos grupos como, por exemplo, o dos interesses econômico-industriais e o da preservação do meio ambiente, assim como ocorre em relação às crianças e adolescentes.

Assim, o titular do direito difuso penal de proteção de crianças e adolescentes é a coletividade; não há necessidade, portanto, de identificação individual dos titulares dos direitos violados diretamente com a conduta.

A proteção de criança e adolescente é assunto de extrema relevância. Estamos falando de pessoas em desenvolvimento e, exatamente por essa razão, que têm vulnerabilidade ínsita à sua condição. Portanto, são vítimas mais suscetíveis em relação a qualquer conduta delitiva.

Exatamente por conta desta hipossuficiência, o texto constitucional dispõe que crianças e adolescentes são destinatários dos direitos fundamentais previstos a todas as pessoas, como também de direitos fundamentais específicos pertinentes à sua condição.

A dignidade humana é valor que norteia todos os direitos fundamentais. Não se trata aqui da dignidade humana numa acepção geral, mas especial, tendo em vista a necessidade de garantir o regular desenvolvimento das pessoas. Não se nega que tratar crianças e adolescentes como mercadoria é uma grave violação à sua dignidade, o que inibe seu regular desenvolvimento.

Ademais, o direito fundamental do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento está previsto expressamente em relação ao menor autor de ato infracional. Ora, se se vale disso até para as situações em que o próprio menor

se colocou em risco pela sua conduta, muito mais em situações nas quais figura como vítima de um modo geral, especialmente no tráfico internacional, onde são consideradas meras mercadorias.

Dentre os direitos fundamentais específicos (artigo 227 da Constituição Federal de 1988), está a previsão que determina a necessidade de criminalizar condutas que constituam abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes. É o que se depreende do artigo 227, §4º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, evidentemente, há lastro constitucional relativo à tipificação da conduta do tráfico internacional, sem olvidar a necessidade de um transcurso de persecução penal que permita punir efetivamente os autores do fato ilícito.

Qualquer conduta perpetrada contra crianças e adolescentes é por si só abjeta porque subjuga pessoas naturalmente hipossuficientes ao mercado de seres humanos, atividade inegavelmente lucrativa que, em geral, envolve a macrocriminalidade.

Entenda-se por macrocriminalidade, para efeitos desta tese, os ilícitos penais praticados por organizações criminosas, fato que dificulta sobremaneira a apuração e a aplicação do direito de punir em relação a esse tipo de conduta. Em geral, há uma estrutura criminosa hierarquizada, na qual os membros dela integrantes não se conhecem entre si, tampouco conhecem plenamente todas as atividades desempenhadas pelo grupo.

Não se pode perder de vista que a necessidade de coibir o tráfico de crianças e adolescentes já está estabelecida no contexto internacional, desde a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, que rege em seu princípio 9: “a criança não será objeto de tráfico, sob qualquer forma”.

Há outros diplomas internacionais que se sucederam no tempo salientando a imprescindibilidade de coibir a conduta e que serão enumerados oportunamente. O combate ao ilícito penal é, portanto, uma preocupação tanto da comunidade internacional quanto do âmbito interno do país.

O tráfico de pessoas, de modo geral, remonta à escravidão, tema conhecido em nossa sociedade, ganhador dos mais diferentes contornos durante a história do país.

Diante deste cenário, evidente que o combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes demanda uma atenção especial. A despeito disso, o

sistema jurídico interno pátrio é ineficiente para realizar tal desiderato em razão da forma pela qual está disposto atualmente.

Sob o ponto de vista de direito material, houve um avanço quanto à tipificação da conduta, no entanto, ainda insuficiente para tratar o tema adequadamente. A insuficiência se assenta na descrição da conduta (artigo 149-A do Código Penal). O fato de a vítima ser criança ou adolescente retirada do território nacional são causas especiais de aumento de pena (artigo 149-A, §1º, II e IV do Código Penal). Fato é que não se dedica tratamento especial em relação a crianças e adolescentes, considerando as peculiaridades e a complexidade da conduta.

Ademais, há uma falha na descrição do tráfico internacional, pois o texto legal aborda apenas a hipótese de a vítima ser retirada do território nacional, sem contemplar situação inversa.

No que concerne à parte instrumental, há flagrante insuficiência, haja vista que a Lei n. 13.344/2016 traz um capítulo denominado disposições processuais, que está muito aquém do necessário para o combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

As disposições processuais penais citadas são, por vezes, meramente programáticas, assim como relativas a medidas assecuratórias de cunho patrimonial, à aplicação subsidiária da Lei das Organizações Criminosas, à autorização e à criação de um sistema de informações para enfrentar a conduta e à requisição de dados cadastrais da vítima ou suspeitos. É ululante que estas medidas não sejam capazes de servir de base para uma persecução penal adequada e eficaz.

O Código de Processo Penal também não traz medidas suficientes em relação ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, crime transnacional que demanda desforço e colaboração entre os Estados para ser enfrentado de maneira eficiente. A única previsão legal que tangencia o tema central desta tese refere-se ao artigo que prevê a carta rogatória, o que de maneira alguma resolve as questões aqui aventadas.

O combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes depende de medidas multidisciplinares, que envolvem outras áreas do conhecimento além do direito, como a sociologia, a antropologia, a educação, a psicologia e as ciências sociais.

O ponto de partida desta tese é o estudo da dignidade humana como valor norteador do Estado Democrático de Direito. Isto porque é ínsita ao ser humano e se reflete em suas relações interpessoais, alcançando crianças e adolescentes que necessitam de medidas protetivas eficazes para promoverem seu regular desenvolvimento.

Assim, é necessária uma digressão preliminar visando demonstrar que apenas a partir da formação dos Estados Nacionais e do Estado Liberal a dignidade humana passou a ser reconhecida como algo que antecede qualquer ordenamento jurídico e o transcende.

O ponto de partida não poderia ser diferente, já que o tráfico internacional de crianças e adolescentes constitui grave violação aos direitos humanos por afrontar diretamente a dignidade pessoal. Posteriormente, será desenvolvido o estudo específico da dignidade pessoal e do tráfico internacional de crianças e adolescentes.

Posteriormente se demonstrará o sistema internacional de proteção, delineando como o contexto internacional impulsionou sobremaneira o desenvolvimento do direito interno. Em seguida, se apresentará o sistema brasileiro no que concerne à proteção geral de crianças e adolescentes e à evolução da tutela relativa ao tráfico.

Ademais, tendo em vista o fato de o contexto internacional ter enfrentado transformações decorrentes da globalização, necessário demonstrar o impacto dos tratados internacionais na soberania dos Estados, além da necessidade de integração e de cooperação jurídica penal internacional, para uma persecução penal efetiva no combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, considerando a grandeza do bem jurídico tutelado e a complexidade do fato.

Imprescindível também apresentar a tipologia atual relativa ao tráfico internacional de crianças e adolescentes. A ideia não é apenas demonstrar os elementos constitutivos do tipo, mas também seus aspectos criminológicos relevantes, especialmente quanto ao sujeito ativo e à vítima, identificando aspectos pertinentes à vitimologia que auxiliam na compreensão do fenômeno.

Por fim, a abordagem será relativa ao âmbito processual penal propriamente dito, a fim de demonstrar a escassa instrumentalidade relativa ao combate ao tráfico internacional. Para tanto, serão enunciadas as medidas formais previstas

atualmente, os motivos de serem insuficientes e as medidas propostas para suprir sua ineficiência. Tal insuficiência redundará na necessidade de criação de um microsistema de proteção.

A tese tem por objeto a instrumentalização jurídica da proteção eficaz relativa ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

2 A DIGNIDADE HUMANA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O direito não pode ser corretamente compreendido no contexto da sociedade atual ignorando-se seu passado. Direito e evolução social se entremeiam, de maneira que, para entender no que consiste o Estado Democrático de Direito tal como se apresenta na atualidade, deve-se perscrutar o passado:

Felizmente, o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores. Se ele descer à sua alma, poderá encontrar e distinguir nela as diferentes épocas pelo que cada uma deixou gravada em si mesmo¹.

Assim, o ponto de partida é o surgimento do Estado de Direito, que evolui para o Estado Social de Direito e, por fim, culminou no Estado Democrático de Direito, para só então sedimentar o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Ela é o cerne de todo e qualquer direito fundamental. E a proteção de crianças e adolescentes figura entre eles.

Pode-se dizer que a democracia, sob o prisma da realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa), é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, este último surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo ocasionou debate acerca da sintonia entre Estado de Direito e a sociedade democrática. Surge o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Posteriormente, surge o Estado Democrático de Direito, que a Constituição Federal Brasileira, no artigo 1^o², acolhe como um conceito chave do regime adotado³.

É necessário, portanto, um recorte no tempo. Será considerado o período anterior à formação dos Estados Nacionais, que certamente impactou o direito e seu desenvolvimento até os dias atuais, para apresentar, em linhas gerais, como se deu a formação dos Estados Nacionais.

¹ COULANGES, Denys Fustel de. **La cité antique**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2018, p.10.

² Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como – fundamentos: I a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.112.

O poder ilimitado do soberano na Idade Média estava fundado na vontade divina. Todavia, mesmo nessa fase de autocracia, surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados estamentos, como a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica (1188) e a Magna Carta inglesa (1215)⁴. A Declaração das Cortes de Leão consagrou a luta dos senhores feudais contra a centralização e o nascimento futuro do Estado Nacional. A Magna Carta tinha como cerne os direitos da elite fundiária da Inglaterra, contudo trazia a ideia de governo representativo e dos direitos que seriam universalizados séculos depois, como por exemplo, o direito de ir e vir em épocas de paz e a proporcionalidade entre o crime e a pena imposta.

A crise da Idade Média deu lugar ao surgimento dos Estados Nacionais. A sociedade medieval foi substituída pela forte centralização da figura do soberano. Paradoxalmente, surge a igualdade de todos diante do poder absoluto do rei que, todavia, não protegeu os súditos da violência e da opressão⁵.

O Humanismo Renascentista teve início no século XV, movimento filosófico relativo ao antropocentrismo que revelou os primeiros contornos da dignidade humana. Giovanni Pico Della Mirandola, talvez um dos maiores expoentes desse movimento, em seu livro *Discurso sobre a dignidade do homem*, defendeu que o problema da dignidade do homem deveria ser observado sob a perspectiva do lugar o qual ocupava no universo. Por isso, a relevância do antropocentrismo. Segundo este pensamento, é por meio da capacidade racional que o homem toma consciência da sua dimensão como ser livre⁶.

O período iniciado na segunda metade do século XV e que se estendeu até o começo do século XIX foi marcado pela concentração do poder nas mãos do soberano, conseqüentemente, pelo declínio do poder da nobreza feudal e do privilégio das cidades, de um lado, e do Papado e do Sacro Império Romano Germânico, de outro⁷.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.38-39.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.39.

⁶ Disponível em: <file:///C:/Users/anapf/Downloads/kupdf.com_giovanni-pico-della-mirandola-discurso-sobre-a-dignidade-do-homem.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁷ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40.

O fortalecimento da monarquia esteve embasado na ideia de soberania do Estado, isto é, em um poder absoluto implementado no ápice do Estado. Esse período se estendeu por aproximadamente 400 anos e se divide em duas fases⁸.

A primeira delas foi a fase do fortalecimento da monarquia, que perdurou por cerca de um século e meio e correspondeu ao período de formação do Estado Moderno⁹. O rei era visto como símbolo do Estado nascente, e o poder a ele conferido significava o próprio poder daquele Estado que nascia¹⁰.

A segunda fase, que se estendeu, em linhas gerais, do século XVII ao XIX, correspondeu a uma hipérbole da figura do rei, cujo poder absoluto dominou o vulto do Estado, colocando-se como a figura que corrompeu o poder absoluto para fomentar o intervencionismo estatal e a restrição de direitos pessoais¹¹.

Em ambas as fases, o soberano elaborava suas próprias normas, o que fez com que a lei se afirmasse – ao lado do costume – como fonte do Direito¹². O soberano elaborava as normas, contudo não se submetia a elas.

Progressivamente, sobretudo no segundo período, a legislação real tornou-se, por excelência, a fonte viva do direito. Dessa forma, a tendência era eliminar progressivamente o costume. O objetivo não foi fragmentar, mas centralizar o poder. Por essa razão, o pensamento maquiavélico estabeleceu uma nova nomenclatura: Estado¹³.

Os Estados Nacionais não surgiram abruptamente. Ao contrário, seu processo de afirmação durou um período expressivo, iniciado na Baixa Idade Média e que seguiu até a Idade Moderna. É nessa fase que se vislumbrou a concentração de poder nas mãos de um grupo mais restrito de nobres, os quais eram príncipes em seus territórios.

⁸ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40.

⁹ O descobrimento do Brasil ocorre mais ou menos em meados da primeira fase. O desenvolvimento brasileiro, a partir de então, acompanha, de certa forma, o desenvolvimento da Europa, com certo atraso.

¹⁰ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40.

¹¹ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.41.

¹² Podemos traçar um paralelo com o desenvolvimento do direito penal a fim de melhor contextualizar esse período. O período do Absolutismo corresponde ao que se convencionou denominar Período de Vingança Pública, também denominado Período das Trevas. Nessa época a punição era exercida para manter o poder nas mãos do soberano. As punições, em geral, eram exercidas em praça pública, como forma de demonstração de poder e imposição pelo medo; eram ainda extremamente cruéis, pois tinham como escopo infligir sofrimento ao condenado. A morte era apenas a consequência.

¹³ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40-42.

O poder constituído na Idade Moderna foi teorizado jurídica e politicamente com base no pacto de dominação entre príncipes e súditos e na soberania¹⁴.

O excesso do exercício do poder político pelo soberano não tardou a se verificar com a intervenção estatal abusiva e a supressão das liberdades individuais da classe que deu o respaldo econômico para a afirmação do poder real soberano: a burguesia. Isso ocorreu porque o rei era soberano, já que estava acima do próprio direito, podendo modificá-lo, suprimi-lo ou mantê-lo, por obra de sua vontade¹⁵.

O Estado de Direito surgiu como expressão jurídica da democracia liberal, porém o individualismo e a neutralidade do Estado Liberal de Direito não satisfaziam a exigência real de liberdade e igualdade dos setores sociais e economicamente menos favorecidos¹⁶.

O nascimento do Estado de Direito determinou a virada do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista do cidadão. No Estado despótico, os indivíduos apenas têm deveres; em relação ao soberano, detêm apenas direitos privados. Já no Estado de Direito, além dos direitos privados, têm direitos públicos. Assim, o Estado de Direito é o Estado dos cidadãos¹⁷.

A adoção do positivismo, inicialmente, teve o propósito de colocar limites ao livre-arbítrio do soberano. No entanto, ela foi deturpada no decorrer da história, pois seu significado depende da ideia que se tem de direito. Logo, a denominação 'Estado de Direito' pode ter tantas acepções quanto as da palavra 'direito' e designar tantas organizações quanto as aplicáveis à palavra 'Estado'. Dessa forma, foi necessário inserir um qualificativo, tal como Estado de Direito feudal, estamental, burguês, nacional ou social, além de outros relativos ao direito natural, racional e histórico¹⁸.

O império exclusivo da lei pode ensejar verdadeira distorção de valores. Como exemplo, citemos o ocorrido na Alemanha sob a égide do regime nazista, época em que a aplicação da letra fria da lei serviu de sustentáculo para ceifar a

¹⁴ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40-43.

¹⁵ BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009, p.40; 50.

¹⁶ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.229.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.58.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.113.

vida de inúmeras pessoas, única e exclusivamente por não pertencerem à “raça pura”. Não havia qualquer preocupação com a vida humana, considerada descartável; as leis eram criadas de acordo com os interesses do regime nazista. O intuito era marginalizar grupos de pessoas e impedir o acesso aos seus direitos básicos, a exemplo das leis nazistas que desnacionalizaram os alemães de origem judaica, tornando-os apátridas.

O relato de Hannah Arendt acerca do julgamento de Otto Adolf Eichmann, um dos executores do Holocausto, ilustra a questão. Ela afirma que a defesa de Eichmann preferiu que ele se declarasse inocente com base no fato de que, para o sistema legal nazista, ele nada fizera de errado. Ou seja, as acusações que lhe eram imputadas não eram crimes, mas “atos de Estado”, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição. Ademais, era seu dever obedecer à lei¹⁹.

Um sistema jurídico válido não pode estar hermeticamente fechado nem desconsiderar a dignidade humana que, por sua vez, antecede o próprio ordenamento jurídico e o norteia como valor fundamental.

As transformações trazidas pelo Estado Liberal de Direito culminaram numa série de conflitos de classe que, a partir da metade do século passado, demonstraram a insuficiência das liberdades burguesas. Não havia qualquer forma de proteção estatal aos hipossuficientes explorados²⁰.

O individualismo, a omissão, ou, por vezes, a indiferença do Estado Liberal, provocaram injustiças. Os movimentos sociais dos últimos séculos revelaram as insuficiências das liberdades burguesas e permitiram a observação e a consciência da necessidade de haver justiça social²¹.

Diante das novas necessidades da sociedade, o Estado chamou para si a intervenção direta nos processos socioeconômicos, com o fito de reduzir as desigualdades e promover a justiça social, dando origem ao Estado Social, que apesar de manter o primado do direito, o faz realizar a partir de princípios heterônomos frente à autonomia do Estado Liberal de Direitos²².

¹⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.32-33.

²⁰ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.229.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.115.

²² MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.229.

Contudo, a despeito da mudança de atitude do Estado, não houve efetiva igualdade, permanecendo apenas como ideal abstrato, visto que a percepção do social varia conforme a ideologia de cada um²³.

Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, mas ainda é insuficiente, ainda que como Estado Material de Direito revele um Estado de bem-estar geral que promova o desenvolvimento da pessoa humana. A expressão “social” comporta uma série de significados, o que ocasiona ambiguidade, a depender da ideologia que se adota²⁴.

Cada ideologia com sua concepção do social e do Direito, podem estabelecer uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República e especialmente o Brasil, desde a Revolução de 1930, foram “Estados Sociais”, o que demonstra que o Estado Social comporta regimes políticos antagônicos, tais como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. O mais relevante é o qualificativo “social” qualificar o Direito e não o Estado²⁵.

Em uma terceira fase, o Estado de Direito agregou-se à democracia, mas não como mera soma desses preceitos. Na verdade, implicou na criação de um conceito novo, que superou os elementos componentes, porque incorporou um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Daí a extrema importância do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, proclamando e fundando o Estado²⁶.

Importante salientar que se trata de uma participação efetiva, a fim de fazer valer os preceitos da justiça social e assegurar a dignidade humana. Assim, não é

²³ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.229.

²⁴ Silva, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. 20ª revista e atualizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 115 e 116.

²⁵ Silva, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. 20ª revista e atualizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 116.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.119.

suficiente ao Estado Democrático de Direito restringir-se a uma perspectiva meramente legalista²⁷ pois, dessa forma, voltaríamos às distorções outrora perpetradas, a exemplo do regime nazista alemão.

O contexto histórico do fim da Segunda Guerra Mundial influenciou a comunidade internacional a criar um órgão internacional para manter a paz e a segurança mundial, promover os direitos humanos, proteger o meio ambiente, auxiliar no desenvolvimento econômico dos Estados e promover a ajuda humanitária. Assim, em 24 de outubro de 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU).

Após o surgimento da ONU, os Estados trabalharam na elaboração de um documento que garantisse os direitos básicos e fundamentais do homem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. E em seu preâmbulo, dispõe: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”. Em seguida, em seu artigo 1º, declara: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”²⁸.

O documento tornou-se um marco na luta pela globalização dos direitos fundamentais do homem, pela igualdade de direitos entre todos os seres humanos e pela preservação da dignidade humana. A partir dele, passou-se a reconhecer que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal. Além disso, o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade. A pessoa humana, portanto, é o valor fundamental da ordem jurídica, a fonte das fontes do direito²⁹.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros instrumentos legais internacionais foram elaborados baseados no princípio da dignidade humana e na sua proteção³⁰.

²⁷ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.229.

²⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 mar.2018.

²⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 mar.2018, p.230.

³⁰ O princípio da dignidade humana está presente na Carta das Nações Unidas, na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas

Historicamente, não há conexão necessária entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Isso só ocorreu a partir da Segunda Guerra Mundial, mais precisamente com as Constituições e textos internacionais:

Surge em resposta aos regimes que “tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” tinham conduzido “a actos (sic) de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade” e que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (preâmbulo da Declaração Universal)³¹.

O princípio da dignidade humana está presente na Carta das Nações Unidas, na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Declaração dos Direitos da Criança, dentre outros.

A dignidade humana é postulada para representar um valor supremo que concede justificativa moral às instruções concretas das leis fundamentais da sociedade, leis que convencionalmente assumem a forma de uma Constituição. Isso implica, amplamente, que a dignidade humana é um propósito de lei, uma vez que a dignidade do indivíduo como um ser livre e autônomo pode ser percebida apenas no contexto de uma sociedade em que ele é protegido pela lei³².

Sobre a relação entre Estado de Direito e princípio da dignidade humana, Thomas Weatherall expõe: “O Estado de Direito é necessário para o respeito da dignidade da pessoa humana e, corolário, ignorar a lei é violar a dignidade humana”³³.

de Discriminação Racial, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Declaração dos Direitos da Criança, dentre outros.

³¹ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.168.

³² WEATHERALL, Thomas. **Jus cogens: international law and social contract**. Cambridge University Press, 2015, p.41.

³³ WEATHERALL, Thomas. **Jus cogens: international law and social contract**. Cambridge University Press, 2015, p.41. No original: “[...] the rule of law is necessary for the respect of the dignity of the human person and, as a corollary, to disregard the rule of law is to violate human dignity”.

Resta claro que a simples existência do princípio da dignidade humana não é suficiente por si só para ser aplicado e mantido. Desta maneira, o Estado Democrático de Direito exerce papel fundamental na sua implementação e na sua proteção.

O Estado brasileiro, conforme preceitua o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, “constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana”. É desse princípio que emanam todos os direitos fundamentais do homem.

A dignidade humana é o alicerce do ordenamento jurídico positivo; antecede o juízo axiológico do legislador ao vincular de forma absoluta a atividade normativa. É valor que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro; elemento inato aos homens, que implica em liberdade, igualdade e justiça e constitui o fundamento da organização social contemporânea.

Embora não exista definição específica para dignidade, o conceito engloba o valor interno de cada indivíduo, superior a qualquer outro, impondo seu respeito, tanto entre as pessoas como pelo Estado, impedindo ingerências indevidas na vida privada³⁴.

De fato, inexistente conceito preciso para definir dignidade humana. Manfred Nowak e Karolina Miriam Januszewski compartilham o pensamento de Immanuel Kant, primeiro filósofo a formular a ideia de dignidade humana:

Ele concebeu a dignidade como inalienável, ‘valor interno absoluto’, que é inerente a todos os seres humanos e exige que ‘atuemos de tal forma que a humanidade seja tratada, em sua própria pessoa ou na pessoa de qualquer outro, nunca apenas como um meio para um fim, mas sempre ao mesmo tempo que o fim.’³⁵

De qualquer modo, é possível contemplar aspectos e balizas que norteiam sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. A dignidade humana é valor supremo

³⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.235.

³⁵ JANUSZEWSKI, Karolina Miriam; NOWAK, Manfred. Non-state actors and human rights In: NOORTMANN, Math; REINISCH, August; RYNGAERT, Cedric. **Non-state actors in international law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015. No original: “He conceived dignity as inalienable, ‘absolute inner worth’ which inheres in all humans qua human beings and requires us to ‘act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never merely as a means to an end, but always at the same time as an end”.

constituído do conteúdo de todos os direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e econômica, definindo-se pela autonomia e especificidade ínsitos ao próprio homem; é fonte de todos os direitos humanos; limite de interferência que o próprio ser permite ao outro, em seu inter-relacionamento social.³⁶

Nesse contexto, é importante indicar as premissas envolvidas no princípio da dignidade humana, conforme delineadas por Marco Antonio Marques da Silva: “homem individualmente considerado, sua personalidade e direitos a ela inerentes; inserção do homem na sociedade; e, a subsistência do homem”³⁷.

O princípio da dignidade humana tem caráter universal, devendo ser aplicado a todo e qualquer ser humano, em qualquer situação, tempo ou lugar. A dignidade é de todos, sem qualquer limite, restrição ou imposição. É de toda pessoa em qualquer lugar, esquina, rua, avenida, estrada, mar, ar, montanha, superfície ou subterrâneo³⁸.

Para Miguel Reale, é o valor que funda a ordem jurídica. Com fundamento na consciência de sua existência, outros valores são estipulados pelo ser humano, qualificando atos e fatos, permitindo a construção do mundo da cultura³⁹.

O princípio da dignidade humana é o alicerce e o valor central a ser observado em diversas constituições ao redor do mundo⁴⁰. É com base nesse princípio que surgem os demais direitos fundamentais (igualdade e liberdade, por exemplo). Martta October e Riika Salomen dissertam sobre o princípio da dignidade humana na Constituição da Finlândia:

Quando a nova Constituição de 2000 estava sendo elaborada, a dignidade humana foi incluída como uma das disposições fundamentais sobre as quais a Constituição se baseia. Seu valor fundamental é destacado pelo fato de que a dignidade humana é mencionada na primeira seção da Constituição. [...] A inviolabilidade da dignidade humana como um valor

³⁶ PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.41.

³⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.224.

³⁸ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.17. Prefácio.

³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.211-214.

⁴⁰ Na doutrina DAVIS, Dennis; RICHTER, Alan; SAUNDERS, Cheryl. **An inquiry into the existence of global values**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015. Observamos que o princípio da dignidade humana é o valor central na Constituição da África do Sul (p.326), Austrália (p.56), Canadá (p.106), Finlândia (p.155), Israel (p.278), Taiwan, China e Hong Kong (p.131) e Venezuela (p.421).

central expressa os fundamentos humanos gerais na concepção legal finlandesa de 'direitos básicos'⁴¹.

A existência do princípio da dignidade humana como princípio fundamental em diversos países, sacramentado em instrumentos legais como constituições, além de estar expresso em instrumentos internacionais de direitos humanos, é extremamente importante para a não ocorrência de violações aos direitos fundamentais do homem. Jorge Reis Novais, sobre o princípio da dignidade humana, afirma: “mantê-la exclusivamente na qualidade de princípio constitucional – e de princípio constitucional supremo – assegura-lhe uma firmeza definitiva e incontestável [...]”⁴².

Isso não significa que esse princípio e os que dele decorrem sejam considerados pelos Estados. Diariamente são observadas diversas violações aos direitos humanos em todo mundo, além da falta de amparo aos homens em seus próprios países, muitas vezes exigindo dele recorrer à esfera internacional, por meio de tribunais internacionais, para terem seus direitos reconhecidos ou implementados.

⁴¹ OCTOBER, Maritta; SALOMEN, Riikka. The core values of the finnish constitutional act. In: DAVIS, Dennis; RICHTER, Alan; SAUNDERS, Cheryl. **An inquiry into the existence of global values**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015, p.160. No original: “When the new Constitution of 2000 was being drafted, human dignity was included as one of the fundamental provisions that the Constitution now rests upon. Its fundamental value is highlighted by the fact that human dignity is mentioned in the first section of the whole Constitution. [...] The inviolability of human dignity as a core value expresses the general humane fundamentals the Finnish legal conception of ‘basic rights’”.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. v.I. Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016, p.92.

3 DIGNIDADE PESSOAL E TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1 O sistema internacional de proteção de crianças e adolescentes

O direito internacional, até meados do século XX, era composto por normas esparsas referentes a certos direitos essenciais, como se vê na temática do combate à escravidão no século XIX, ou na criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. Todavia, a criação do direito internacional dos direitos humanos surge após a Segunda Guerra Mundial. O marco dessa nova fase é a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), na Conferência de São Francisco, em 1945.⁴³

A partir da Segunda Guerra Mundial foi implementada a ideia de que a proteção dos direitos humanos deve transcender os limites da soberania territorial para se tornar matéria de ordem pública internacional.⁴⁴

Os precedentes apontados representaram o fim de uma época na qual o direito internacional estava atrelado a relações de Estado, rompendo o preceito de uma soberania estatal absoluta, admitindo intervenções externas no âmbito nacional, para assegurar a proteção dos direitos humanos violados. Nesse sentido, atribuiu-se também aos indivíduos a condição de sujeitos de direito internacional público, assegurando a salvaguarda de seus direitos.⁴⁵

A reação às atrocidades do regime nazista ensejou a inserção dos direitos humanos na Carta da ONU que em vários trechos utilizou o termo “direitos humanos”, com destaque ao artigo 55, “c”: “a Organização deve propiciar o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”⁴⁶. Já o artigo 56 prevê o

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.48-49.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.63.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.63.

⁴⁶ Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

compromisso de os Estados membros colaborarem para realizar os propósitos nela inscritos⁴⁷.

Contudo, a Carta da ONU não elencou o rol de direitos considerados essenciais. Por essa razão, foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, composta por 30 artigos, que enunciaram estes direitos⁴⁸.

Dessa forma, a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945, e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos se desencadeia a produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger direitos básicos dos indivíduos. Posteriormente, surgem tratados internacionais versando sobre direitos humanos específicos, como o das crianças e adolescentes, objeto deste estudo⁴⁹.

Importante ressaltar que a estrutura normativa do sistema internacional de direitos humanos divide-se em instrumentos de caráter global e regional. Os de caráter global pertencem ao sistema de proteção das Nações Unidas, os instrumentos regionais integram um dos três sistemas: europeu, interamericano e africano⁵⁰.

Os tratados internacionais podem proteger direitos de todos os seres humanos ou apenas de um grupo especial, em geral, denominados “excluídos” ou minorias. Assim, há dois sistemas de proteção: o homogêneo e o heterogêneo⁵¹.

O sistema homogêneo é universal, pois tutela os direitos de todos os seres humanos. É “posto à disposição de todos os destinatários das normas que o compõem, de forma indistinta”⁵². Vários instrumentos universais mencionaram a proteção de direitos humanos de crianças: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (artigos 25, 2 e 26)⁵³, o Pacto Internacional sobre Direitos

⁴⁷ Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.49.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.66.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.66-67.

⁵¹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.98.

⁵² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.100.

⁵³ Artigo 25. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social; Artigo 26. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução

Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (artigos 10 (3), 12 (2) (a) e 13 (1))⁵⁴, além das Convenções Europeia, Americana e Africana de Direitos Humanos.

Já o sistema heterogêneo tem como escopo proteger um grupo de pessoas, merecedor de tutela diferenciada, por uma série de circunstâncias. No caso de crianças e adolescentes, trata-se da necessidade de atenção especial. Contudo, não é suficiente denominar de minoria o grupo para justificar a proteção heterogênea; deve existir razão suficiente que autorize a heterogeneidade, sob pena de ofender a unicidade do gênero humano⁵⁵.

Dessa forma, a comunidade internacional adotou documentos de abrangência heterogênea que colimam proteção especial à infância⁵⁶, reconhecendo inicialmente sua vulnerabilidade, para depois declará-la detentora de direitos e credora de políticas públicas direcionadas que consideram a criança como pessoa em situação especial de desenvolvimento⁵⁷.

A condição de pessoa em desenvolvimento é o fundamento para a heterogeneidade; é o que justifica o tratamento diferenciado perante a comunidade internacional⁵⁸.

Diante dessas considerações, destacam-se alguns preceitos contidos em diplomas internacionais que determinam a necessidade de proteção especial de crianças e adolescentes. Alguns deles já demonstram claramente a preocupação da comunidade internacional em relação ao tráfico de crianças e adolescentes.

elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

⁵⁴ Artigo 10. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento da norma, será punido por lei. Artigo 12. 2. a. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. Artigo 13.1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

⁵⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p.99.

⁵⁶ E expressão "infância" em geral nos tratados internacionais engloba todas as pessoas até os dezoito anos.

⁵⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.43.

⁵⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.43.

Os primeiros diplomas internacionais que promoveram a defesa dos interesses de crianças e adolescentes são as convenções relativas à proibição do trabalho noturno de menores de 18 anos e a definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria, resultantes da 1ª Conferência Internacional do Trabalho, promovida em 1919⁵⁹.

Quando o direito do trabalho passou a adotar princípios fundamentais – estes baseados no fato de que o trabalho humano é fenômeno dotado de valor social – plantou-se a semente dos direitos metaindividuais, inclusive no que toca à defesa dos direitos humanos de crianças⁶⁰. Há outros diplomas internacionais sobre o tema, contudo a relevância do assunto ao nosso estudo central já foi explicitada.

A Declaração de Genebra (1924) é o primeiro documento amplo e genérico em relação à criança porque, ao contrário das convenções da Organização Internacional do Trabalho, não se limita a um enfoque da defesa dos direitos humanos de criança, mas protege a infância em todos os seus aspectos⁶¹.

Já no preâmbulo⁶² reconhece a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, demonstrando que a condição de pessoa em desenvolvimento justifica a heterogeneidade.

Mesmo no sistema homogêneo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) proclamava o direito a cuidados e à assistência especiais⁶³.

Posteriormente, em 1959, foi adotada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1959, obrigatória nos Estados membros da ONU. Trata-se de diploma internacional relativo ao sistema heterogêneo, ou seja, específico no que concerne à proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

⁵⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.44.

⁶⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.44.

⁶¹ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado** – a criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.81.

⁶² Preâmbulo: Os Estados Partes da presente Convenção [...] Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais.

⁶³ Artigo 25. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

O princípio 9⁶⁴ da Declaração Universal dos Direitos da Criança determina explicitamente que a criança⁶⁵ jamais será objeto de tráfico sob qualquer forma. É o primeiro diploma internacional a coibir a conduta objeto desta tese.

A ONU aprovou em 1966 os Pactos de Direitos Humanos, que compreendem o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, tornando mais precisas as normas relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos prevê vários dispositivos referentes à condição jurídica e ao tratamento que deve ser dispensado às crianças e aos adolescentes. Segundo o artigo 24⁶⁶ do documento, todas as crianças têm direito a medidas de proteção requeridas por sua condição de menor, tanto por parte do Estado, quanto da sociedade e da família, sem qualquer discriminação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, também fazem referência em seu artigo 19⁶⁷ à necessidade de proteção especial das crianças, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Em 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança. A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou um grupo de trabalho que preparou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, subscrita em 20 de novembro de 1989. Essa convenção obriga os países signatários a adaptar suas normas à legislação interna.

As Nações Unidas adotaram em 29 de novembro de 1985 as Regras Mínimas de Beijing visando auxiliar as nações na satisfação gradual da Convenção dos Direitos da Criança⁶⁸.

Inspirada nas normas internacionais anteriores, a Convenção tinha por finalidade particularizá-las e desenvolver mecanismos de aplicabilidade e de

⁶⁴ Princípio 9. A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral. (grifo nosso)

⁶⁵ A expressão "criança" abrange todas as pessoas até dezoito anos.

⁶⁶ Artigo 24. Toda criança tem direito, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social, posição econômica ou nascimento, às medidas de proteção que sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família como da sociedade e do Estado.

⁶⁷ Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

⁶⁸ CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr., 1994, p.30.

fiscalização desses princípios e normas. Formada por 54 artigos, era dividida em três partes e precedida de um preâmbulo que traçava os objetivos fundamentais da norma.

Criança, segundo o artigo 1º da Convenção, “é o ser humano menor de 18 anos de idade. É ressalvada aos Estados partes a possibilidade de estabelecerem, por meio de lei, limites menores para a maioridade”⁶⁹. No documento, destacam-se três princípios básicos: a proteção especial como ser em desenvolvimento; que o lugar ideal para o seu desenvolvimento é a família e que as Nações obrigam-se a constituí-la como prioridade⁷⁰.

A Declaração determina a necessidade de coibir o tráfico de crianças na disposição do artigo 35⁷¹. Trata-se de mais um diploma internacional no qual se exterioriza a preocupação quanto ao tráfico de seres humanos, especialmente os vulneráveis por sua própria condição de seres em desenvolvimento.

O Decreto n. 5.017/2004 promulgou 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, adotado em Nova York, em 15 de novembro de 2000.

O Protocolo foi realizado visando dar efetividade a algumas previsões da Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre elas o tráfico internacional de crianças, conforme depreendido do objetivo estabelecido em seu artigo 2º⁷².

O documento recomenda a cooperação entre os Estados partes com o escopo de atingir os objetivos indicados, além de fixar, em seu artigo 3º⁷³, que o

⁶⁹ A despeito da possibilidade de se estabelecerem limites maiores para a imputabilidade, há forte recomendação internacional no sentido de se fixar em 18 anos.

⁷⁰ CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr., 1994, p.30.

⁷¹ Artigo 35. Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

⁷² Artigo 2º. Os objetivos do presente Protocolo são os seguintes: a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças; b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

⁷³ Artigo 3º. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de

conceito de tráfico de pessoas tem uma acepção ampla, pois engloba qualquer tipo de exploração, mas determina que deve incluir no mínimo a exploração sexual. Segundo o artigo em questão, o consentimento da vítima é irrelevante para caracterizar o tráfico; além disso, define criança como sendo a pessoa até 18 anos.

Ademais, o artigo 5^o⁷⁴ determina a necessidade de criminalizar as infrações penais mencionadas no artigo 3^o, cabendo a cada Estado Parte cumprir este desiderato. Corrobora-se a afirmação por meio do Decreto n. 5.948/2006, que aprovou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP).

O Decreto n. 7.901/2013 revogou alguns dispositivos do Decreto n. 5.948, ao instituir a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP).

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas será objeto de estudo mais adiante, quando estabelecido o atual panorama interno relativo à parte material acerca do tema.

Por fim, importante ressaltar que a influência do contexto internacional impulsionou o combate ao tráfico no Brasil. Se de um lado houve aperfeiçoamento na tipificação legal do crime, a despeito de ainda não ser suficiente, de outro, não foram estabelecidos mecanismos que servem de supedâneo para instrumentalizar a punição, conforme será desenvolvido no decorrer desta tese.

O contexto internacional influenciou sobremaneira a evolução da proteção de crianças e adolescentes no Brasil. Nosso direito interno caminhou mais lentamente em relação ao contexto internacional, responsável por impulsionar a

exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.
⁷⁴ Artigo 5^o. Criminalização: 1.Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente. 2.Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais: a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

mudança do tratamento de crianças e adolescentes de objeto de direitos para sujeito de direitos.

O mesmo acontece com o direito da criança e do adolescente. Embora existam registros internacionais do início do século XX, é a partir da Segunda Guerra Mundial que começaram a ser elaborados os documentos mais relevantes relativos à efetivação do direito da criança⁷⁵.

Diante disso, necessária uma breve explicação sobre os mecanismos de internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, serão apontadas as teorias, o conceito, a natureza e a forma de os tratados ingressarem no sistema jurídico brasileiro.

Tradicionalmente, há duas correntes acerca das relações entre o direito internacional e o direito interno: a dualista e a monista.

Para os adeptos da teoria dualista deve haver cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, sem possibilidade de conflito entre ambas. O direito internacional estaria subordinado à ordem jurídica interna, assumindo função exclusiva de coordenação. Como consequência, seria necessário transformar a norma internacional para integrar-se no direito interno, sem primazia de uma ordem sobre a outra⁷⁶.

Segundo a teoria monista, as ordens jurídicas internacional e interna integram um único sistema. Há equiparação entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura das duas ordens, que se entremeiam. Essa teoria se baseia no princípio da subordinação entre as normas, numa ordem hierárquica entre elas⁷⁷.

Os adeptos da teoria monista se subdividem em nacionalistas e internacionalistas. Os primeiros destacam a soberania de cada Estado e a descentralização da comunidade internacional. Os internacionalistas se baseiam na primazia do direito internacional.

A teoria monista nacionalista é a que mais se adequa às nossas disposições constitucionais. Há algum tempo já se sedimentou o entendimento estabelecido por

⁷⁵ Em geral, os tratados denominam crianças pessoas até 18 anos.

⁷⁶ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.5 apud RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais**. Disponível em: <file:///C:/Users/anapf/Downloads/66517-87904-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018, p.31-21.

⁷⁷ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.7.

Francisco Rezek de que é no texto constitucional que se deve buscar o “grau de prestígio” a ser dispensado às normas internacionais⁷⁸.

Assim, é do texto constitucional que se extrai se a norma internacional ingressará no ordenamento nacional com *status* de lei infraconstitucional ou com força de Emenda Constitucional, conforme será demonstrado a seguir.

Feitas essas considerações acerca das teorias que permeiam o direito internacional, já é possível estabelecer um conceito: “tratado é todo o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”⁷⁹.

É comum encontrarmos diferentes terminologias relativas aos instrumentos internacionais, dentre eles, acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo ou regulamento. Malgrado a diversidade terminológica, é certo afirmar que são todos termos de uso livre e aleatório⁸⁰.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 49, I⁸¹, preceitua que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente acerca de tratados internacionais. A Carta Magna, em seu artigo 84, VIII⁸², estabelece que a celebração dos tratados compete privativamente ao Presidente da República, com o referendo do Congresso Nacional.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer na parte final do artigo 49, I, “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, não exclui da apreciação do Congresso Nacional nenhum instrumento internacional. Não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que tais encargos não sejam pecuniários⁸³.

A vontade nacional afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo deve, portanto, resultar da vontade conjugada de dois poderes políticos, o

⁷⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.5.

⁷⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.15.

⁸⁰ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.16.

⁸¹ Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional [...]

⁸² Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]

⁸³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.60.

Executivo e o Legislativo: “a vontade individualizada de cada um é necessária, porém não suficiente”⁸⁴.

A remessa de todo tratado do Executivo para o Legislativo é feita por mensagem do Presidente da República, acompanhada de inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos (endereçada ao Presidente pelo Ministro das Relações Exteriores). A matéria é discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, separadamente, primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal. A votação em plenário requer o quórum comum de presenças e o decreto legislativo exprime unicamente a aprovação⁸⁵.

O tratado passa por diversas fases de formação, além de algumas complementares: negociação, concluída com a assinatura; aprovação pelo Congresso, encerrada com o decreto legislativo; ratificação, efetivada com a troca de instrumentos que a consubstanciam; promulgação, pelo Presidente da República, e publicação. Com a simples concordância do Congresso, completa-se uma das fases de sua elaboração. O decreto legislativo é a autorização do Congresso ao Executivo para concluir o acordo, a fim de que o Presidente da República possa ratificar o tratado⁸⁶.

Dessa forma, assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo e ratificado pelo Executivo, começa, conforme consta em seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. É necessária sua promulgação para se declararem cumpridas todas as formalidades exigidas a fim de completar o ato normativo⁸⁷.

Todavia, no sistema jurídico brasileiro, só há obrigatoriedade em relação a uma norma a partir de sua publicação. Assim, o tratado só é obrigatório a partir da data da inserção, no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo apenso o tratado⁸⁸.

A Constituição, contudo, adota um sistema diferenciado quanto à incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro em se tratando de tratados que versam sobre direitos humanos.

⁸⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.64.

⁸⁵ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.65.

⁸⁶ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.68.

⁸⁷ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.64.

⁸⁸ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.64.

O procedimento integrativo é o mesmo: assinatura do Presidente da República, aprovação do Congresso Nacional e ratificação. A diferença é que os tratados de proteção dos direitos humanos dispensam a edição de decreto de execução presidencial (exigido para os tratados comuns) para irradiarem seus efeitos na ordem jurídica interna⁸⁹.

Há controvérsia quanto ao *status* de um tratado envolvendo direitos humanos ao ingressar no sistema jurídico nacional. Essa celeuma instaurou-se a partir da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o §3º⁹⁰ ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Segundo o dispositivo, se tais tratados forem aprovados, em dois turnos, com quórum qualificado, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, os tratados que versarem sobre direitos humanos, incluindo os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, só terão força de norma constitucional se a matéria for aprovada pelo quórum qualificado exigido para aprovar emendas constitucionais, se considerarmos a literalidade do dispositivo constitucional.

O assunto, entretanto, é controverso. Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Atualmente prevalecem as correntes apontadas nos itens “b” e “c”.

A controvérsia se acirrou principalmente diante do questionamento acerca da hierarquia dos tratados ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional n. 45. A antinomia entre o artigo 5º, LXVII⁹¹, da Constituição Federal de 1988 (a possibilidade de prisão civil do depositário infiel e do inadimplente involuntário e

⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.249-250.

⁹⁰ Artigo 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: [...] §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁹¹ Artigo 5º. [...] LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

inescusável de pensão alimentícia) e o artigo 7º, 7⁹², do Pacto de San Jose da Costa Rica (refere-se apenas à prisão civil por dívida alimentícia) demonstra a relevância de se estabelecer um parâmetro.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial n. 466.343, situou a questão em um meio termo, atribuindo ao Pacto de San Jose *status* supralegal, acima da lei ordinária, mas abaixo da Constituição Federal, paralisando a eficácia de todas as normas infraconstitucionais que disciplinavam a prisão por depósito infiel.

Este entendimento foi encampado pela Súmula Vinculante n.25, aprovada por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Flávia Piovesan sustenta que a Carta Magna de 1988 inovou ao incluir entre os direitos constitucionais os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (artigo 5º, §2º da Constituição Federal).⁹³

Segundo a autora, foi incluído no catálogo dos direitos constitucionais os direitos enunciados nos tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte. Ao incorporá-los, a Carta atribuiu aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica da Constituição, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional⁹⁴.

Flávia Piovesan, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao Recurso Especial n. 466.343 – que considerou a natureza supralegal dos tratados referentes a direitos humanos – manteve seu posicionamento defendendo que tratados acerca de direitos humanos têm *status* constitucional⁹⁵.

⁹² Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.113.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.113.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.137.

3.2 O sistema brasileiro de proteção a crianças e adolescentes

Nosso interesse acerca da proteção de crianças e adolescentes não é recente. Em ocasião anterior, quando da defesa de nossa dissertação de mestrado, já tratamos de tema diverso desta tese, mas também muito relevante no âmbito deste estudo.

Na ocasião, o objetivo era demonstrar que, nos crimes de pornografia e prostituição infanto-juvenil, o bem-jurídico tutelado pelo legislador penal é difuso e não individual, e que é necessário proteger o desenvolvimento natural da sexualidade de crianças e adolescentes, sem intervenção indevida de adultos, por conta de sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. Na ocasião, o tema foi denominado “moral sexual”.

Atualmente, o termo “moral sexual” reputa-se absolutamente inadequado, visto que carregado de tom pejorativo. Não cabe à tutela penal imiscuir-se na seara particular das pessoas como regra⁹⁶; não cabe ao direito penal estabelecer regras de conduta, mas proteger bens considerados imprescindíveis ao convívio social. Como uma das definições de moral, temos:

Substantivo feminino

Preceitos e regras que governam as ações dos indivíduos, segundo a justiça e a equidade natural; as leis da honestidade e do pudor; a moralidade. [Informal] Qualidade do que se impõe, que influencia ou exerce certa soberania sobre outrem: o jogador tinha moral com o restante do time. [Filosofia] A parte da filosofia que trata dos costumes, dos deveres e do modo de proceder dos homens nas relações com seus semelhantes⁹⁷.

O termo utilizado atualmente no Código Penal é ‘dignidade sexual’, denominação adotada pelo legislador quando da Lei n. 12.015/2009, que alterou o Título VI do Código Penal, bem mais condizente com o texto constitucional.

O Título VI do Código Penal, em sua redação original intitulava-se “Dos crimes contra os costumes”. Com essa denominação, o legislador tinha como propósito tutelar o comportamento médio da sociedade, no tocante à ética sexual. Tratava-se de uma noção impregnada de moralismo. Além disso, considerando a

⁹⁶ Trata-se de reflexo do princípio da intervenção mínima, também denominado *ultima ratio*, que determina que o poder incriminador do Estado só é legítimo se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.43.

⁹⁷ Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/moral/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

maneira como as condutas eram previstas, transmitia a ideia de impor às pessoas um padrão médio relativo à atividade sexual⁹⁸.

A antiga denominação equivalia, de certa forma, ao termo “moral sexual” e, por essa razão, não podemos mais nos valer destas expressões. Desde a Constituição Federal de 1988, que erigiu a dignidade humana como fundamento da República, é necessário estabelecer uma releitura dessas disposições⁹⁹.

Em relação a crianças e adolescentes, abuso sexual é gênero, do qual violência sexual e exploração sexual são espécies. A violência sexual abrange todo tipo de contato físico de adultos com crianças e adolescentes; já na exploração sexual, o executor não pratica ato sexual com a vítima, proporciona para que outra pessoa o faça, ou ainda, produz materiais pornográficos gerando situações nas quais os menores são utilizados com fins lucrativos. Desse modo, a exploração sexual engloba a prostituição, a pornografia, o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais¹⁰⁰.

Nas hipóteses de exploração sexual o bem jurídico penal é difuso, não se exige vítima determinada e as situações abrangidas também são difusas. Nesse caso, não existe uma criança ou adolescente propriamente ofendido, mas uma coletividade ofendida. Cabe ao Estado defender a coletividade, principalmente porque a conduta do agente pode desdobrar-se em uma série de ilícitos¹⁰¹.

No caso do tráfico internacional de crianças e adolescentes, o bem jurídico também é a liberdade, mas a liberdade numa acepção muito mais abrangente que o simples direito de ir e vir. Vai além porque o comércio de seres humanos ofende a própria dignidade humana.

Assim, relevante demonstrar, ainda que brevemente, a viragem da proteção de criança e adolescente de objeto de direitos a sujeito de direitos.

Antes da Constituição Federal de 1988 não havia efetiva proteção aos direitos de crianças e adolescentes, visto que eles não eram considerados sujeitos, mas objeto de direitos.

⁹⁸ ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.131.

⁹⁹ ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.132.

¹⁰⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.130.

¹⁰¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.130.

Conforme afirma Paulo Afonso Garrido de Paula, a evolução da proteção de criança e adolescente no âmbito jurídico pode ser dividida em quatro fases:

- 1) fase da indiferença absoluta, em que não existiam normas relativas a essas pessoas;
- 2) fase da mera imputação criminal, ou seja, o objetivo era apenas coibir a prática de ilícitos penais por essas pessoas;
- 3) fase tutelar, em que se conferia ao mundo adulto poderes para a integração familiar dessas pessoas;
- 4) fase de proteção integral, em que a legislação reconhece direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, considerando-os sujeitos de direitos¹⁰².

Paulo Afonso Garrido de Paula afirma que até a fase da proteção integral, a proteção jurídica quase se exauria na busca do responsável adulto que representasse ou assistisse a criança ou o adolescente no exercício de seus direitos. O direito da criança sempre esteve atrelado ao direito de família, de tal forma que só podia ser exercido por meio dos pais ou responsável, excluindo, dessa forma, a criança sem família¹⁰³.

Anterior à Constituição Federal de 1988, destacamos os seguintes diplomas legais: Código de Menores de Mello Matos (Decreto n. 17.943-A/1927); Menores infratores (Lei n. 5.258/1967, com alterações da Lei n. 5.439/1968); Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 3.914/1941); Corrupção de Menores (Lei n. 2.252/1954); Fundação do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) – Lei de Instituição (Lei n. 4.513/1964); e o Código de Menores (Lei n. 6.697/1979).

Não será analisada em detalhe a legislação relativa à proteção de crianças e adolescentes, mas serão destacadas as mais marcantes nessa escala evolutiva. Assim, entre os diplomas mencionados, citamos o Código de Menores de Mello Matos (1927) e o Código de Menores (1979).

O Código de Menores de 1927 foi a primeira legislação sistematizada e específica acerca do tema. Mello Matos foi o primeiro juiz de menores da América Latina. O Código é de sua lavra, e seu espírito humanitário levou-o, certamente, a

¹⁰² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002, p.26.

¹⁰³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002, p.14.

tentar preencher as lacunas existentes nos anos 1920 no que diz respeito ao amparo às crianças¹⁰⁴.

O Código de Mello Matos dividia os menores em dois grupos: os abandonados (artigo 26)¹⁰⁵ e os delinquentes (artigo 68)¹⁰⁶. Os últimos, posteriormente, com o Decreto-lei n. 6.026/1943, foram denominados infratores.

A acepção “menor abandonado” incluía tanto menores sem lar, quanto vítimas de maus-tratos, e ainda os que não tinham pais (artigo 26 do Código de 1927).

O Código previa a mesma medida para todos esses menores: a “apreensão” (artigo 55¹⁰⁷ do Código de 1927). Certamente, não é possível afirmar que estas

¹⁰⁴ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p.14.

¹⁰⁵ Artigo 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido; IV, que vivam em companhia de pae, mãe, ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude; c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel; a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

¹⁰⁶ Artigo 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, espécie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva. § 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado. §2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos. §3º si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis; §4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623.)

¹⁰⁷ Artigo 55. A autoridade, a quem incumbir a assistencia e protecção aos menores, ordenará a apreensão daquelles de que houver noticia, ou lhe forem presettes, como abandonados os depositará em lugar conveniente, o providenciará sobre sua guarda, educação e vigilancia, podendo, conforme, a idade, instrução, profissão, saude, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, adoptar uma das seguintes decisões.a) entrega-lo aos paes ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições qe julgar uteis à saude, segurança e moralidade do menor; b) entrega-lo a pessoa idonea, ou interna-lo em hospital, asylo, instituto de educação, officina escola do preservação ou de reforma; c) ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por soffrerem de qualquer doença physica ou mental; d) decretar a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela; e) regular de maneira differente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, si houver para isso motivo grave, e fôr do interesse do menor.

peessoas estavam em condições similares, nem tampouco que era adequado tratá-las igualmente.

Assim, estabelecer uma única medida, a “apreensão”, para situações completamente distintas era apenas um arremedo de solução, que não resolvia a questão¹⁰⁸. Ademais, criou-se a pecha de que menores abandonados eram um “incômodo” à sociedade, e exatamente por conta disso deveriam ser retirados de circulação, para ficar longe das vistas da população.

Interessante observar que, se de um lado, no campo civil, os menores em vez de sujeitos de direitos eram objeto de direitos, sempre exercidos por adultos, de outro tinham o dever de assumir obrigações na esfera repressiva, já que menores poderiam sofrer a incidência da lei penal a partir dos 14 anos¹⁰⁹. Essa questão só foi sanada com o Código Penal de 1940¹¹⁰.

Segundo o Código de Menores de 1979, artigo 1º¹¹¹, medidas eram aplicadas aos menores de 18 anos em “situação irregular” e excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos¹¹².

O Código de 1979 inovou ao prever no artigo 1º, parágrafo único, medidas de caráter preventivo aplicáveis a todos os menores com menos de 18 anos, inclusive àqueles sob o pátrio poder.

O artigo 2º¹¹³ do Código de 1979 estabelecia o que se considerava “situação irregular”, como por exemplo, menores que, em razão de falta, ação ou omissão

¹⁰⁸ Infelizmente, no Brasil, o fato de algo estar regulamentado em lei dá a falsa sensação de que a questão foi resolvida. Acredita-se que a inserção de um tema na lei já é medida suficiente para resolver a questão. Sabemos que a previsão legal não exaure nem retira da sociedade suas mazelas. Na seara penal, Jesús-María Silva Sánchez destaca a função simbólica do direito penal, em que exacerbar a tipificação de fatos previstos como crimes apenas dá a falsa sensação de que o Estado resolveu as questões relativas ao controle social, pondo em “xeque” a credibilidade do direito penal e sua efetividade.

¹⁰⁹ O artigo 27 do Código Penal de 1890, que estava vigente à época, estabelecia que “Não são criminosos os menores de 9 annos completos” e “Os maiores de nove e menores de 14, que obrarem sem discernimento”. Entretanto, o Código de Menores de 1927 modificou tal preceito em seu artigo 68, dispondo que “o menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma [...]”

¹¹⁰ O Código Penal de 1940 trouxe uma grande inovação no que concerne à responsabilidade visto que a redação original do seu artigo 23 mudou a idade da maioridade penal: “Os menores de dezoito annos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

¹¹¹ Artigo 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I – até dezoito annos de idade, que se encontrem em situação irregular; II – entre dezoito e vinte e um annos, nos casos expressos em lei. Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo applicam-se a todo menor de dezoito annos, independentemente de sua situação.

¹¹² A idade de 18 annos está vinculada à imputabilidade penal relativa à idade, estabelecida no artigo 27 do Código Penal. Nesse caso, o sistema adotado é o biológico e paira presunção absoluta de inimputabilidade.

¹¹³ Artigo 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo

dos pais estivessem privados de condições de subsistência, autores de infração penal e vítimas de maus-tratos. Certamente, estas causas assemelhavam-se às hipóteses nas quais os menores eram considerados “abandonados”, conforme o Código de 1927.

Os outrora “menores abandonados” do Código de 1927, a partir do Código de 1979 passam a ser considerados “menores em situação irregular”, fato que não afastou o caráter punitivo implícito no tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes¹¹⁴.

Uma vez constatada a situação irregular, o menor deveria se sujeitar ao tratamento adequado, ou seja, à aplicação das medidas cabíveis impostas pelo juiz competente.

O menor enquadrado em uma das situações irregulares estaria sujeito à aplicação das medidas previstas no artigo 14¹¹⁵ do Código: advertência, entrega aos pais ou responsável (ou a pessoa idônea), colocação em lar substituto, imposição de regime de liberdade assistida, colocação em casa de semiliberdade ou internação em estabelecimento adequado.

Embora ainda não seja possível falar em autonomia do direito de crianças e adolescentes, o tema já era discutido. Alyrio Cavallieri, por exemplo, propôs o seguinte conceito: “direito do menor é o conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção”¹¹⁶.

O fato é que até a Constituição Federal de 1988 não havia efetiva autonomia dos direitos de crianças e adolescentes. O contexto internacional foi responsável por impulsionar o desenvolvimento dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, e inspirou o constituinte de 1988 a prever pela primeira vez direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial

¹¹⁴ RODRIGUES, Ana Paula da Fonseca. **A proteção da moral sexual de crianças e adolescentes no âmbito penal** – Lei Federal n. 8.069/90. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2005, p.35-36.

¹¹⁵ Artigo 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: I – advertência; II – entrega aos pais ou responsável, ou à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III – colocação em lar substituto; IV – imposição do regime de liberdade assistida; V – colocação em casa de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

¹¹⁶ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p.9.

A Constituição Federal de 1988 elevou ao nível máximo a validade e a eficácia das normas referentes a crianças e adolescentes. A inspiração se deu em normas internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção dos Direitos da Criança. Dessa forma, o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente no Brasil ocorreu em patamar ligado a processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os fundamentais¹¹⁷.

Os diplomas internacionais têm alguns preceitos em comum. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, dois pontos devem ser postos em evidência nessas diretrizes de âmbito mundial: a exigência de absoluta igualdade de tratamento para *todas* as crianças, sem privilégios e discriminações, tanto no âmbito de proteção, quanto no da imposição de medidas; são igualmente responsáveis pela criança a família, a sociedade e o Estado, não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade¹¹⁸.

Foi precisamente essa a orientação adotada pela Constituição Federal de 1988 ao enunciar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes em seu artigo 227¹¹⁹. A Carta adotou explicitamente o princípio da prioridade absoluta, no

¹¹⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.61.

¹¹⁸ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. (Coords.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.40.

¹¹⁹ Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. §2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. §3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos. I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no artigo 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem

que concerne aos direitos da criança e do adolescente. Além disso, estabeleceu ser dever da família, da sociedade e do Estado garantir este preceito.

A Emenda Constitucional n. 65/2010 estendeu aos jovens os direitos previstos no artigo 227, acima transcritos. Visando regulamentar o texto constitucional, foi editada a Lei n. 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), que estabelece em seu art. 1º¹²⁰, §1º, quem são os jovens: “§1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade”.

O Estatuto da Juventude, a fim de evitar qualquer conflito legislativo, estabelece no artigo 1º, §2º, que aos jovens entre 15 e 18 anos aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente. A aplicação das regras contidas no Estatuto da Juventude será apenas subsidiária.

Importante consignar que crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos fundamentais previstos para os adultos, além dos direitos específicos, o que se deve à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

A proteção às pessoas em desenvolvimento está prescrita em disposições constitucionais específicas, notadamente como um direito social no artigo 6º¹²¹, mas também no artigo 227, ambos da Constituição Federal. É atribuída à criança e ao adolescente uma condição especial de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, direitos fundamentais e a obrigação do Estado de estabelecer políticas públicas nesse sentido.

Assim, ao lado dos direitos fundamentais comuns a todas as pessoas indistintamente, a Constituição Federal de 1988 consagrou direitos fundamentais

dependente de entorpecentes e drogas afins. §4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. §5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. §7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no artigo 204. §8º A lei estabelecerá: I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

¹²⁰ Artigo 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE). §1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. §2º Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

¹²¹Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015)

específicos relativos às crianças e aos adolescentes¹²². Para tanto, a Lei Maior inspirou-se nas mais avançadas conquistas de caráter humanista consagradas nos instrumentos internacionais.

A dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é o ponto do qual irradiam os direitos fundamentais do homem, mas também alicerça os direitos fundamentais específicos das crianças e adolescentes, conforme sustenta Martha de Toledo Machado¹²³.

Os direitos fundamentais das crianças e adolescentes estão previstos nos artigos 227 e 228¹²⁴ do texto constitucional. São dispositivos que contêm cláusulas pétreas¹²⁵, pouco importando o fato de não estarem localizados no Título II da Constituição Federal¹²⁶.

Houve, definitivamente, a ruptura com a doutrina da situação irregular, da legislação de 1979. A Constituição trouxe a previsão da doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta em relação às crianças e aos adolescentes. Ambos passaram a ser sujeitos de direitos plenos. Detentores, inclusive, de mais direitos que os adultos, uma vez que possuem, além dos direitos fundamentais comuns a todas as pessoas, direitos fundamentais específicos, que servem para assegurar seu desenvolvimento, a fim de se tornarem adultos livres e dignos¹²⁷.

¹²² O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma essa ideia: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral de que trata esta Lei [...]”.

¹²³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p.105.

¹²⁴ Artigo 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. A questão da fixação da maioridade penal é polêmica e entra em discussão de forma reiterada na sociedade, sendo certo que o assunto não guarda consenso nem entre os juristas. A despeito da celeuma, seria um retrocesso jurídico diminuir a idade relativa à imputabilidade penal, principalmente se considerarmos que essa foi uma conquista árdua demonstrada ao longo do desenvolvimento da proteção jurídica de crianças e adolescentes.

¹²⁵ Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio; §2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros; §3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem; §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. §5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (grifo nosso)

¹²⁶ O que importa é a natureza dos direitos protegidos e não sua topologia. O Supremo Tribunal Federal já admitiu que os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 não estão necessariamente posicionados no Título II, conforme se depreende do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939.

¹²⁷ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. (Coords.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.18.

Assim, o princípio da proteção integral orienta a prescrição de direitos de pessoas em desenvolvimento e impõe deveres à sociedade. Mesmo sendo pessoas em desenvolvimento, têm direito à oposição e a exercerem seus direitos em face de qualquer pessoa, inclusive os pais. Logo, são pessoas que têm o direito de que os adultos façam coisas em favor delas¹²⁸.

Como veremos em capítulo próprio, a Constituição Federal de 1988 determina a necessidade de tutela penal relativa ao tráfico de crianças e adolescentes, oportunidade em que será analisada se diz respeito a previsão expressa ou implícita.

A despeito de uma série de discussões acadêmicas, ainda se considera a tutela dos bens jurídicos mais relevantes ao convívio social a função precípua do direito penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁹ sedimentou e regulamentou os preceitos constitucionais relativos à matéria. O legislador da Lei Federal n. 8.069/1990 previu a proteção das crianças e dos adolescentes nas três esferas: civil, administrativa e penal.

A ruptura definitiva com a doutrina da “situação irregular” só se deu a partir da Lei Federal n. 8.069/1990, que traz em seu artigo 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. É da proteção integral que irradiam todos os princípios atinentes aos direitos das crianças e adolescentes.

Definitivamente, rompe-se com o estigma do menor nas legislações anteriores. Abre-se caminho para novos rumos a partir da previsão expressa do princípio da proteção integral. Consectário desta parece-nos ser o princípio da igualdade entre todas as crianças e adolescentes, uma vez que todos agora têm seus direitos assegurados, independentemente de qualquer situação¹³⁰.

¹²⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.130.

¹²⁹ Optou-se pela designação Estatuto em vez de Código. A razão para tal escolha, conforme exposição do Senador Gerson Camata, publicada no Diário do Congresso Nacional de 26 de maio de 1990, é que a palavra Estatuto traz em si a ideia de direitos, e a palavra Código tem um sentido de punição. Entretanto, segundo De Plácido e Silva, a acepção jurídica de Código significa coleção de leis, enquanto Estatuto significa lei especial de uma coletividade ou corporação.

¹³⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.51-52.

Crianças e adolescentes passam de objeto de direitos a sujeito de direitos. Não mais se mantém aquela ultrapassada concepção de exaurir sua proteção na busca do responsável adulto que os represente ou assista.

O Estatuto da Criança e do Adolescente sedimenta os princípios constitucionais e se aplica a todas as crianças e adolescentes em qualquer situação. Entende-se por criança a pessoa até 12 anos incompletos, e por adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (artigo 2º¹³¹ do Estatuto). Apenas em situações excepcionais, os preceitos estatutários serão aplicados aos menores entre 18 e 21 anos.

Importante destacar que o artigo 227 da Constituição Federal estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes os direitos a eles relativos. O artigo 4º¹³² do Estatuto da Criança e do Adolescente repete este preceito e acrescenta ao rol a comunidade. Ao agir assim, o legislador infraconstitucional quis destacar uma espécie de agrupamento humano social que se caracteriza pela vinculação mais estreita entre seus membros, daí sua importância. Por ser mais próxima, identifica melhor as necessidades das crianças e dos adolescentes em geral ligados àquele agrupamento humano¹³³.

Os princípios da prioridade absoluta (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e artigo 4º da Lei Federal n. 8069/1990) e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento são instrumentos de garantia da proteção integral. Dessa forma, a família, a comunidade, a sociedade e o Estado devem assegurar os direitos das crianças e adolescentes com prioridade absoluta, em razão da necessidade de se dispensar tratamento especial a tais pessoas, pela sua fragilidade natural de indivíduos em processo de desenvolvimento, fato que ocasiona maiores riscos a cada uma delas.

¹³¹ Artigo 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹³² Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹³³ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. (Coords.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.23.

O princípio base dos direitos das crianças e dos adolescentes é o da proteção integral, de onde decorrem todos os demais: o da igualdade das crianças e adolescentes, o da prioridade absoluta, o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o do dever de garantia da sociedade, da família e do Estado em relação a esses direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Título II, enuncia os direitos fundamentais. A diretriz da dignidade da pessoa humana serve, portanto, de supedâneo para os direitos fundamentais (artigos 7º¹³⁴ e 15¹³⁵). O Estatuto não coíbe expressamente o tráfico. Contudo, ao prever a dignidade especial de crianças e adolescentes, certamente não admite o comércio desses seres em desenvolvimento, conduta que constitui gravíssima violação dos direitos humanos.

Com base nestas explicações, em se tratando de tráfico internacional de crianças e adolescentes, o bem jurídico em jogo é a dignidade humana, especialmente após a Lei n. 13.344/2016, que modificou a redação relativa ao crime em questão, além de alterar o lugar no qual está previsto.

3.2.1. A evolução da tutela penal do tráfico de pessoas no Brasil.

No que concerne à tutela penal, podemos afirmar que o direito penal da pós-modernidade certamente sofreu grandes transformações. A sociedade pós-moderna caracteriza-se por um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos de vida que extrapolam as fronteiras de cada nação. A esse processo convencionou-se denominar globalização, que implica em processos nos quais os Estados Nacionais têm sua soberania, identidade, redes de comunicação sofrendo a interferência cruzada de atores transnacionais¹³⁶.

A globalização não é um fenômeno que se circunscreve à seara econômica, conforme sustentam alguns. Nas últimas décadas do século XX, sofremos um processo acelerado de influência internacional no direito interno. A

¹³⁴ Artigo 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

¹³⁵ Artigo 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

¹³⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.30.

evolução do nosso direito foi marcada em grande medida por tratados internacionais ratificados por Estados soberanos, incluindo o Brasil, que aderem à proteção de valores universalmente relevantes.

Dessa forma, essa internacionalização do direito penal se assenta sobre o consenso de não deixar impune certos delitos que afetam direitos humanos e o normal funcionamento das instituições democráticas¹³⁷.

Ante a delimitação da proteção de crianças e adolescentes no sistema brasileiro, é necessária a análise da tutela penal relativa ao tráfico de pessoas.

Sob o ponto de vista evolutivo, o Brasil anterior à colonização era habitado por tribos indígenas, aos quais se aplicavam regras consuetudinárias, conforme explica João Bernardino Gonzaga¹³⁸.

Fato é que o direito penal indígena era permeado por regras de convívio baseadas em explicações transcendentais, supostamente interpretadas por um líder, que as impunha ao grupo. As punições eram aplicadas por meio dos fenômenos naturais associados a deuses. Não havia previsão de condutas proibidas, assim consideradas todas as condutas que de certa forma agravassem os deuses e sempre relacionados aos fenômenos naturais.¹³⁹

A legislação em geral, especialmente a penal, reflete o que mais inquieta a sociedade. Assim, para os indígenas, os fenômenos naturais causavam inquietação, por isso eram associados aos deuses. As punições eram aplicadas àqueles que, de alguma forma, desafiassem estas entidades, por vezes materializadas em totens. As regras, por sua vez, eram denominadas tabus. Nesse período, não havia figura similar ao que atualmente consideramos tráfico de pessoas.

Posteriormente, nos submetemos à legislação portuguesa, com incidência das Ordenações do Reino: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas. Saltamos, então, dos tempos primitivos para o período de vingança pública¹⁴⁰.

¹³⁷ LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. et alii. **Curso de derecho penal** – parte general. Barcelona: Experiencia, 2016, p.93.

¹³⁸ GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena**: à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.105.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.59.

¹⁴⁰ A ordem evolutiva tradicional do direito penal seria: tempos primitivos, vingança privada, vingança divina, vingança pública. Há controvérsia acerca do posicionamento da vingança divina. Na ordem considerada, corresponderia à época do desenvolvimento da sociedade greco-romana.

Primeiramente foram aplicadas as Afonsinas (1446-1447); 21 anos após o descobrimento sobrevieram as Manuelinas, que se assemelhavam muito à legislação revogada. As Ordenações Manuelinas foram revogadas pouco mais de 80 anos depois da sua entrada em vigor, em 11 de janeiro de 1603, quando D. Filipe III (ou D. Felipe II, de Portugal) promulgou as Ordenações Filipinas, legislação penal que por mais tempo vigorou no Brasil¹⁴¹.

O tráfico de pessoas abarcou no decorrer da história diferentes acepções em sua tipologia; por vezes o foco era o trabalho escravo, por vezes a exploração sexual. Contudo, até o final da colonização, não havia figura similar ao que consideramos tráfico de pessoas.

O Código Criminal do Império (1830) foi nossa primeira legislação autônoma, representando um grande avanço, ao sair da vingança pública para o período denominado humanitário, baseado nas ideias iluministas¹⁴².

Começavam a surgir movimentos de renovação das ideias jurídicas e políticas. A partir de então, desenvolveu-se um campo fértil para consagrar a dignidade humana e reconhecer direitos fundamentais consectários daquela.

O Código Criminal do Império tipificava a sujeição de pessoa livre à escravidão (artigo 179)¹⁴³. Esta previsão se justifica porque a legislação vigorou em pleno regime escravocrata. O que se tutelava não era a proteção dos direitos individuais, mas a violação das regras escravagistas visto que a escravidão era uma instituição de direito, legalmente disciplinada.

No Brasil, ocorreu algo similar ao que se passou em Roma, que também punia a escravização de homens livres, a compra, a venda ou a conduta de tornar-se senhor de escravos alheios. O que se pretendia tutelar não era a liberdade individual, mas o direito ao domínio¹⁴⁴.

Já que mencionamos o direito romano para traçar um paralelo com o Código Criminal do Império, podemos fazer uma incursão na Idade Média, momento em

¹⁴¹ ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.58.

¹⁴² ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.60.

¹⁴³ Artigo 179. Reduzir à escravidão a pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade. Penas – de prisão por três a nove anos, e de multa correspondente à terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, do que o do captiveiro injusto, e mais uma terça parte.

¹⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – parte geral. v.2. 11.ed. São Paulo: RT, 2013, p.347.

que o *plagium*¹⁴⁵ compreendia não apenas o furto de servos, mas também o rapto de homens e crianças *non libidinis causa*. As penas eram bastante severas, inclusive a redução do plagiário à escravidão¹⁴⁶.

A distinção entre plágio político, literário e civil foi tarefa exercida pelos práticos. O político implicava alistar pessoa no exército de outra nação. O literário era a usurpação de obra alheia, denominação que prevalece até hoje. Finalmente o civil, que implicava o assenhoreamento de homem livre ou servo, com fim lucrativo¹⁴⁷.

O objetivo neste item da tese é procurar referências legislativas similares ao que hoje se denomina tráfico. Como a depender do momento histórico a acepção tráfico poderia se relacionar à escravidão¹⁴⁸ ou a exploração sexual¹⁴⁹, entende-se relevante destacar essas referências.

O tráfico de pessoas é tipo penal criado recentemente na legislação brasileira, inicialmente tipificado para coibir a exploração sexual. Contudo, as Ordenações Filipinas e o Código Criminal do Império dispunham apenas amplamente sobre o lenocínio, sem estabelecer o *nomen juris* tráfico. É fato que o legislador de outrora não via a necessidade de tutelar tal delito¹⁵⁰.

O Código Penal de 1890 previa em seu artigo 278¹⁵¹ o que denominou lenocínio, figura que guardava certa semelhança com o tráfico para fins de exploração sexual, previsto posteriormente, e que implicava em induzir mulheres a empregarem-se no tráfico da prostituição ou fornecer os meios para o exercício da prostituição.

¹⁴⁵ *Plagium* era o nome empregado no direito romano para o que hoje conhecemos como redução à condição análoga à de escravo.

¹⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – parte geral. v.2. 11.ed. São Paulo: RT, 2013, p.347.

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – parte geral. v.2. 11.ed. São Paulo: RT, 2013, p.348.

¹⁴⁸ Acepção mais recente, principalmente com a Lei n. 13.344/2016, que inseriu o tráfico de pessoas após a previsão relativa à redução à condição análoga à de escravo, no capítulo que tutela a liberdade individual.

¹⁴⁹ Acepção relativa ao advento da Lei n. 12.015/2009 que modificou a redação do artigo 231 do Código Penal, fruto do artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, promulgado pelo Decreto n. 5.017/2004.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.101.

¹⁵¹ Artigo 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças a empregarem-se no tráfico da prostituição; prestar-lhes, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílios, para auferir, direta ou indiretamente, lucros desta especulação: Penas – de prisão celular por um a dois anos e multa de 500\$000 a 1:000\$000.

A Lei n. 2.992/1915 (Lei Mello Franco) alterou a redação do artigo 278¹⁵² do Código Penal de 1890. As alterações implicaram estabelecer no *caput* do dispositivo a tipologia referente à manutenção de casas de tolerância. O lenocínio foi deslocado para o §1º, ampliando-se as hipóteses de aplicação, aumentando-se também a pena correspondente. O texto foi ratificado pela Consolidação das Leis Penais de 1932.

O Código Penal de 1940, vigente até hoje, previa a figura do tráfico de mulheres (artigo 231)¹⁵³, que estava contida no título dos crimes contra os costumes¹⁵⁴. A conduta se restringia às hipóteses de facilitar ou promover a saída ou ingresso de mulher no território nacional para exercer a prostituição.

Esta redação permaneceu inalterada até a Lei n. 11.106/2005, que alterou o nome jurídico e a redação do dispositivo legal, mas manteve a denominação do título (Dos Crimes Contra os Costumes)¹⁵⁵. O nome jurídico passou a ser tráfico de pessoas, mas a conduta permaneceu promover ou facilitar a prostituição. O que mudou é que a vítima passou a ser tanto homem quanto mulher.

O Brasil se tornou signatário do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças¹⁵⁶,

¹⁵² Artigo 278. Manter ou explorar casas de tolerancia, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos diferentes, ou do mesmo sexo, que ahi se reúnam para fins libidinosos; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxílio ao commercio da prostituição: Pena – de prisão cellular por um ou tres annos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000. §1.º Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o abusseu consentimento; alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer ás paixões lascivas de outrem, qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim ameaça, violencia, fraude, engano, abuso de poder ou qualquer outro meio de coacção; reter por qualquer dos meios acima referidos, ainda mesmo por causa de dividas contrahidas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocínio, obrigar-a a entregar-se á prostituição: Pena – as do dispositivo anterior. §2.º Os crimes de que trata o artigo 278 e o § 1º do mencionado artigo serão puníveis no Brazil ainda que um ou mais actos constitutivos das infracções nelles previstas tenham sido praticados em paiz estrangeiro. §3.º Nas infracções de que trata este artigo haverá logar a acção penal: a) por denuncia do Ministerio Publico; b) mediante queixa da victima ou de seu representante legal; c) mediante denuncia de qualquer pessoa.

¹⁵³ Tráfico de mulheres. Artigo 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão de 3 a 8 annos. §1º Se ocorre qualquer das hipóteses do §1º do artigo 227¹⁵³: Pena – reclusão, de 4 a 10 annos, e multa. §2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 a 12 annos, além da pena correspondente à violência. §3º Se o crime é cometido com o fim e lucro, aplica-se também a multa.

¹⁵⁴ Já apontamos nesta pesquisa que tal denominação tem cunho absolutamente pejorativo e não mais condiz com a sociedade atual.

¹⁵⁵ Tráfico Internacional de Pessoas. Artigo 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha a exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão, de 3 a 8 annos, e multa. §1º. Se ocorrer qualquer das hipóteses do §1º do artigo 227¹⁵⁵: Pena – reclusão, de 4 a 10 annos, e multa. §2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão de 5 a 12 annos, e multa, além da pena correspondente à violência. §3º (Revogado)

¹⁵⁶ O termo 'criança' significa pessoa menor de 18 anos, conforme previsão do artigo 3, "d" do Protocolo.

promulgado pelo Decreto n. 5.017/2004. Em seu artigo 5^o¹⁵⁷, o Protocolo determinou que os Estados partes criminalizassem as condutas consideradas tráfico pelo seu artigo 3^o¹⁵⁸.

Assim, o Brasil cumpriu esse desiderato por meio da Lei n. 12.015/2009, ao modificar a redação do artigo 231¹⁵⁹ e a designação do título no qual está inserido o tipo, que passou a ser “crimes contra a dignidade sexual”.

O tráfico de pessoas passou a ser a conduta de promover ou facilitar, a entrada ou saída do território nacional, para que pessoa exerça prostituição ou outra forma de exploração sexual. Assim, o legislador brasileiro cumpriu a determinação mínima do Protocolo Adicional, contida no artigo 3, “a”.

Com a Lei n. 13.344/2016, o tráfico de pessoas foi deslocado do Título VI (“Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”) do Código Penal para o Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”) e está previsto no artigo 149-A do Código Penal. A intenção do legislador foi cumprir integralmente a determinação do Protocolo Adicional.

¹⁵⁷ Artigo 5 Criminalização. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente. 2. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais: a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

¹⁵⁸ Artigo 3 Definições. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea 'a' do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea 'a'; c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea 'a' do presente Artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

¹⁵⁹ Artigo 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. Pena – reclusão, de 3 a 8 anos. §1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. §2º A pena é aumentada de metade se: I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III – se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregado da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. §3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também a multa.

Tráfico de pessoas atualmente é a conduta de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo, submetê-la a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal, exploração sexual. Trata-se de conduta muito mais abrangente do que as previstas até então.

Importante ressaltar que o deslocamento da previsão para o Título I do Código Penal foi necessário porque a conduta é mais abrangente do que o determinado na tipologia anterior.

Esse breve panorama abordou apenas a parte material relativa ao tráfico de pessoas, tendo em vista que até a Lei n. 13.344/2016 nunca houvera previsão legal de cunho processual penal. As modificações relativas à parte material avançaram, mas ainda são insuficientes para enfrentar a questão. Ademais, mesmo após a Lei, a previsão de disposições processuais penais ocorreu de maneira absolutamente insuficiente para dar efetividade, no que diz respeito ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, conforme será demonstrado ao longo desta pesquisa.

4 IMPACTO JURÍDICO DO COMBATE AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS SISTEMAS ESTATAIS

Inicialmente, relevante observar que o direito da criança e do adolescente começou a ser construído no final do século XIX e que sua construção foi intensificada a partir do século XX.

Esta evolução acompanhou a do direito internacional, que até meados do século XX possuía normas internacionais esparsas. A criação do direito internacional dos direitos humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional após a Segunda Guerra Mundial¹⁶⁰.

Durante este período, a proteção da criança e do adolescente atravessou quatro fases distintas, mas duas delas ganharam destaque: aquela em que são considerados meros objetos de direitos e aquela na qual se tornam sujeitos de direitos¹⁶¹.

O caminho percorrido até que crianças e adolescentes fossem considerados sujeitos de direitos foi árduo e longo, visto que no campo civil não detinham direitos, mas no plano penal poderiam sofrer imputação de ilícitos penais¹⁶², em idades variáveis, a depender do país. Esta, contudo, foi uma característica constante em boa parte dos países democráticos.

A partir da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos Humanos, passou-se a reconhecer que, acima de qualquer legislação, há um valor universal, o respeito à dignidade da pessoa humana¹⁶³.

Seu reconhecimento, como mola motriz de qualquer sistema jurídico, serviu de supedâneo para que de modo geral, em países democráticos, crianças e adolescentes fossem reconhecidos como sujeitos de direitos, detentores de todos os direitos fundamentais dos adultos, mas que, em razão da sua condição peculiar (em desenvolvimento), demandavam previsão de princípios específicos¹⁶⁴.

¹⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.49.

¹⁶¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002, p.26.

¹⁶² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002, p.26.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.229.

¹⁶⁴ CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. (Coords.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.18.

O subjugo de crianças e adolescentes aos adultos para fins de tráfico constitui grave violação à dignidade humana desses seres em desenvolvimento. Há, portanto, um descompasso entre o direito posto e o reconhecimento desses direitos no âmbito social, sobretudo quando se trata de criança ou adolescente que comete ato infracional.

Assim, é possível afirmar que a mentalidade social muitas vezes caminha mais lentamente em relação à legislação; ainda há um ranço social que mantém o estigma do outrora “menor em situação irregular”.

Fato é que crianças e adolescentes são titulares de direitos humanos. Por conta de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, por possuírem mais direitos que os próprios adultos¹⁶⁵.

O tráfico internacional de seres humanos, especialmente o de crianças e adolescentes, tem ganhado proporções alarmantes na comunidade internacional. Quase um terço do total das vítimas de tráfico de pessoas no mundo são meninos e meninas. Os dados constam no Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2016, lançado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). O Relatório estabelece que mulheres e meninas correspondem a 71% das vítimas do tráfico¹⁶⁶.

O tráfico de pessoas visando exploração sexual e trabalho forçado continua sendo a modalidade mais detectada desse crime. No entanto, há vítimas cujo objetivo é mendigar, realizar casamento forçado ou fraudulento, ou exercer pornografia¹⁶⁷.

Segundo o documento, enquanto mulheres e meninas tendem a ser vítimas de tráfico com fim de matrimônio ou exploração sexual, homens e meninos são explorados geralmente para trabalho forçado na indústria de mineração, como carregadores, soldados e escravos¹⁶⁸.

¹⁶⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.39.

¹⁶⁶ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

Além disso, 28% das vítimas de tráfico identificados no mundo são crianças. Em regiões como a África, a América Central e o Caribe esta população compõe 62% e 64% das vítimas, respectivamente¹⁶⁹.

O Relatório Global inclui ainda um capítulo sobre as ligações entre o tráfico, a migração e os conflitos deles decorrentes. As pessoas que fogem da guerra e da perseguição são particularmente vulneráveis ao tráfico. O rápido aumento do número de vítimas de tráfico na Síria após o início do conflito naquele país é um exemplo destas vulnerabilidades¹⁷⁰.

Dados incluídos no relatório indicam que o tráfico e os fluxos migratórios se assemelham entre si em alguns países de destino em diferentes partes do mundo. Dentre os fatores que aumentam a vulnerabilidade ao tráfico durante o processo de migração estão a presença do crime organizado transnacional no país de origem e o perfil socioeconômico da pessoa¹⁷¹.

Na América do Sul, a ampla maioria, das cerca de 5.800 vítimas detectadas são mulheres, segundo dados coletados entre 2012 e 2014. A maioria das vítimas são mulheres adultas (45%); meninas também foram frequentemente detectadas¹⁷².

O número de casos de tráfico de crianças foi particularmente alto – cerca de 40% das vítimas identificadas durante o período do relatório. Já as vítimas adultas foram encontradas com mais frequência nos países do Cone Sul, como Argentina, Chile e Uruguai¹⁷³.

Mais da metade, 57% das 4.500 vítimas de tráfico de pessoas, foram recrutadas para finalidade de exploração sexual, durante o período verificado. Além disso, cerca de um terço delas foram traficadas para a exploração do trabalho

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷¹ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷² Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

forçado. O relatório destaca ainda que o Brasil relatou um número alto de vítimas, em torno de 3 mil por ano, para delitos como trabalho análogo à escravidão e servidão forçada¹⁷⁴.

Uma parte significativa foi vítima de adoção ilegal ou venda de bebês – cerca de 4% das vítimas detectadas na América do Sul entre 2012 e 2014. Aproximadamente 2,5% foram traficadas para a produção de material pornográfico¹⁷⁵.

O tráfico entre fronteiras na região ocorre majoritariamente entre países vizinhos. Entre 2012 e 2014, vítimas traficadas da Bolívia foram detectadas na Argentina e no Chile, e vítimas do Paraguai foram encontradas na Argentina. Cidadãos do Paraguai, do Peru e da Bolívia foram encontrados ou repatriados do Brasil. Vítimas colombianas também estavam no Equador e no Peru¹⁷⁶.

Todos os países analisados relataram ao menos uma condenação entre 2012 e 2014; a maioria dos países registrou entre 1 e 20 condenações por ano. Apenas a Argentina apresentou um número maior – entre 30 e 60 condenações anuais. O número de investigações é significativamente elevado na América do Sul; Argentina, Brasil, Equador, Peru e Bolívia registraram centenas de investigações. Menos da metade (46%) foi julgada, ao passo que menos de um terço das pessoas julgadas (28%) foi condenada. Em média, para cada 100 pessoas oficialmente suspeitas ou investigadas pela polícia, 13 são condenadas por uma corte de primeira instância¹⁷⁷.

As definições na legislação brasileira em relação ao tráfico de pessoas dificultaram a realização de uma análise regional compreensível durante o período. Entretanto, a implementação de uma nova legislação – aprovada em outubro de

¹⁷⁴ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷⁵ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷⁷ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

2016 – talvez traga mudanças quanto aos dados brasileiros, os quais, por sua vez, podem ter impacto nos números da região¹⁷⁸.

Não há dúvida de que o combate ao tráfico internacional demanda atenção da comunidade internacional e, exatamente por isso, é necessário analisar o impacto jurídico nos sistemas estatais.

4.1 Impacto dos tratados internacionais na soberania dos Estados

O direito contemporâneo atravessa um momento de transição que acompanha o processo de globalização. É um período influenciado pelo incremento da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional que leva à alteração do direito internacional clássico¹⁷⁹.

Dentre as principais características do processo de internacionalização dos direitos estão:

- a) integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional;
- b) multiplicação de fontes normativas;
- c) aumento de instâncias de solução de conflitos fora do Estado;
- d) inexistência de hierarquia formal entre as instâncias de solução de conflitos;
- e) lógicas distintas entre direito nacional e internacional – a integração é impossível por meio de métodos tradicionais de solução de conflitos¹⁸⁰.

Não é possível firmar um conceito preciso de soberania sem considerar variáveis conforme o período e o autor analisados. A noção de soberania nasce a partir do processo de construção do Estado-Nação, principalmente a partir do final da Idade Média, na Europa, e evolui com a modificação do conceito de Estado¹⁸¹.

São vários os autores clássicos que contribuíram para a construção do conceito de soberania. Dentre eles, destacam-se Jean Bodin, Hugo Grotius, Jean-Jacques Rousseau e Kant¹⁸².

A soberania em Jean Bodin, por exemplo, é o poder absoluto e perpétuo de uma República de governar ilimitadamente, sem interferência externa. A origem do poder vem do povo e não mais de Deus. O autor divide a soberania em duas facetas

¹⁷⁸Disponível

em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar.2018.

¹⁷⁹VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 28.

¹⁸⁰VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 28.

¹⁸¹VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.266.

¹⁸²VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.267.

(interna e externa). A primeira implica na unificação nacional, o fortalecimento do poder estatal centralizado nas mãos do rei. Já sob o ponto de vista externo, garante o respeito da comunidade internacional à exclusividade do domínio do rei no território¹⁸³.

Esta concepção não reflete mais as necessidades atuais, visto que nenhum Estado vive no isolamento. As nações devem interagir sob aspectos diversos, como o cultural e o econômico, este último, um dos mais fortes meios de diálogo entre elas.¹⁸⁴

Atualmente a soberania não pode ser considerada um entrave, algo que implique isolamento da nação. A integração econômica é imprescindível e para ela há de convergir a vontade soberana de qualquer Estado. O fenômeno da integração comunitária dos Estados só foi possível graças ao fato de eles acordarem o compartilhamento de suas soberanias¹⁸⁵.

Hoje, a soberania ainda é compreendida como o poder do Estado de exercer domínio em seu território. Ela é o ponto inicial de solução das questões relacionadas às relações internacionais que se consolida por meio de capacidades (relacionadas à vida internacional) e competências (relacionadas à vida interna)¹⁸⁶.

Dentre as capacidades soberanas, identificam-se:

- a) produzir normas jurídicas internacionais;
- b) ser sujeito ativo de ilícitos internacionais;
- c) pedir indenização de danos ilícitos perpetrados por outros Estados;
- d) ter acesso aos sistemas internacionais de solução de conflitos;
- e) tornar-se membro e participar das Organizações Internacionais;
- f) estabelecer relações diplomáticas e consulares com outros Estados¹⁸⁷.

Já as competências soberanas são: “a) exercer domínio sobre seu território; b) criar normas internas e julgar os atos cometidos em seu território; c) atribuir a nacionalidade de seu Estado; d) determinar o direito sobre as pessoas físicas e jurídicas”¹⁸⁸.

¹⁸³ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.267; 268.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Regis Fernando de. Princípios gerais de direito comunitário. In: (Coords.) BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. **O direito internacional no terceiro milênio**. São Paulo: LTr., 1998, p.233.

¹⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.795.

¹⁸⁶ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.271.

¹⁸⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.271-272.

¹⁸⁸ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.271-272.

No que tange ao plano interno, a soberania fragmenta-se por conta do enfraquecimento do domínio do Estado em relação às competências soberanas. O Estado não tem mais o monopólio da função legislativa, visto que atualmente há um pluralismo das fontes jurídicas, decorrentes de grupos de pressão, como os movimentos sociais. As empresas transnacionais também contribuem para minimizar o monopólio do Estado do poder de criar normas¹⁸⁹.

4.2 Integração e cooperação penal internacional

Não há dúvidas de que o fenômeno da globalização interferiu na modificação de paradigma da perspectiva social atual. Segundo Anabela Miranda Rodrigues, em princípio, trata-se de um fenômeno econômico, que corresponde à ampliação dos mercados, eliminando restrições. Mas é também político, tecnológico e cultural, e tem sido influenciado pelo progresso dos sistemas de comunicação¹⁹⁰.

A globalização, segundo Jean de Maillard, consiste numa “nova desordem mundial”, em que “ilhas de ordem emergem de uma espécie de magma desorganizado”. Ao redor dessas ilhas crescem regiões com estatutos diversos, umas com economias destruídas e com instituições políticas frágeis ou inexistentes, abaladas pela anomia social, que as torna instáveis, são lugares em que se desenvolve a criminalidade relativa a drogas, armas, seres humanos. As outras são estáveis sob os aspectos político, econômico e social, são criadas por simples desmembramento dos países ricos, ou vivendo da mesma forma, já tem por função assegurar a valorização dos capitais, fora das regras que os países ricos devem respeitar. Trata-se, portanto, de uma divisão de trabalho entre a economia legal e a economia criminal¹⁹¹.

A nova criminalidade é expressão desse novo modelo de organização social relativo às sociedades contemporâneas. A migração das pessoas e a mobilidade de capitais extrapolam os limites territoriais de cada Estado. Assim, as construções

¹⁸⁹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.273.

¹⁹⁰ COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.277.

¹⁹¹ COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.279.

institucionais e a concentração do poder ensejam o declínio do Estado, no sentido tradicional¹⁹².

A nova criminalidade da globalização revela duas características marcantes: a organização e a internacionalização, ambas relacionadas à criminalidade dos poderosos. São organizadas porque formadas por pessoas estruturadas hierarquicamente¹⁹³. Já a internacionalização diz respeito ao fato de os ilícitos serem transnacionais.

Diante dessas considerações, não há dúvida de que o tráfico internacional de crianças e adolescentes integra a nova criminalidade. Dessa forma, demanda tratamento adequado sob os pontos de vista material e processual a fim de combater efetivamente a conduta voltada ao comércio de seres humanos em desenvolvimento.

Dois características tornam o tráfico internacional de crianças e adolescentes uma figura ilícita específica: a afronta à dignidade de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento e a transnacionalidade. Este último aspecto torna muito mais árdua a apuração da conduta, visto que há entraves internacionais, como a questão que circunda a soberania. Exatamente por conta dessa necessidade é preciso considerar a soberania tal qual sua concepção atual, a fim de compatibilizar e facilitar a cooperação entre os Estados.

O artigo 4º¹⁹⁴ da Constituição Federal de 1988 enumera os princípios que regem as relações internacionais, incluindo a cooperação internacional:

- a) independência nacional;
- b) prevalência dos direitos humanos;
- c) autodeterminação dos povos;
- d) não-intervenção;
- e) igualdade entre os Estados;
- f) defesa da paz;
- g) solução pacífica dos conflitos;
- h) repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- i) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

¹⁹² COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.280.

¹⁹³ COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.282.

¹⁹⁴ Artigo 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

j) concessão de asilo político.

Segundo o princípio da cooperação internacional, os Estados devem agir em conjunto, colaborando para a busca de direitos afins, buscando sempre a ação harmônica, evitando conflitos e procurando soluções compartilhadas para problemas comuns¹⁹⁵.

Dentre os princípios elencados destaca-se o da prevalência dos direitos humanos, simultaneamente objetivo comum e pressuposto do direito internacional para o reconhecimento do próprio Estado. Alguns estudiosos do direito internacional consideram-no superior aos demais princípios inerentes à proteção do Estado¹⁹⁶.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli,

uma vez que os direitos humanos se tornaram núcleo chave do direito pós-moderno, as normas internas e internacionais devem ser interpretadas em conformidade com esses direitos, ou seja, de acordo com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas e em vigor. Assim, todas as normas internas ou internacionais devem ser interpretadas conforme os direitos humanos, sem qualquer exceção¹⁹⁷.

Como a soberania das nações não é mais absoluta e encontra limites nos direitos humanos, cada ser humano deve entender-se como um cidadão do mundo¹⁹⁸. O combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes depende de cooperação penal internacional, uma vez que o ilícito envolve grave violação de direitos humanos e extrapola os limites de fronteira dos Estados, além de, na maioria das vezes, incluir o fenômeno da macrocriminalidade.

A forma da cooperação jurídica penal internacional ainda carece de regulamentação visto que o Código de Processo Penal não rege o assunto na sua integralidade ao regulamentar apenas a cooperação jurídica penal indireta, relativa ao cumprimento de sentença estrangeira e às cartas rogatórias, o que é absolutamente insuficiente diante da complexidade do crime ora em estudo.

¹⁹⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.28.

¹⁹⁶ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.27-28.

¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.35-36.

¹⁹⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.109.

No capítulo 7 desta tese será proposta a possibilidade de se aplicar por analogia as regras contidas na Lei n. 13.105/2015, ao âmbito processual penal, visando dar maior efetividade ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

5 PROCESSO PENAL, MICROSISTEMAS JURÍDICOS E TRÁFICO HUMANO

Nossa premissa metodológica não irá relativizar os conceitos de sistema jurídico, seja do ponto de vista filosófico ou por meio de outras ciências sociais.

O sistema jurídico é o conjunto integrado de normas jurídicas, vertido em linguagem prescritiva reunidos por um elemento unificador, que notoriamente na concepção do Estado Democrático de Direito, este elemento unificador se impõe pela força normativa de uma Constituição.

Norberto Bobbio¹⁹⁹ nos ensina que a noção de sistema é uma “totalidade ordenada”, um conjunto de seres e coisas que se interligam por uma certa ordem e tal ordem imprime a possibilidade de relacionamentos e identidades com o todo como também na coerência entre si. Transportando para o direito, o ordenamento jurídico para se constituir como sistema deve manter a perspectiva de coerência entre as normas que o compõe e quais são as condições impostas para essa possível relação.

Pensar o Direito enquanto um sistema de conjunto de normas é pensarmos o Direito num sistema fechado, ou seja, um conjunto preceitos normativos que delimita a percepção do campo da experiência.

A visão do ordenamento jurídico como um sistema que se fecha estabelece um limite de coerência e relacionamento das normas jurídicas definidos pelo seu elemento unificador da Constituição, enquanto norma fundamental.

Essa é a concepção tradicional de sistema jurídico de justificativa kelseniana, que domina o entendimento dos juristas tradicionais fundamentada nas seguintes premissas: a) o sistema jurídico é um conjunto limitado de elementos, vertidos em linguagem prescritiva de condutas; b) o sistema jurídico é formado por um conjunto de elementos que estão relacionados entre si, por meio de uma estrutura de regras de dedução e de subordinação, que permitem partir de princípios gerais para normas particulares, baseados em critérios de hierarquia.

Hans Kelsen²⁰⁰ afasta o Direito, enquanto sistema, de todos os demais campos da experiência da realidade, bem como de qualquer percepção do Direito

¹⁹⁹ Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Ed. UNB, 1997, p.71.

²⁰⁰ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista. Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71.

enquanto fenômeno cultural da sociedade, distanciando a perspectiva do intérprete de balizar o seu raciocínio jurídico a partir de qualquer análise das demais ciências sociais, da moral ou da ética.

A Teoria Pura do Direito estabelece os mecanismos de estruturação do sistema jurídico baseados em regras de hierarquia conferindo subordinação a norma fundamental impondo validade as normas sobrepostas, para serem aptas a produção de efeitos jurídicos.

Nesse sentido, o sistema jurídico ganha independência científica, pelo qual a coercibilidade do conteúdo das normas jurídicas está completamente desvinculadas dos fenômenos sociais ou submetidas aos cânones interpretativos das demais ciências sociais.

Fatores externos de crises políticas, choques econômicos ou reprovações morais a condutas não previstas na norma jurídica não podem servir de parâmetros interpretativos para legitimar a extensão ou ampliação do conteúdo do sistema normativo válido e eficaz.

Não cabe ao intérprete da norma jurídica enquanto sistema procurar o sentido da norma pretendido pelo legislador ou pela motivação social que impõe a conduta antijurídica.

Os pressupostos morais e o conteúdo ético de uma determinada sociedade são noções pré-jurídicas, que notoriamente justificam a inserção de determinada conduta obrigatória, proibida ou permitida no sistema do Direito, contudo, são premissas que não mantêm identidade ou dependência para justificar a validade ou não de uma norma jurídica.

A teoria kelseniana sobre a unicidade do sistema jurídico enquanto ciência, distinto de qualquer juízo de valor, bem como apartada das influências e conceitos das demais ciências sociais revelam a sua sistematização pura, buscando validar sua independência com métodos objetivamente identificados, que possibilitam ao seu aplicador concretizá-lo.

Nesse contexto, o positivismo kelseniano pode conduzir o preceito de obediência a norma jurídica válida e vigente à manipulação da lei com fins perniciosos ou hediondos tal qual já afirmado por nós em linhas atrás, a justificar as atrocidades humanas, com o fito de propiciar um genocídio ao povo judeu no holocausto na Segunda Guerra Mundial.

A compreensão do Direito enquanto sistema jurídico fechado, alheio aos anseios da justiça e da moral vigentes em uma sociedade, como perspectiva de interpretação da norma o torna estático e avesso a mudanças.

Tal perspectiva de compreensão do sistema jurídico pode levar ao engessamento na aplicabilidade de microssistemas jurídicos, que revelam a expressão de tolerância e harmonia de diversos interesses sociais existentes, permitindo a necessária adequação do intérprete e operador do Direito ao reconhecimento dos elementos mínimos da concepção de Estado Democrático de Direito, no que tange a primazia dos princípios da dignidade da pessoa humana.

Os microssistemas jurídicos sobressaem-se em sociedades repletas de valores plúrimos, de interesses conflitantes, que não são possíveis de se resolver unicamente pelos critérios de solução de antinomias aparentes ou pelos critérios de validade e vigência, do lícito ou ilícito contido na norma jurídica.

Notoriamente, diante de sociedades repletas de valores multilaterais, necessitando rapidamente serem adotados e aplicados pelo sistema jurídico, vamos encontrar sensíveis mudanças nos ordenamentos a partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no exemplo da Revolução Francesa em 1789, cujos lemas de *liberdade, igualdade e fraternidade* irão influenciar toda uma gama de Direitos Fundamentais, que serão absorvidos pelas Constituições dos Estados Democráticos de Direito no Século XX.

Pode-se exemplificar a adoção desses microssistemas jurídicos no ordenamento brasileiro, como se deu em relação à proteção da mulher, em razão de questão de gênero, que necessitava de um microssistema próprio, tendo em vista a imprescindibilidade de interdisciplinariedade, tanto jurídica, quanto de outras ciências, a fim de coibir de forma eficaz a conduta.

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, constituiu um verdadeiro avanço, no que concerne à proteção de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, pois criou um microssistema protetivo em várias áreas do Direito. A lei contém preceitos relativos ao direito de família, ao direito do trabalho, ao direito penal, ao direito processual penal, há ainda medidas de cunho administrativo, a fim de dar tutela diferenciada efetiva relativa à essas situações.

A Lei prevê ainda medidas de caráter preventivo, de cunho jurídico e extrajurídico, que levam em conta a assistência social, a educação, a sociologia, a

psicologia, a fim de fechar o ciclo completo, no que toca ao combate à violência contra as mulheres.

Cabe dizer ainda que a lei se distancia das regras penais, inclusive no tocante ao conceito de violência, que tradicionalmente se restringe à violência corporal, contudo a lei alargou sobremaneira esse conceito em seu artigo 5º²⁰¹, a fim de abranger o sofrimento físico, psíquico e patrimonial.

Conforme já afirmado anteriormente, a tutela diferenciada se justifica, na medida em que a especificidade e complexidade do fato exigem tal tutela, mas principalmente pela necessidade de tratamento multidisciplinar, tanto no âmbito preventivo, quanto repressivo.

Situação similar ocorreu em relação ao Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências.

No caso acima exposto, tanto quanto ocorreu em relação à proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, fez-se necessário estabelecer um microssistema que abarcasse, tanto sob o ponto de vista preventivo, quanto repressivo, o combate ao tráfico de armas e ao porte ilegal. Nesse caso, também há um fator complicador, porque o porte ilegal ou o tráfico de armas em geral é meio para a realização de outros ilícitos, sendo certo que tal como no tráfico humano, não raro transcende os limites de fronteira e faz parte da nova criminalidade.

Ante os exemplos acima citados, é absolutamente imprescindível que se construa um sistema integrado para o efetivo combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes²⁰².

²⁰¹ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

²⁰² Desenvolveremos no capítulo 7, um microssistema de *lege ferenda*, a fim de concretizar as propostas contidas nesta tese.

O complexo conjunto de normas de direito internacional de garantia do princípio da dignidade da pessoa humana a proteção de crianças e adolescentes indicados nos capítulos anteriores, revelam a evolução histórica deste princípio nas sociedades contemporâneas, que encontrará repercussão no Direito brasileiro com a efetiva tutela penal do tráfico de pessoas no Brasil.

Os microssistemas jurídicos possuem finalidade de garantir a defesa das minorias, entendidas como os grupos hipossuficientes, razão pelo qual os mesmos microssistemas jurídicos passam a prescrever princípios específicos inerentes aos temas positivados.

A específica proteção concedida pelas leis formadoras de cada microssistema é vital para que o Estado possa intervir nas relações privadas sem qualquer grau de arbitrariedade e sempre levando-se em conta a necessidade de aplicação do princípio da igualdade entre os sujeitos de direito envolvidos, bem como na razoabilidade de aplicação dos demais princípios jurídicos relativos a proteção do direito individual, particularmente na esfera penal da preservação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

5.1. Da insuficiência dos microssistemas jurídicos de proteção à criança e do adolescente em relação ao tráfico humano em relação ao sistema de provas na legislação brasileira

O ordenamento jurídico processual brasileiro apresenta-se atualmente incipiente para estabelecer a concretude de ações eficientes no combate ao tráfico de crianças e adolescentes, ainda, que pese a previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de todo um complexo de princípios e valores protetivos da dignidade humana, bem como a participação do Estado Brasileiro como signatário de Tratados, Acordos e Convenções Internacionais relacionados com a proteção e dignidade humana.

As garantias constitucionais da Carta Magna de 1988 no tocante a dignidade humana em relação as crianças e aos adolescentes com toda a força normativa que possuem, enquanto medidas de eficácia plena no sistema do ordenamento jurídico brasileiro, podem ficar obsoletas, na exata medida em que o regramento relativo à prova previsto no Código de Processo Penal apresenta-se absolutamente

insuficiente para o efetivo combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

O Código de Processo Penal, quando concebido, não estava preparado para questões que permeiam a sociedade atual, tal como a globalização e a nova criminalidade, cujos agentes se valem de meios sub-reptícios para a consecução das condutas ilícitas, o tráfico humano se enquadra no conceito dessa nova criminalidade.

O tráfico humano, na modalidade ora em estudo, transcende os limites do território nacional, bem como é perpetrado, em geral, por organizações criminosas. Tal fato faz com que seja necessário aplicar novas técnicas de investigação, como fonte de prova, a fim de tornar a persecução penal mais eficaz, sob o ponto de vista do combate efetivo à conduta.

Assim, é essencial que haja uma persecução penal, no que tange a busca da verdade real²⁰³, que seja capaz de culminar com a efetiva condenação do autor ou autores do fato, sendo certo que isso só será possível se o processo penal tradicional for aperfeiçoado para a apuração desses fatos, por meio da utilização de técnicas mais avançadas e condizentes com o deslinde de fatos que são característicos da nova criminalidade, tais como a cooperação jurídica internacional, a infiltração de agentes, a quebra de sigilo telefônico e telemático, dentre outros.

Saliente-se, contudo, que a persecução penal jamais pode se sobrepujar às garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal, há de se buscar um ponto de equilíbrio entre a necessidade de aplicação do *jus puniendi* e as garantias constitucionais relativas ao *status libertatis*.

Exatamente pela razão acima exposta, não se pode nem buscar uma persecução penal a qualquer custo nem tampouco permitir que uma persecução penal obsoleta culmine com eventual absolvição dos autores do fato, porque conforme a garantia constitucional do *in dubio pro reo*, não há possibilidade de condenação se o arcabouço probatório não é robusto e coeso.

²⁰³ O princípio da verdade real será abordado no capítulo 7, sendo certo que a concepção de verdade real atualmente leva em conta a maior aproximação possível da verdade dos fatos.

Ronald Dworkin²⁰⁴ é um dos maiores jusfilosófios do século XX, com obras relevantes sobre a perspectiva dos cânones interpretativos a conceber o sistema jurídico e sua aplicação nas decisões judiciais, por meio da adoção de princípios de valores a oferecer uma resposta justa e legítima às lides pode ser um ponto de inflexão aos postulados da dogmática jurídica em sua vertente mais cética (escola positivista), exatamente por conceber o sistema jurídico sem se afastar da codificação jurídica, mas, submetendo-o a critérios de integridade e coerência ao conjunto de valores presentes em uma dada sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro enquanto sistema é de inegável tradição romano-germânica, de direito escrito e formal, inclinado ao positivismo de Hans Kelsen, enquanto possibilidade interpretativa do conteúdo da lei, tendo como essência do método hermenêutico a norma jurídica positivada.

Contudo, a partir da Constituição de 1988 adotou-se em seu texto uma profusão de princípios jurídicos enquanto normas de valor, de fundamentos éticos devidamente incorporados e fruto da evolução histórica de uma dada sociedade. Não à toa, que temos no ordenamento jurídico brasileiro toda uma gama de direitos e normas de valor a garantir os princípios da dignidade da proteção humana, com a existência de microsistemas jurídicos protetivos ao cidadão, na tutela efetiva pelo Estado dessas garantias.

Nesse sentido, a abertura para o uso de valores pode provocar decisões inovadoras por parte do poder judiciário, mas também compromete a coerência e a previsibilidade do sistema jurídico, principalmente quando o próprio microsistema jurídico protetivo de direitos fundamentais é incipiente para assegurar a preservação desses mesmos direitos.

De um lado temos o texto constitucional impondo a efetivação dos princípios como direitos fundamentais e de outro lado, a jurisprudência e a dogmática jurídica mostram-se confusas ao tratar os direitos fundamentais como bens, no momento de sua efetiva concretização e proteção.

Ronald Dworkin superando as bases dos métodos interpretativos do positivismo, traz a coerência de integração das normas jurídicas positivadas com

²⁰⁴ Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005., p. 92.

os princípios de valores contidos no ordenamento jurídico, expondo um método de aplicação dos princípios e valores mais fundamentais na decisão jurídica, de maneira a legitimar a atividade do Poder Judiciário e alcançar a satisfação do anseio comunitário por justiça e igualdade de tratamento.

Deste modo, o sistema jurídico, escrito e positivado, deve ser respeitado e aplicado, porém, sem renúncia aos valores morais, que devem ser utilizados com o objetivo de manter a integridade e coerência dos microssistemas jurídicos, bem como a própria concretização dos princípios consagradores da dignidade humana.

Ronald Dworkin propõe na interpretação dos sistemas jurídicos a análise dos princípios jurídicos de valor que regem o cenário jurídico de uma sociedade, oferecendo uma maneira de identificação dos elementos a serem interpretados e uma melhor maneira de buscar na lei os princípios que ofereçam a melhor decisão ao caso apresentado.

Portanto, diante da insuficiência de regras processuais penais para um efetivo combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, há a necessidade de implementação de um microssistema para tutelar tal situação, tal como será proposto no capítulo 7.

6 TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

O tráfico de pessoas é prática que teve início na Antiguidade e permanece na contemporaneidade. É certo que, no decorrer da história, há uma transformação em relação aos objetivos da prática dessa atividade.

Na Antiguidade, a escravidão era lícita, desde que exercida em relação a pessoas que não detinham liberdade. No Brasil, a escravidão era permitida em relação aos negros; contudo, era crime submeter pessoa livre à condição similar à de escravo, a depender do diploma legal.

Atualmente, a globalização e o distanciamento, cada vez maiores, entre países ricos e pobres, desencadearam a “nova face da escravidão”. Isso ocorre em função de movimentos migratórios, instáveis em relação aos seus fluxos, mas estáveis como fenômenos. Apesar de surgirem movimentos cívicos e políticas governamentais, é uma prática crescente no âmbito internacional²⁰⁵. Estes movimentos migratórios e as condições socioeconômicas tornam as pessoas mais vulneráveis à conduta do tráfico internacional de pessoas.

Em pleno século XXI, como conceber a hipótese de “gente que vende gente”? A Organização das Nações Unidas (ONU) afirma que nunca antes na história da humanidade houve tanta gente vivendo em situação de escravos como acontece atualmente no mundo globalizado. Trata-se da moderna forma de escravidão, não há nação inocente. Há compra ou venda de pessoas, como se mercadorias fossem²⁰⁶.

O tráfico de pessoas retira das vítimas a condição de ser humano. Pessoas são vendidas e compradas como coisas, uma conduta baseada na desconstrução do outro como ser humano; e permanece por ser uma atividade extremamente rentável²⁰⁷.

A conduta é ainda mais torpe em se tratando de pessoas, cuja vulnerabilidade integra sua própria condição, como é o caso de crianças e adolescentes.

²⁰⁵ SOUZA, Tania Teixeira Laky. **Tráfico internacional de mulheres** – nova face de uma velha escravidão. 2.ed. Curitiba: Prismas, 2014, p.35.

²⁰⁶ SILVEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs.). **Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** – tráfico de pessoas. São Paulo: Ideias & Letras, 2013, p.23-24.

²⁰⁷ SILVEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs.). **Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** – tráfico de pessoas. São Paulo: Ideias & Letras, 2013, p.24.

O tráfico de pessoas preocupa a todos, de forma geral, e transcende a realidade brasileira. O Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, elaborou a cartilha 'Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos'.

Segundo o documento, o Brasil é, ao mesmo tempo, exportador e importador de pessoas em situação de tráfico humano. Muitos são os desafios a serem enfrentados. Há necessidade de mudanças legislativas que contemplem as peculiaridades do crime do tráfico, do fortalecimento institucional e de oferecer apoio e assegurar a sustentabilidade de organizações da sociedade voltadas à proteção dos grupos mais vulneráveis. Crianças e adolescentes compõem esse grupo. Além disso, o documento traz temas específicos a respeito da realidade brasileira, como os processos migratórios dos sul-americanos e a situação de vulnerabilidade em que se encontram²⁰⁸.

Por isso, o governo brasileiro, em 29 de janeiro de 2004, depositou o instrumento de ratificação da Convenção de Palermo e seus Protocolos Adicionais, na Secretaria Geral da ONU. Em seguida, publicou os Decretos n. 5.015, n. 5.016 e n. 5.017/2004, que formalizaram os compromissos assumidos e permitiram desenvolver políticas públicas em âmbito local para enfrentar essas graves violações aos direitos humanos²⁰⁹.

Foi lançada também a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto n. 5.948/2006). As formas de exploração listadas expressamente na Política Nacional são as três mais conhecidas: a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual; o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura e a servidão e a remoção de órgãos. Ao adotar essa política, o Brasil passou a discutir a elaboração do Plano Nacional, lançado em 2008²¹⁰.

O I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP) foi aprovado pelo Decreto n. 6.347/2008 e visava responder ao problema em três

²⁰⁸ Disponível em: <www.justica.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁰⁹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

²¹⁰ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

grandes eixos de atuação, mencionados no Protocolo de Palermo como estratégicos para um enfrentamento efetivo: a) prevenir o tráfico de pessoas; b) reprimir o crime e responsabilizar seus autores; c) dar atenção às vítimas²¹¹.

O Decreto n. 7.901/2013 instituiu a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (integrada pelo Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas para as Mulheres e Secretaria de Direitos Humanos) para coordenar a gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e dos Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas²¹².

O Decreto que instituiu a Coordenação Tripartite também criou, no âmbito do Ministério da Justiça, o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP), com o objetivo de articular a atuação dos órgãos e entidades públicas e privadas nessa esfera²¹³.

O II Plano foi aprovado pela Portaria Interministerial n. 634/2013. Entre seus objetivos, há ações mais focadas na importância da informação e no seu alcance pelo público geral, especialmente pelos envolvidos no combate ao tráfico de pessoas²¹⁴.

O II Plano prevê cinco linhas operativas para enfrentar o tráfico de pessoas:

- 1) aperfeiçoar o marco regulatório;
- 2) integrar e fortalecer políticas públicas, redes de atendimento e organizações para prestar serviços;
- 3) capacitar;
- 4) produzir, acompanhar e disseminar informação e conhecimento sobre o tema;
- 5) organizar campanhas e mobilizações²¹⁵.

²¹¹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

²¹² Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

²¹³ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

²¹⁴ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

²¹⁵ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 27 mar.2017.

A Lei n. 13.344/2016 decorre da Política de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil e dispõe sobre prevenir e reprimir o tráfico interno e internacional de pessoas. Contudo, trata-se de uma modificação legislativa ainda insuficiente no plano material, mas especialmente ineficiente no plano processual.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), em 2016, elaborou um Relatório Global sobre o tráfico de pessoas. Nele, consignou que as definições na legislação brasileira em relação ao tráfico de pessoas dificultaram realizar uma análise regional compreensível durante os anos de 2012 a 2014²¹⁶. Neste período, vigorava a Lei n. 12.015/2009, que estabelecia a incriminação do tráfico de pessoas apenas para o fim de exploração sexual.

Entretanto, a Lei n. 13.344/2016 poderá culminar mudanças nos dados brasileiros, os quais, por sua vez, impactarão os números totais do país²¹⁷.

Diante desse contexto, enfrentar essa conduta delituosa demanda uma ação coordenada entre Estado, sociedade e âmbito internacional, já que transcende os limites de fronteira. O Estado pode fazê-lo por meio de políticas públicas, de aperfeiçoamento legislativo, de preparo e de especialização de autoridades, da conscientização da população e da cooperação internacional. Já a sociedade poderá agir por meio de controle indireto, propagando informação em relação ao tema.

Trata-se de fenômeno complexo, multidisciplinar, que envolve várias áreas do conhecimento, como a antropologia, a sociologia, a educação, a criminologia e diferentes áreas do direito, como o penal, o processual penal e o direito da criança e adolescente.

6.1 Direito penal mínimo e expansão do direito penal

As ideias de igualdade e liberdade, difundidas no Iluminismo, deram um contorno menos cruel ao direito penal em relação ao que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à atuação estatal nas liberdades individuais²¹⁸.

²¹⁶ Disponível em: <<https://www.unodc.org>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.unodc.org>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.40.

“Limitação ao direito de punir não implica em abolição”, já dizia Marc Ancel ao se contrapor aos preceitos de Filippo Gramatica. Segundo ele, a abolição do direito penal conduziria ao arbítrio mais absoluto ou ao caos social²¹⁹.

Os preceitos de direito penal mínimo decorrem do movimento de política criminal ‘Nova Defesa Social’, que reflete as conquistas da Revolução Francesa e a antevisão de Cesare Beccaria²²⁰. Nasceram, portanto, da reafirmação dos direitos do homem, da dignidade do ser humano e da proteção efetiva à sociedade²²¹.

Necessário esclarecer que os preceitos da ‘Nova Defesa Social’ estão consubstanciados num ‘Programa Mínimo’ estabelecido pela ‘Sociedade Internacional de Defesa Social’, fundada em 1949. Em 1985, quando ocorreu o III Congresso Internacional de Defesa Social (Anvers), o programa foi complementado por um adendo, adotado pela Assembleia Geral da Sociedade, reunida em Milão²²².

Dessa forma, a ‘Nova Defesa Social’ é composta por algumas características fundamentais: a) trata-se de um movimento e não de um corpo de doutrina estável; b) mutabilidade (suas concepções variam no tempo, acompanhando as mudanças nas necessidades sociais); e c) universalidade (por ser crítico, multidisciplinar e pluridimensional)²²³.

Já a ‘Novíssima Defesa Social’ chama a atenção pelos seguintes aspectos: a) realiza permanentemente exame crítico das instituições vigentes, buscando atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, reformar ou até abolir essas instituições; b) vincula todos os ramos do conhecimento humano; o direito penal não é o único instrumento no combate à criminalidade; e c) faz uma crítica científica

²¹⁹ SILVA, Evandro Lins e. **Sistema penal para o terceiro milênio** – atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.32-33.

²²⁰ “Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nasceu na cidade de Milão no ano de 1738. Frequentou em Parma o Colégio dos Jesuítas, estudou depois na França Literatura, Filosofia e Matemática. Conheceu as agruras do cárcere, para onde foi enviado por influência paterna, ao sair se insurgiu contra as injustiças dos processos penais aplicados na época. Nasceu assim o livro *Dei Delicti e dele Pene*, escrito aos 26 anos de idade. O livro é a Filosofia francesa aplicada à legislação penal da época. Contra a tradição clássica inova a razão. Torna-se um arauto do protesto público contra os julgamentos secretos, o juramento imposto ao acusado, a tortura, o confisco, a pena infamante, a delação, a desigualdade diante da sanção e a atrocidade do suplício”. (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2006, p.9-10).

²²¹ SILVA, Evandro Lins e. **Sistema penal para o terceiro milênio** – atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.33.

²²² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio** – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.66.

²²³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio** – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.68.

às instituições, de maneira a garantir os direitos do homem e promover os valores essenciais da humanidade²²⁴.

Esta linha sustenta também o tratamento bifronte para a criminalidade. Assim, para os ilícitos de pequena monta, estabelece o caminho da descriminalização, enquanto para as novas e graves infrações à economia e aos demais direitos difusos, como a criminalidade estatal, recomenda a criminalização²²⁵.

Todavia, importante ponderar que se trata de posição extremada, pois há ilícitos que merecem criminalização, especialmente se considerarmos os relacionados à grave afronta aos direitos humanos, como o tráfico de pessoas.

Um dos fenômenos mais recentes do direito penal contemporâneo é o expansionismo. A expansão do direito penal implicaria em fragmentação do garantismo e na reparaçãõ do defensismo. A fragmentação decorre da diversidade de posições adotadas pelos autores dessa corrente diante de situações de risco e de insegurança. Um importante grupo de estudiosos associou o garantismo a uma redução do alcance do direito penal a seu âmbito mais clássico, optando pelo minimalismo e por alternativas à pena. Outros sustentam a necessária adaptação do direito penal e seu sistema de garantias a novas circunstâncias²²⁶.

Portanto, o direito penal vem se desenvolvendo numa linha de defesa contra perigos. Isso se deve a uma desorientação normativa e ao medo do crime experimentado por grandes camadas da sociedade, além da necessidade de controle de uma sociedade de riscos. O importante é não permanecer alheio a essa tendência e enfrentar o desafio de construir um direito de segurança que atenda às exigências do Estado de Direito²²⁷.

Deve-se evitar o expansionismo penal exclusivamente como uma função simbólica do direito penal, despida de qualquer função instrumental. A função simbólica implicaria em leis com mera função retórica, por permitirem, mais que a

²²⁴ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio** – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.69.

²²⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio** – Atos do Colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.69.

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2009, p.73.

²²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2009, p.77.

resolução do problema jurídico-penal, produzir na opinião pública a falsa impressão tranquilizadora de um suposto legislador atento e decidido²²⁸.

Fato é que se deve buscar um equilíbrio entre o direito penal mínimo e a expansão do direito penal. Não se pode negar que a proteção à dignidade humana, valor que norteia o Estado Democrático de Direito, deve ficar ao largo da esfera penal.

A identificação de um Estado como Democrático de Direito constitui um corolário garantista para o cidadão em suas relações sociais. Ao estabelecer crimes e penas, o Estado não o faz de modo absoluto; ele deve observar a uma série de princípios que coloquem a salvo as garantias mínimas que todo cidadão deve ter para viver em sociedade²²⁹.

Todos esses princípios estão expressos ou implicitamente previstos na Constituição Federal de 1988, dentre as garantias do artigo 5º. Sua função é nortear o legislador ordinário para adotar um sistema de controle penal voltado aos direitos humanos, embasado em um direito penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista²³⁰.

A necessidade de previsão do crime de tráfico internacional de crianças e adolescentes não é um expansionismo desmedido do direito penal. Muito ao contrário, é uma necessidade premente diante da imprescindibilidade de garantir a dignidade dessas pessoas em desenvolvimento.

6.2 A legitimidade da incriminação da conduta do tráfico internacional de crianças e adolescentes

A ideia de bem jurídico passou por diferentes concepções no tocante a sua definição. Contudo, todas essas tendências podem ser concentradas em duas:

- 1) as que encontram posição além do direito positivo, denominadas transcendentalistas, de corte político criminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no direito natural, na natureza das coisas ou na vida social ou cultural; e

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2009, p.459.

²²⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.141-142.

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.40.

2) as que situam o bem jurídico no sistema jurídico, na própria norma jurídica; sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas nasce com ela²³¹.

Além dos problemas relacionados ao conceito de bem jurídico, outra controvérsia se assenta na ideia de admitir sua proteção como finalidade principal do direito penal²³².

A adoção do bem jurídico como missão do direito penal traz algumas vantagens. Dentre elas, por exemplo, colocar em estreito contato a missão do direito penal com o critério de justiça que utiliza a política criminal no momento de determinar o que merece tutela, oferecer um substrato empírico ao qual estão vinculados o legislador penal e os valores formulados pela lei penal²³³.

Um direito penal preocupado somente com a estabilização normativa não é capaz de justificar a aplicação da pena, sem ser um fim em si mesmo. De outro lado, um direito penal com pretensões de absoluta determinação de padrões ético-sociais faz a pena ser um instrumento de imposição absolutista. Assim, o fim de proteger bens jurídicos é o mais adequado às propostas político-criminais de um Estado Democrático de Direito²³⁴.

Conforme se depreende da cartilha 'Tráfico de Pessoas²³⁵: uma Abordagem para os Direitos Humanos', editada pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, o tráfico de seres humanos é um atentado contra a humanidade, uma agressão inominável aos direitos humanos porque explora a pessoa, limita sua liberdade, despreza sua honra, afronta sua dignidade, ameaça e subtrai sua vida. Trata-se de atividade criminosa complexa, transnacional, de baixos riscos e altos lucros, que se manifesta de diferentes maneiras em diversos pontos do planeta, tornando vítimas milhões de pessoas barbaramente mundo afora, envergonhando a consciência humana.

²³¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.45.

²³² BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.57.

²³³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001, p.103-104.

²³⁴ BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.61.

²³⁵ Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 14 abr. 2018.

O combate ao tráfico de pessoas está intrinsecamente ligado aos valores democráticos espalhados em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais a cidadania e a dignidade humana (artigo 1º, II e III); o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV); o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (artigo 4º, IX); a garantia de igualdade no gozo dos direitos individuais entre os residentes no país, nacionais ou estrangeiros (artigo 5º); os direitos sociais (artigo 6º: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à infância, assistência aos desamparados); a ordem econômica conformada aos ditames da justiça social para assegurar a todos existência digna (artigo 170); a ordem social baseada no primado do trabalho e com o objetivo de proporcionar bem-estar e justiça sociais (artigo 193).

Entre os valores democráticos acima dispostos, a afronta mais grave é a relativa à dignidade humana, consubstanciada no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Conforme já abordado, a dignidade da pessoa humana é valor que antecede qualquer legislação. É mais do que um direito fundamental, é supedâneo de todos os direitos fundamentais.

Ademais, após as transformações sociais ocorridas ao final dos anos 1980 e início da década de 1990, os direitos humanos e a cidadania não podem mais ser entendidos a partir de um conceito de nação e nacionalidade, de um povo ligado a um território, mas devem ser entendidos sob o aspecto cosmopolita, atuando em favor do bem comum, o que inclui crianças e adolescentes²³⁶.

A dignidade humana, elemento inato aos homens, implica em liberdade, igualdade e justiça; constitui o fundamento da organização sociopolítica contemporânea de qualquer Estado Democrático. Portanto, torna-se o elo entre globalização, cidadania e direitos humanos, visto que a proteção à dignidade humana é dever da comunidade internacional²³⁷.

²³⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.101.

²³⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.101.

Assim, o combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes depende de medidas multidisciplinares da comunidade internacional, especialmente porque vivemos em um mundo globalizado.

O artigo 227 da Carta estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à liberdade, além de colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A palavra liberdade aí está em acepção ampla, de modo a permitir o efetivo valor da dignidade da pessoa em desenvolvimento, que merece proteção especial, diante de qualquer afronta.

Não há dúvida de que o combate ao tráfico de crianças e adolescentes decorre da Carta Magna e demanda empenho da sociedade. Não se trata, portanto, de uma obrigação adstrita ao Estado.

Visando estabelecer mecanismos alternativos para coibir esta conduta, não apenas em decorrência de tráfico, a Emenda Constitucional n. 81/2014 alterou a redação do artigo 243²³⁸ da Constituição Federal de 1988, permitindo que as propriedades rurais e urbanas nas quais forem localizadas culturas ilegais de drogas ou a exploração de trabalho escravo sejam expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular.

6.3 Tipologia do tráfico de pessoas

A Lei n. 13.344/2016 alterou a redação do tipo do tráfico de pessoas, atualmente previsto no artigo 149-A²³⁹ do Código Penal, além de deslocar a

²³⁸ Artigo 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no artigo 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

²³⁹ Artigo 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. §1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do

previsão para o Título I do Código Penal, 'Dos Crimes Contra as Pessoas'. A tipificação legal da conduta foi consideravelmente ampliada. Atualmente, o tráfico de pessoas implica em agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo, submetê-la a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal e exploração sexual.

A providência foi salutar. Ampliar as hipóteses de incidência se coaduna integralmente com a recomendação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conforme o Decreto n. 5.017/2004, artigo 3, "a"²⁴⁰. Além disso, quanto ao deslocamento da previsão legal, a medida é mais adequada, vez que o bem jurídico tutelado aí é a liberdade na sua acepção mais ampla, não adstrita ao direito de ir e vir, mas no sentido de envolver a liberdade humana em sentido lato, relativo à dignidade em si.

Contudo, conforme será demonstrado ainda nesta pesquisa, estas medidas são insuficientes para coibir a conduta, especialmente em se tratando do tráfico internacional de crianças e adolescentes. É necessário um tratamento específico e mais severo, por se tratar de pessoas em situação de vulnerabilidade ínsita. A conduta é extremamente complexa por envolver transnacionalidade e, normalmente, ser praticada por organizações criminosas.

A legislação que antecedeu a Lei n. 12.015/2009 previa a conduta do tráfico de pessoas dentre os crimes sexuais, atendendo apenas à recomendação mínima do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Decreto n.5.017/2004, artigo 3, "a"). A Lei de

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

²⁴⁰ Artigo 3 – Definições. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

2009 apenas modificou a denominação do Título VI do Código Penal, que era “Dos Crimes contra os Costumes”, para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, além de permitir que qualquer pessoa pudesse ser sujeito passivo do crime, homens e mulheres.

A análise da tipologia atual da conduta é extremamente relevante para a identificação das falhas relativas à previsão legal. Assim, será demonstrada sucintamente a objetividade jurídica, os sujeitos ativo e passivo, a conduta ilícita, o elemento subjetivo, a consumação, a tentativa, as causas especiais de aumento e de diminuição de pena, a ação penal e a competência para julgamento, para, só então, se demonstrar sua insuficiência.

A tipificação legal do tráfico de pessoas (artigo 149-A²⁴¹ do Código Penal) implica em agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remoção de órgãos e tecidos, exercício de trabalho escravo ou qualquer outro tipo de servidão, adoção ilegal e exploração sexual.

Cabe salientar que a despeito das diversas teorias acerca da finalidade principal do direito penal continuar a ser a proteção de bens jurídicos, fato é que o Código Penal ainda está sistematizado conforme os bens jurídicos tutelados e a maioria da doutrina permanece seguindo essa diretriz.

Ao direito penal cabe tutelar apenas os bens jurídicos mais relevantes para o convívio social. Esta premissa decorre da adoção dos princípios da ofensividade, da intervenção mínima (*ultima ratio*), da fragmentariedade, segundo os quais a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para proteger determinado bem jurídico.

Segundo o princípio da ofensividade, a tipificação legal de uma conduta como crime só é legítima se houver perigo concreto, real e efetivo a um bem jurídico

²⁴¹ Artigo 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. §1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. §2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

penalmente protegido, a um interesse socialmente relevante. Este princípio exerce dupla função: a político-criminal, que norteia o trabalho do legislador, e a interpretativa ou dogmática, que se manifesta num momento posterior, durante a aplicação concreta da lei penal²⁴².

O tráfico de pessoas de um modo geral ocasiona perigo concreto a um interesse socialmente relevante. Não se trata apenas de um risco, é crime de dano. Um ser humano que subjuga o outro, em geral para obter lucro – embora tal fato não seja exigido para a subsunção – viola gravemente os direitos humanos e merece tutela penal.

A conduta é ainda mais abjeta se as vítimas forem crianças e adolescentes e objeto de tráfico internacional. Crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e, por essa razão, deverão ter oportunidades e faculdades para potencializarem seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²⁴³.

O princípio da intervenção mínima implica o Estado utilizar apenas o mínimo necessário do direito penal, exclusivamente nas hipóteses em que os outros ramos do direito não forem capazes de resolver a questão. Este princípio deve nortear o trabalho do legislador, a fim de reduzir o número de normas incriminadoras²⁴⁴.

Incriminar a conduta do tráfico de pessoas não é ofensa ao preceito de direito penal mínimo, ao contrário, está de acordo com ele. Nenhum outro ramo do direito é capaz de coibir o tráfico de pessoas, especialmente o tráfico internacional de crianças e adolescentes, pois se trata de conduta extremamente complexa, que demanda o uso do instrumento legal mais forte do Estado, o direito penal.

O expansionismo inadvertido do direito penal é uma tendência contemporânea que deve ser evitada, a fim de não banalizá-lo. Mas, certamente, não deve ficar à margem do direito penal uma grave violação dos direitos humanos, como ocorre com a conduta do tráfico de pessoas.

O princípio da fragmentariedade é corolário da intervenção mínima e da reserva legal, implica na necessidade de ser objeto da tutela penal apenas os

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.52-53.

²⁴³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.79.

²⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.68.

valores imprescindíveis à sociedade. Assim, o direito penal não tutela todos os bens jurídicos, mas apenas os imprescindíveis ao convívio harmônico social²⁴⁵.

A eleição de um mandado de criminalização é realizada por uma leitura teleológica dos princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, o que permite identificar o lugar que o bem jurídico a ser penalmente tutelado ocupa na ordem constitucional²⁴⁶.

Logo, a noção de mandado de criminalização não afronta o direito penal mínimo. Pelo contrário, ele é a base e o limite de um direito penal garantista, pois é tarefa da Constituição Federal estabelecer um mínimo axiológico ao desenvolvimento da coletividade, imbuído de dignidade penal e garantir um piso mínimo imprescindível, pois é expressão da dignidade humana²⁴⁷.

A dignidade humana é valor que norteia todo o ordenamento jurídico. Uma afronta a um valor fundante não pode ficar sem tutela penal. Cabe ao legislador penal içar um bem jurídico à tutela penal, no entanto, não se trata de uma escolha absolutamente livre, mas que deve estar lastreada no texto constitucional²⁴⁸. Não resta dúvida de que o bem jurídico em questão tem lastro constitucional e merece tutela penal.

Todavia, a liberdade individual não é o único bem jurídico tutelado nesse caso. Trata-se de crime pluriofensivo, ou seja, a tutela refere-se a mais de um bem jurídico, uma série de valores relativos ao Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a igualdade e a ordem econômica.

A dignidade da pessoa humana é o cerne de proteção nesse dispositivo legal, no entanto, a igualdade também merece destaque. É inconcebível que determinada pessoa ou grupo de pessoas, em geral ligadas a associações criminosas, possam, em geral por lucro, subjugar outras, abusando de sua situação de vulnerabilidade.

²⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.44-45.

²⁴⁶ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p.49.

²⁴⁷ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p.49.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. t.I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.55-56.

Trata-se de crime comum, quanto ao sujeito ativo, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. O tipo penal não exige a presença de agente especial para perpetrar a conduta. Importante esclarecer que os tipos que individualizam condutas cometidas por qualquer pessoa recebem o nome de *delicta comunia*²⁴⁹.

Contudo, há incidência de uma causa especial de aumento de pena (artigo 149-A do Código Penal, §1º), implicando aumento de um terço a metade da pena, se o sujeito ativo for funcionário público, no exercício da função, ou a pretexto de exercê-la, ou ainda se o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

Trata-se de crime unissubjetivo, monossubjetivo ou individual, pois pode ser praticado por apenas um agente, embora nada impeça a prática por mais de um sujeito, quando, então, ocorrerá o concurso eventual de pessoas.

Fato é que o tráfico de seres humanos está atualmente associado a uma atividade lucrativa, gerida por organizações criminosas, que atinge grupos de pessoas dotadas de vulnerabilidade, em geral afetadas pelas desigualdades sociais, pela estigmatização e discriminação, pela precariedade financeira, oriundas de um sistema capitalista ao qual estamos submetidos²⁵⁰.

A criminalidade organizada é fenômeno do contexto contemporâneo, decorrente da globalização, que gera o desenvolvimento não só de sofisticados mecanismos de organização, como também a manifestação de novas formas de criminalidade, caracterizadas, em geral, por sua transnacionalidade, dando azo à expansão da criminalidade organizada global²⁵¹.

Para Winfried Hassemer, a criminalidade moderna é um fenômeno “explosivo”, diferente da criminalidade de massa, pois apresenta os seguintes caracteres: não há vítimas individuais imediatamente (apenas de forma indireta), atinge a bens jurídicos supraindividuais e vagos, os danos causados têm pouca

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. São Paulo: RT, 1997, p.476.

²⁵⁰ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p.46.

²⁵¹ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p.41-42.

visibilidade, preponderantemente é evitado o “derramamento de sangue” e é caracterizado pela internacionalização, pela profissionalização e pelo trabalho²⁵².

Assim, a organização da criminalidade enseja a consecução de complexas operações delituosas e maior rentabilidade no âmbito internacional resultando na macrocriminalidade, como é o caso do tráfico de drogas, de armas e de pessoas²⁵³.

Sujeito passivo é o titular do direito violado ou ameaçado de lesão²⁵⁴ e pode ser qualquer pessoa. O tipo penal não estabelece nenhuma especificidade em relação à vítima, assim não se exige sua vulnerabilidade, o que certamente dificultaria a incriminação da conduta, já que nem sempre essa característica está presente. No entanto, isto não afasta a possibilidade de oferecer tratamento mais severo a esse tipo de situação, já que se trata de conduta mais gravosa.

É certo que a condição socioeconômica das vítimas é a razão principal do tráfico de pessoas. A precariedade financeira leva as pessoas a serem ludibriadas com uma suposta chance de vida melhor. Há também fatores culturais que contribuem para a prática delitiva, como a forma de encarar a mulher, o pobre e o negro que, de certa maneira, ensejam a caracterização da conduta²⁵⁵.

Quase um terço do total das vítimas de tráfico de pessoas no mundo são meninos e meninas, de acordo com o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2016, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

O documento afirma que mulheres e meninas correspondem a 71% das vítimas do tráfico²⁵⁶. Destaca, ainda, que enquanto mulheres e meninas tendem a ser vítimas de tráfico com fim de matrimônio ou exploração sexual, homens e meninos são explorados geralmente para trabalho forçado na indústria de mineração como carregadores, soldados e escravos²⁵⁷.

²⁵² HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.2, n.8. São Paulo, out.-dez, 1994, p.44-45.

²⁵³ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015, p.42.

²⁵⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v.1. 38.ed. São Paulo: Rideel, 1995, p.111.

²⁵⁵ SIQUEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs). **Tráfico de pessoas** – quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro. São Paulo: Ideias & Letras, 2013, p.29.

²⁵⁶ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁵⁷ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

Além disso, 28% das vítimas de tráfico identificados em todo o mundo são crianças²⁵⁸. No entanto, em regiões como África, América Central e Caribe esta população compõe 62% e 64% das vítimas, respectivamente²⁵⁹.

Haverá incidência de causa especial de aumento de pena (§1º do artigo 149-A do Código Penal), se o ofendido for criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência. Neste ponto, deveria haver um maior cuidado por parte do legislador, especialmente no que toca às crianças e adolescentes, por serem pessoas em desenvolvimento, que demandariam tratamento especializado, em razão da vulnerabilidade ínsita à sua condição.

A definição de criança e adolescente está no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Criança é a pessoa até 12 anos incompletos; adolescente, aquele que tem entre 12 e 18 anos. Nesse caso, a vulnerabilidade é ínsita, já que elas estão em desenvolvimento e são mais suscetíveis em relação aos adultos.

Malgrado não seja exigível a vulnerabilidade, no caso de crianças e adolescentes é algo indissociável de sua condição, o que por si só implicaria num combate efetivo da conduta delituosa por meio de tratamento especializado.

Pessoa idosa, de acordo com o artigo 1º²⁶⁰ da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

A definição de pessoa com deficiência está estabelecida no artigo 2º²⁶¹ da Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). É a pessoa com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Cabe ainda mencionar a vitimodogmática. Segundo Alessandra Orcesi Pedro Greco, trata-se do conjunto de postulados vitimológicos que tem por objeto o estudo do comportamento da vítima frente ao crime, ou seja, sua contribuição para a prática delitiva e os efeitos jurídicos desse comportamento para a existência do crime e suas consequências²⁶².

²⁵⁸ O termo "criança" engloba todas as pessoas até dezoito anos, considerando os tratados internacionais.

²⁵⁹ Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁶⁰ Artigo 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

²⁶¹ Artigo 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

²⁶² MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte. **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quatier Latin, 2015.

Seria possível questionar a atipicidade da conduta frente ao consentimento da vítima, por exemplo. Contudo, prevalece o entendimento de que o bem jurídico tutelado não é disponível, logo, a vítima, de acordo com suas condições pessoais, é levada ao tráfico por falta de alternativa.

Ademais, se em relação às pessoas, de forma geral, há certa controvérsia acerca da atipicidade da conduta frente ao consentimento da vítima, o mesmo não ocorre e relação às crianças e adolescentes que, por sua vez, não têm condição de externar consentimento válido, por conta de sua condição peculiar de indivíduo em desenvolvimento.

O artigo 149-A do Código Penal individualiza oito núcleos do tipo: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa. Embora os verbos mencionados tenham significados próximos, o legislador optou por prevê-los, por cautela, visando não deixar de fora conduta que eventualmente pudesse integrar a prática do tráfico de seres humanos.

Assim, podemos dizer que agenciar significa servir de intermediário; aliciar significa atrair a si; recrutar é atrair, reunir, convocar; transportar é levar, no caso, seres humanos, de um lugar a outro, independentemente se isso ocorre dentro do território nacional ou para o exterior (neste último caso há incidência de causa especial de aumento); transferir é mudar de um lugar para outro (e para distinguir do núcleo anterior, poderíamos dizer que é o deslocamento de pessoa já traficada para outro lugar, por uma razão qualquer); comprar é obter mediante pagamento; alojar é dar guarida em algum lugar; acolher é dar refúgio a alguém, receber.

Diante dos significados léxicos, o tipo penal em apreço tentou descrever a conduta ilícita em sua inteireza, ou seja, abarcar todo o processo envolvido no tráfico de pessoas, considerando-se eventual divisão de tarefas entre os autores.

Trata-se de tipo penal misto ou alternativo ou cumulativo, ou seja, o legislador descreve no tráfico mais de um tipo de conduta, incrimina igualmente, de maneira alternativa, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo ao mesmo bem jurídico tutelado, atribuindo igual desvalor²⁶³.

Assim, se o agente praticar mais de um núcleo do tipo, responderá por crime único, desde que as condutas sejam realizadas num mesmo contexto fático. Aliás,

²⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.193.

em relação à conduta estudada, é comum o agente incorrer em mais de um núcleo do tipo.

A alternatividade também se dá em relação aos meios executórios²⁶⁴. O legislador individualiza alternativamente os meios executórios relativos à consecução das condutas descritas nos núcleos do tipo. São eles: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

A grave ameaça é relativa à violência moral, pela qual o agente compele a vítima a ceder, mediante a promessa de realização de um mal injusto e grave.

A palavra violência, sempre que contida, regra geral, na descrição de tipos penais, se refere à violência corporal (*vis corporalis*). Nesse caso, o agente utiliza força física para perpetrar a conduta.

Já coação implica compelir alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Normalmente, esse meio executório é exercido por violência física ou moral, expressamente previstos no tipo. Todavia, para distingui-los dos meios executórios, o legislador optou por incluí-lo, demonstrando assim um excesso de zelo.

A fraude é qualquer meio capaz de enganar ou ludibriar alguém. Pode ser perpetrada por meio de ardil, que na legislação penal significa enganar por meio de persuasão, sem o uso de aparato diverso da capacidade de convencimento. Também pode ser realizada por meio de artifício. Nesse caso, geralmente, o agente se vale de outros aparatos, além da capacidade de persuasão, para convencer a vítima, como, por exemplo, a apresentação de contrato falso de trabalho.

Por último, o abuso é um meio perpetrado pelo uso incorreto, imoderado, ou por excesso de poder ou ascendência que eventualmente o sujeito ativo tenha em relação ao sujeito passivo.

Para além da análise da tipologia legal, importante frisar que o tráfico de seres humanos é um crime extremamente complexo. Uma das razões disto reside no fato de não ser uma conduta realizada às escâncaras, mas exercida por meios obscuros, pois o mercado negro de seres humanos muitas vezes se vale da *deep web* para viabilizar a conduta.

A conduta do tráfico implica, portanto, o agente praticar um dos núcleos descritos, realizando ao menos um dos meios executórios previstos. Exige-se a

²⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.193.

existência de uma das finalidades elencadas nos incisos I a V do artigo 149-A do Código Penal:

- I) para a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II) para submeter a vítima a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III) para submeter o ofendido a qualquer tipo de servidão;
- IV) para a adoção ilegal; ou
- V) para exploração sexual.

Cabe distinguir a conduta do tráfico de pessoas exposta acima com o tráfico de migrantes. Este último envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa num Estado no qual essa pessoa não seja natural ou residente. A definição está prevista no artigo 3, "a"²⁶⁵, do Decreto n. 5.016/2004, que promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Atualmente, o contrabando de migrantes afeta quase todos os países do mundo.

O elemento subjetivo indica a vontade do agente. No caso descrito, não há dúvida de que se trata de conduta dolosa. Dolo é a vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal. Trata-se de dolo natural, constituído de dois elementos: um cognitivo (conhecimento do fato) e outro volitivo (vontade de realizar a conduta)²⁶⁶.

O dolo normativo não é mais adotado, conforme ocorria à época em que era acolhida a teoria causal da ação. A doutrina finalista deslocou o elemento normativo (situado no dolo) para a potencial consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade), como algo indispensável ao juízo de reprovação²⁶⁷.

²⁶⁵ Artigo 3 – Definições. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de migrantes" significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente; b) A expressão "entrada ilegal" significa a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento; c) A expressão "documento de viagem ou de identidade fraudulento" significa qualquer documento de viagem ou de identificação: (i) Que tenha sido falsificado ou alterado de forma substancial por uma pessoa ou uma entidade que não esteja legalmente autorizada a fazer ou emitir documentos de viagem ou de identidade em nome de um Estado; ou (ii) Que tenha sido emitido ou obtido de forma irregular, através de falsas declarações, corrupção ou coação ou qualquer outro meio ilícito; ou (iii) Que seja utilizado por uma pessoa que não seja seu titular legítimo; d) O termo "navio" significa todo o tipo de embarcação, incluindo embarcações sem calado e hidroaviões, utilizados ou que possam ser utilizados como meio de transporte sobre a água, com exceção dos vasos de guerra, navios auxiliares da armada ou outras embarcações pertencentes a um Governo ou por ele exploradas, desde que sejam utilizadas exclusivamente por um serviço público não comercial.

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.314.

²⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.315.

A possibilidade de caracterizar conduta na modalidade culposa depende de previsão expressa nesse sentido, por conta do princípio da excepcionalidade do crime culposo. O mesmo ocorre em relação a figuras preterdolosas.

O crime em análise pode se caracterizar por meio de dolo direto. Nele, o agente quer o resultado, a vontade é direcionada a realizar o fato típico. O objeto desta espécie de dolo é o fim proposto, os meios escolhidos e os efeitos colaterais imprescindíveis à realização do fim almejado²⁶⁸.

No caso em discussão há o elemento subjetivo do injusto, requisito de caráter subjetivo, distinto do dolo, exigido pelo tipo além do dolo²⁶⁹. É a intenção do sujeito ativo, no momento da prática do delito, de ir além dos limites do âmbito objetivo. Em geral, não se exige do agente lograr êxito em alcançar o objetivo almejado²⁷⁰.

Importante destacar que a ausência da finalidade especial no caso concreto culmina com duas consequências possíveis: o fato se torna atípico ou a conduta se subsume a outro tipo penal. A ausência da finalidade especial em relação ao crime de tráfico de pessoas implica atipicidade da conduta.

Quanto ao momento consumativo, os crimes podem ser materiais, formais e de mera conduta. No crime material, o fato perpetrado apenas terá relevância penal se a ação praticada se ligar, pelo nexos causal, a um resultado exterior e destacado dessa ação. Esse resultado é considerado consequência essencial à caracterização da conduta²⁷¹. Assim, os crimes materiais só se consumam se a conduta culminar com a produção de um resultado naturalístico.

Diverso do crime material é o formal. Nele, o tipo proibitivo se contenta em descrever a conduta, sem mencionar o resultado natural ligado à conduta pelo nexos de causalidade. Por essa razão, não há evento destacado da ação nos crimes formais. A descrição restringe-se à conduta e o resultado coincide com esta. Assim, não há menção no tipo de eventuais resultados decorrentes da conduta descrita²⁷².

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.319.

²⁶⁹ PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal em el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel S.A., 1994, p.218.

²⁷⁰ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – parte geral v.1. 9.ed. São Paulo: RT, 2010, p.339.

²⁷¹ WESSELS, Johannes. **Direito penal** – parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p.98.

²⁷² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.269.

Esta explicação, entretanto, poderia causar dúvida quanto à distinção entre crimes formais e crimes de mera conduta. O mais adequado é estabelecer que o crime formal também descreve um resultado que, na prática, não precisa se concretizar para ocorrer a consumação do crime. É como se o legislador antecipasse a consumação, satisfazendo-se com a simples atividade do agente. Já no crime de mera conduta o legislador descreve apenas o comportamento do agente, sem prever o resultado²⁷³.

O crime de tráfico se consuma com a realização de ao menos um núcleo do tipo, por intermédio de um dos meios executórios previstos, desde que haja alguma das finalidades descritas no tipo. É um crime formal, que se consuma com a realização da conduta. A realização efetiva do resultado naturalístico é desnecessária para caracterizar o fato.

A tentativa é possível por se tratar de crime plurissubsistente, ou seja, caracterizado por condutas típicas que se desdobram em mais de um ato executório. Assim, se é possível fracionar a conduta, é cabível a tentativa, que é a possibilidade de interromper os atos executórios, por circunstâncias alheias à vontade do agente (artigo 14 do Código Penal)²⁷⁴.

Cabe salientar que parte da doutrina utiliza outro critério para aferir a possibilidade de tentativa ao considerar a classificação doutrinária referente ao momento consumativo. Segundo alguns doutrinadores, apenas os crimes materiais admitem a tentativa; os formais e os de mera conduta não a admitem.

Não se pode considerar este critério em razão da sua insegurança em razão de admitir uma série de exceções. Há muitos crimes formais que, por admitirem o fracionamento da conduta, implicam admissão de tentativa. Dentre eles, o crime de extorsão mediante sequestro e o de corrupção passiva.

As causas especiais de aumento de pena previstas no tipo são computadas na terceira fase do cálculo dosimétrico da pena privativa de liberdade e podem implicar na possibilidade de o resultado final da pena ficar aquém do mínimo ou além do máximo, já que essa é a única fase do cálculo em que a pena pode ultrapassar os limites legais cominados em abstrato.

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.256.

²⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.256.

As causas especiais de aumento estão previstas no artigo 149-A, §1º, do Código Penal, e implicam aumento de um terço a metade da pena, nas seguintes hipóteses:

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

O conceito de funcionário público (artigo 327 do Código Penal) engloba qualquer pessoa que exerça função pública, mesmo em caráter transitório. Logo, não se adstringe ao conceito de direito administrativo, por ser mais abrangente.

Já individualizamos o conceito de criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência. O inciso III elenca situações nas quais o sujeito ativo tenha algum tipo de ascendência sobre o sujeito passivo, decorrente ou não de laços sanguíneos, o que facilita a consecução da conduta ilícita. Já o inciso IV trata especificamente do tráfico internacional de pessoas.

Diante deste cenário, se o tráfico internacional envolver crianças e adolescentes, incidirão duas causas especiais de aumento de pena. Este aumento deverá ser um valor intermediário entre um terço e metade (parágrafo único do artigo 68 do Código Penal).

As causas especiais de diminuição constam do artigo 149-A, §2º do Código Penal: “a pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa”.

Primária é a pessoa que nunca sofreu condenação criminal definitiva anterior, assim como a pessoa condenada definitivamente, mas que por ter transcorrido o período depurador, volta a ser considerada tecnicamente primária. A condenação anterior por crime político ou militar não gera reincidência (artigo 64 do Código Penal).

O §2º traz a previsão do conectivo “e”. Significa que não basta a primariedade do agente. É necessário comprovar o fato de ele não integrar organização criminosa.

O conceito de organização criminosa (artigo 1º, §1º da Lei n. 12.850/13²⁷⁵) implica na associação de quatro ou mais pessoas, cujo grupo é estruturalmente ordenado e caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional.

Por fim, para haver a incidência da presente causa especial de diminuição de pena, não é necessário que o crime de tráfico de pessoas seja praticado por associação criminosa, mas que o autor do crime não pertença a uma organização criminosa.

A ação penal é um instituto híbrido, disciplinado tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. É o direito material que prevê a espécie de ação para apurar cada ilícito penal.

Ação penal é um direito potestativo concedido pelo Estado de se socorrer do Poder Judiciário para formular uma pretensão acusatória. É um direito constitucional de invocar e postular a satisfação de pretensões. É uma garantia constitucional que assegura o acesso ao Poder Judiciário²⁷⁶.

Há, como regra geral, duas espécies de ação penal: a pública (legitimidade do Ministério Público) e a privada (legitimidade do ofendido). A pública pode ser condicionada ou incondicionada; já a privada se classifica em propriamente dita e personalíssima.

A ação penal pública incondicionada, conforme a própria denominação explícita, independe de qualquer condição. Já a condicionada depende de condições de procedibilidade, como a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça para que o legitimado ativo possa manejá-la.

A ação penal privada é exercida pelo ofendido ou, na sua ausência, pelos sucessores – o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão (artigo 31 do

²⁷⁵ Artigo 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. §2º Esta Lei se aplica também: I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

²⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.257-258.

Código de Processo Penal). Já a personalíssima só pode ser ajuizada pelo ofendido. Os seus sucessores não poderão manejá-la ou sequer continuar no polo ativo da ação em caso de ausência ou morte posterior ao início da ação penal. Essa espécie persiste apenas em relação à ação penal para apurar o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (artigo 236 do Código Penal).

A regra é que os crimes sejam apurados mediante ação penal pública incondicionada, tendo em vista que o direito de punir é direito absoluto do Estado. Na ação penal privada, o Estado apenas delega o exercício do direito de ação, jamais o direito de punir. Apenas se admite outro tipo de ação penal se houver previsão expressa nesse sentido.

O tipo penal que descreve o tráfico de pessoas não individualiza expressamente o tipo de ação penal. Assim, pressupõe-se a regra, o que não poderia ser diferente, dada a grandeza dos bens jurídicos em questão, cuja violação implica grave desrespeito aos direitos humanos.

A competência é um conjunto de regras que assegura a eficácia da jurisdição, especialmente no que concerne ao princípio do juiz natural²⁷⁷. Costuma-se afirmar que é a medida da jurisdição. Dessa forma, o tráfico de pessoas é crime apurado perante a Justiça Comum, federal ou estadual.

Serão da competência da Justiça Federal os crimes elencados no artigo 109 da Constituição Federal de 1988. Os demais, residualmente, serão da competência da Justiça Estadual.

O tráfico de pessoas pode ser da competência tanto da Justiça Federal, quanto da Estadual, a depender do caso concreto. Assim, sempre que o tráfico de pessoas for internacional, a competência será da Justiça Federal (artigo 109, V, da Constituição Federal de 1988). Nas demais hipóteses, será da competência da Justiça Estadual. Contudo, nas causas que impliquem grave violação dos direitos humanos, o Procurador Geral da República poderia suscitar o deslocamento de competência para a Justiça Federal (artigo 109, §5º).

²⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.453.

Dessa forma, o tráfico interno de pessoas, embora para a maioria seja um fato que constitui grave violação dos direitos humanos, apenas se sujeitaria a julgamento perante a Justiça Federal se suscitado o deslocamento.

6.4 A internet como instrumento condutor na expansão do tráfico de pessoas

Não resta dúvida de que a internet é campo fértil para a realização de ilícitos penais, especialmente o tráfico de pessoas. Alguns conceitos são necessários para a compreensão da verdadeira complexidade sobre o uso desse meio para a prática da conduta delitiva.

O primeiro conceito necessário se refere à tecnologia da informação. Trata-se de toda solução oferecida por recursos eletrônicos e computacionais que permitem a transferência e o armazenamento de dados e informação processada. As tecnologias da informação tiveram um papel essencial no desenvolvimento de programas de processamento de texto, sistemas de armazenamento de dados computacionais, transferências e consultas na internet. Tiveram ainda um papel muito importante no que concerne à preservação da liberdade e da privacidade digital e, por outro lado, deram grande visibilidade à violação das mesmas, a depender do uso a elas atribuído.²⁷⁸

A internet é um sistema de conexão entre computadores, que permite a comunicação entre eles, a consulta e o compartilhamento de informação. Trata-se de uma rede de comunicações que abrange as esferas pública e privada conectadas por ligações fixas ou sem fio²⁷⁹.

A consulta e compartilhamento de informações se realiza na World Wide Web (www), em que se pode acessar por meio da internet. A Web é um espaço aberto no qual documentos e outros recursos estão registados e identificados por endereços eletrônicos. Para navegar num determinado website, basta escrever o exato endereço eletrônico ou procurar nos sites de busca, como por exemplo, o Google²⁸⁰.

²⁷⁸ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁷⁹ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁸⁰ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

A internet está dividida em dois segmentos: a Surface Web, que corresponde à parte da internet registada e que é facilmente acessada por meio de sites de busca, e a Deep Web, baseada no conteúdo da internet que não está registado e que não pode ser consultado de maneira convencional²⁸¹.

A Deep Web, Deep Net, Invisible Web ou Hidden Web são termos que se referem ao conteúdo da Internet não registrado pelos tradicionais mecanismos de busca. É impossível medir o tamanho da Deep Web. Alguns dados apontam para 400 ou 500 vezes superior ao da Surface Web. A tendência é aumentar exponencialmente. Ultimamente, para pesquisar a profundidade da Deep Web, foi desenvolvido um software de pesquisa de informação da Deep Web, uma Darknet chamado Tor, ferramenta que permite preservar o anonimato do usuário²⁸².

A Darknet é uma rede de ligações que só pode ser consultada por meio de softwares específicos. Existem dois tipos de Darknet: a ligação friend-to-friend, pela qual os usuários se comunicam com pessoas conhecidas, e por passwords e assinaturas digitais, que podem ser utilizadas para autenticação, e o software anônimo Tor, que preserva a identidade dos usuários. A Darknet é utilizada por: a) cidadãos que querem proteger a sua privacidade; b) proteger dissidentes por represálias políticas; c) utilizadores que cometem crimes informáticos (hacking); d) Compradores e vendedores de negócios ilícitos; e) Partilha de ficheiros (pornografia, ficheiros confidenciais, software ilegal, etc.)²⁸³.

A Deep Web é composta por websites não registrados e que só podem ser consultados com o uso de uma Darknet, como por exemplo o Tor, constituindo assim a Dark Web. Um estudo feito pela Universidade de Portsmouth, no Reino Unido, em dezembro de 2014, chegou à conclusão que o tipo de conteúdo mais visitado na Dark Web é pornografia infantil, seguida por mercados negros, incluindo-se nesses mercados negros o mercado de seres humanos²⁸⁴.

A utilização da Deep Web como meio para o mercado de seres humanos, associado ao fato de o delito ser transnacional, no caso de tráfico

²⁸¹ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁸² Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁸³ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁸⁴ Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/18052/1/WPSeries_01_2016DDuarteTMealha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

internacional de crianças e adolescentes, repercute na persecução penal e na ineficácia relativa ao combate da conduta, como será demonstrado no capítulo subsequente.

6.5 Insuficiência de previsão legal em relação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes

O tráfico de pessoas é delito descrito no artigo 149-A²⁸⁵ do Código Penal. O tráfico internacional de crianças e adolescentes não tem previsão específica e o fato de a vítima ser criança ou adolescente retirada do território nacional é apenas a incidência de causa especial de aumento de pena (artigo 149-A, § 1º, II e IV do Código Penal).

A previsão acima está aquém do necessário a um combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, seja porque está em contradição sob o ponto de vista do sistema jurídico de proteção dessas pessoas, seja sob o aspecto relativo à própria tipologia.

O artigo 1º da Lei n. 8.069/1990²⁸⁶ (Estatuto da Criança e do Adolescente) adotou expressamente a doutrina da proteção integral, com fulcro nas regras constitucionais que elevaram ao nível máximo de validade e eficácia as normas referentes às crianças e aos adolescentes. A Constituição Federal, por seu turno, se inspirou em tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

A proteção à criança e ao adolescente, em sentido amplo, é direito social estabelecido no artigo 6º²⁸⁷ da Constituição Federal de 1988. Além disso, a tutela

²⁸⁵ Artigo 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. §1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional; §2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

²⁸⁶ Artigo 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

²⁸⁷ Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

desdobra-se em outras prescrições específicas, como por exemplo, a do artigo 227²⁸⁸, que atribui à infância e à juventude um momento especial da vida do ser humano, por serem pessoas em desenvolvimento, assegura direitos fundamentais específicos e determina que cabe ao Estado promover política pública para efetivar os direitos dessas pessoas²⁸⁹.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 assegura o princípio da prioridade absoluta, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É uma responsabilidade que para ser concretizada exige a integração de um conjunto articulado de políticas públicas. O preceito é tão relevante que foi reproduzido, quase integralmente, no artigo 4^o²⁹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁸⁸ Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. §2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. §3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no artigo 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. §4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. §5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. §7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no artigo 204. §8º A lei estabelecerá: I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

²⁸⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.62.

²⁹⁰ Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte,

Ainda segundo o artigo 227, §4º da Constituição Federal de 1988, a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. O constituinte foi taxativo quanto ao *severamente*, ênfase que não aparece em outras passagens da Lei Maior.²⁹¹

Não é concebível haver um sistema que assegure a proteção integral, a prioridade absoluta, o respeito à situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, a determinação constitucional de dar tratamento severo a qualquer forma de abuso e violência a crianças e adolescentes e não haver ao menos uma tipificação legal que constitua forma qualificada do delito de tráfico de pessoas, em se tratando de vítimas crianças e adolescentes.

Ademais, a previsão relativa ao tráfico internacional contempla apenas a hipótese de a vítima ser retirada do território nacional, sem prever a hipótese em que a vítima é trazida ao território brasileiro. Assim, a punição dessas duas figuras fica desequilibrada, tendo em vista que não haverá a incidência da causa de aumento se a vítima for trazida para o território nacional ainda que se trate de conduta transnacional tanto quanto a hipótese inversa.

Também não foi observado o preceito constitucional acerca da obrigação de o Estado coibir severamente condutas que possam culminar em abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.

A pena cominada em abstrato para o tráfico de pessoas é de reclusão de 4 a 8 anos e multa. O fato de o crime ser cometido contra criança e adolescente e a vítima ser retirada do território nacional implica na incidência de causa de aumento de pena (§1º do artigo 149-A do Código Penal), que varia de um terço à metade.

Assim, considerando o agente primário com bons antecedentes, será possível aplicar uma pena de aproximadamente 6 anos de reclusão – nesse caso, o regime inicial de cumprimento é o semiaberto. Trata-se de punição extremamente branda, visto tratar-se de conduta que implica no “comércio internacional” de crianças e adolescentes.

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

²⁹¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.64.

A despeito de o tráfico de pessoas, especialmente envolvendo crianças e adolescentes, constituir uma afronta à dignidade humana, não é considerado crime hediondo pelo ordenamento jurídico brasileiro. São hediondos, sob o ponto de vista formal, os crimes elencados no artigo 1º²⁹² da Lei n. 8.072/1990 e equiparados a esta condição aqueles que constam do artigo 2º²⁹³ do mesmo diploma.

Não se concebe que o rol apontado inclua alguns crimes contra o patrimônio mas não preveja o tráfico internacional de crianças e adolescentes. Tráfico é a “coisificação” do ser humano, nas palavras de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, “a transformação da pessoa em mercadoria, levada de um lado para outro, de acordo com as conveniências do comerciante”²⁹⁴.

O autor ainda estabelece um conceito material de crimes hediondos, como instrumento de crítica à positivação legislativa determinada pelo artigo 5º, XLIII da Constituição Federal, tanto nas escolhas quanto nas omissões²⁹⁵.

Não há dúvidas, portanto, pela sua natureza, de que o tráfico internacional de crianças e adolescentes deveria ser conduta incluída no rol dos crimes hediondos.

²⁹² Artigo 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei n.8.930, de 1994) (Vide Lei n. 7.210, de 1984); I – homicídio (artigo 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, §2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (artigo 129, §2º) e lesão corporal seguida de morte (artigo 129, §3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II – latrocínio (artigo 157, §3º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (artigo 158, §2º); IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput*, e §§1º, 2º e 3º); V – estupro (artigo 213, *caput* e §§1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (artigo 217-A, *caput* e §§1º, 2º, 3º e 4º); VII – epidemia com resultado morte (artigo 267, §1º). VII-A – (VETADO); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, *caput* e § 1º, §1º-A e §1º-B). VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (artigo 218-B, *caput*, e §§1º e 2º). Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1 de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no artigo 16 da Lei n.10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados.

²⁹³ Artigo 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança. §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. §2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. §3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. §4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

²⁹⁴ MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte. **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quatier Latin, 2015, p.180.

²⁹⁵ MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte. **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quatier Latin, 2015, p.191.

7 PROCESSO PENAL E COMBATE AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito processual penal, nas palavras de José Frederico Marques, “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”²⁹⁶.

A história do direito processual divide-se em três fases: o processo já foi considerado meio de aplicação do direito material apenas, a fase autonomista e a fase instrumentalista²⁹⁷.

Até meados do século passado, desenvolveu-se a primeira fase. Nela, o processo era mero meio de aplicação do direito material. Daí a razão da designação direito adjetivo, atualmente rechaçada pelos processualistas, porque não havia a consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial, nem tampouco a noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito ou elementos para definir sua autonomia científica²⁹⁸.

A segunda fase foi a autonomista. Este período durou praticamente um século. Nele, tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. Faltava, entretanto, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma concepção introspectiva; o processo era considerado mero instrumento técnico predisposto a realizar a ordem jurídica material, sem analisar seus resultados na vida das pessoas ou se preocupar com a justiça que ele fosse capaz de fazer²⁹⁹.

A fase instrumentalista – cujo perfil é eminentemente crítico – é a que está em andamento. O processo é uma ciência que já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, no entanto, o sistema continua falho quanto ao seu mister de

²⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003, p.16.

²⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.29.

²⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.29.

²⁹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.29.

produzir justiça entre os membros da sociedade. Agora, é preciso examinar o processo sob o ponto de vista dos resultados práticos. Para o desenvolvimento desse propósito, contribui o direito processual constitucional³⁰⁰.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, a partir do desenvolvimento da fase instrumentalista passou a existir um clima metodológico para o desenvolvimento de uma teoria geral do processo, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para a superação das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sociopolítica do sistema³⁰¹.

Contudo, a despeito da relação íntima entre direito penal e direito processual penal, não há subordinação de um em relação ao outro. Nem tampouco entre o direito processual civil e o direito processual penal. Assim, não há que se considerar uma teoria geral do processo, uma vez que o processo penal possui peculiaridades em relação ao processo civil que o tornam autônomo.

Dentre os que negam uma teoria geral do processo está Rogério Lauria Tucci. Ele fundamenta essa negativa a partir da desconstrução do conceito de lide e sua irrelevância para o processo penal, postulando a necessidade de conceber o conceito de jurisdição penal, além da jurisdição voluntária e contenciosa e o próprio conceito de ação³⁰².

A relação do direito penal com o direito processual penal é estreita, considerando a autonomia de um em relação ao outro. Enquanto no primeiro se consubstancia o *jus puniendi*, o segundo tem por função realizá-lo, regulamentando a atividade necessária para apurar, nos casos concretos, a procedência da pretensão punitiva estatal³⁰³.

Cometida a infração penal, a aplicação do direito de punir não é autoexecutável, mas de coação indireta. A efetivação do direito de punir reclama a

³⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.30.

³⁰¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.30.

³⁰² TUCCI, Rogério Lauria. **A teoria do direito processual penal, jurisdição, ação e processo penal** – estudo sistemático. São Paulo: RT, 2007, p.54.

³⁰³ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v.1. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.13.

existência do processo. Trata-se da imprescindibilidade de jurisdicionalização da pena, ou seja, ela somente pode ser aplicada por meio do processo³⁰⁴.

Diante desse caráter de coação indireta, necessita do Estado para tornar efetivo o direito de punir, exercer o direito de *jus perseguendi* ou *jus persecutiones*. É o poder-dever de perseguir o autor do fato até o momento em que lhe seja imposta, definitivamente, a sanção penal estabelecida para o fato perpetrado³⁰⁵.

Essencial compreender que a instrumentalidade do processo não significa destinar-se a uma única finalidade: satisfazer a pretensão punitiva. Ao lado dela está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático³⁰⁶. Assim, acrescenta-se a finalidade constitucional garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Diante disto, ainda que houvesse tipologia adequada ao combate do tráfico internacional de crianças e adolescentes – o que de fato não há – ainda seria necessário uma instrumentalidade adequada visto que, atualmente, é escassa em relação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, tornando o combate a essa conduta absolutamente ineficaz.

7.1 A instrumentalidade em relação ao tráfico de pessoas

A Lei n. 13.344/2016, que dispõe sobre a prevenção e a repressão ao tráfico de pessoas, divide-se da seguinte maneira: 1) princípios e diretrizes; 2) prevenção; 3) repressão; 4) proteção e assistência às vítimas; 5) disposições processuais e 6) campanhas relacionadas ao enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Em suas disposições gerais, o artigo 1º estabelece: “Esta Lei dispõe sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira”.

Este preceito traz disposição de cunho penal. De um lado, reforça a adoção do princípio da territorialidade, que considera a incidência da lei penal a todo fato praticado dentro do território nacional; de outro, acrescenta uma hipótese de

³⁰⁴ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011, p.32; 33.

³⁰⁵ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011, p.33.

³⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** – a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.20.

extraterritorialidade, desde que a vítima seja brasileira – abraçando o princípio da nacionalidade ativa nesse caso.

Adotamos o princípio da territorialidade temperada ou relativa segundo a qual ficam sujeitos à lei brasileira os crimes praticados, total ou parcialmente, no território nacional, ou que nele, produziram ou deveriam produzir, ainda que parcialmente, seu resultado, respeitando-se tratados e convenções internacionais (artigos 5^{o307} e 6^{o308} do Código Penal).

O território nacional não corresponde apenas ao espaço compreendido entre nossas fronteiras, mas abrange todo o espaço em que o Brasil exerce soberania. Em suma, abrange: a) o mar territorial, que corresponde a doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa mar do litoral continental e insular brasileiro, conforme as cartas náuticas (artigo 1^{o309} da Lei n. 8.617/1983; b) navios e aeronaves públicos, estejam onde estiverem (artigo 5^o, §1^o do Código Penal); c) navios e aeronaves privados brasileiros, quando estiverem em alto mar, ou espaço aéreo³¹⁰ correspondente (artigo 5^o, §1^o do Código Penal); e, d) os navios e embarcações estrangeiros, que estiverem no espaço aéreo ou mar territorial brasileiros (artigo 5^o, §2^o do Código Penal).

Já a extraterritorialidade é a incidência da lei brasileira a fatos ilícitos penais praticados no exterior, o que só é possível nas hipóteses do artigo 7^{o311} do Código

³⁰⁷ Artigo 5^o – Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. §1^o 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. §2^o 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 voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

³⁰⁸ Artigo 6^o – Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

³⁰⁹ Artigo 1^o O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

³¹⁰ O artigo 1^o do Decreto n. 20.914/1932 e o artigo 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) estabelecem que o Brasil exerce soberania em todo o espaço aéreo correspondente ao seu território e águas territoriais. Artigo 1^o Os Estados Unidos do Brasil exercem plena e exclusiva soberania em todo o espaço aéreo correspondente ao seu território e águas territoriais. Artigo 11. O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial.

³¹¹ Artigo 7^o – Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. §1^o Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou

Penal e nas hipóteses previstas em lei especial (artigo 1^o³¹² da Lei n. 13.344/2016), que estabelece a possibilidade de extraterritorialidade se a vítima do tráfico de pessoas for brasileira.

Embora seja uma previsão de cunho penal, repercute no âmbito processual penal ao estabelecer o espectro de incidência da lei penal. O veículo de aplicação é o processo penal.

Assim, necessário identificar no Brasil o órgão territorialmente competente para julgar a infração cometida no exterior. Nessas hipóteses, o juízo competente será o da capital do Estado onde por último tiver residido o acusado; caso nunca tenha residido no Brasil, será julgado na Capital da República (artigo 88³¹³ do Código de Processo Penal).

O artigo 2^o³¹⁴ da Lei n. 13.344/2016 estabelece os princípios relativos ao enfrentamento ao tráfico de pessoas:

- a) respeito à dignidade da pessoa humana;
- b) promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;
- c) universalidade, indivisibilidade e interdependência;
- d) não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status;
- e) transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas;
- f) atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais;
- g) proteção integral da criança e do adolescente.

condenado no estrangeiro. §2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. §3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça.

³¹² Artigo 1º Esta Lei dispõe sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira. Parágrafo único. O enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a prevenção e a repressão desse delito, bem como a atenção às suas vítimas.

³¹³ Artigo 88. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

³¹⁴ Artigo 2º O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá aos seguintes princípios: I – respeito à dignidade da pessoa humana; II – promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; III – universalidade, indivisibilidade e interdependência; IV – não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status; V – transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; VI – atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais; VII – proteção integral da criança e do adolescente.

Dentre os princípios previstos na lei, destacam-se: dignidade da pessoa humana, promoção e garantia dos direitos humanos e proteção integral de crianças e adolescentes; todos, certamente, têm uma relação mais íntima com o combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes. Ademais, a ineficiência relativa ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes viola estes princípios.

O artigo 3^{o315} da Lei, ao prescrever as diretrizes, evidencia que o enfrentamento ao tráfico de pessoas depende de uma ação integrada entre a sociedade e o Estado, além da atuação de diferentes segmentos governamentais.

É necessário implementar medidas preventivas a fim de inibir a prática da conduta ilícita. Não basta, portanto, a previsão de medidas sem a concretização dos preceitos nelas intrínsecas.

A prevenção, de acordo com o artigo 4^{o316} da Lei n. 13.344/2016, depende da implementação de medidas intersetoriais e integradas a diversas áreas do conhecimento, que ultrapassam o âmbito jurídico. Além de campanhas socioeducativas e de conscientização, é necessário incentivar a mobilização e a participação da sociedade civil, além do desenvolvimento de projetos de prevenção ao tráfico.

A previsão contida no artigo é extremamente salutar, contudo, a previsão legal isoladamente não implica efetividade prática, visto ser necessário a realização efetiva destas medidas. Mais adiante, serão estabelecidas sugestões a esse respeito.

³¹⁵ Artigo 3^o O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá às seguintes diretrizes: I – fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada das esferas de governo no âmbito das respectivas competências; II – articulação com organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras; III – incentivo à participação da sociedade em instâncias de controle social e das entidades de classe ou profissionais na discussão das políticas sobre tráfico de pessoas; IV – estruturação da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil; V – fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias e estações rodoviárias e ferroviárias; VI – estímulo à cooperação internacional; VII – incentivo à realização de estudos e pesquisas e ao seu compartilhamento; VIII – preservação do sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais, nos termos da lei; IX – gestão integrada para coordenação da política e dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

³¹⁶ Artigo 4^o A prevenção ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I – da implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II – de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens; III – de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; e IV – de incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

O artigo 5^{o317} da Lei n. 13.344/2016 estabelece medidas de repressão ao tráfico no âmbito internacional, como a cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, a integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores e a formação de equipes conjuntas de investigação.

Ressalte-se que a cooperação jurídica internacional é ponto essencial ao deslinde da conduta relativa ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, contudo, não há por ora regulamentação específica relativa à matéria.

Há também um capítulo destinado à proteção e assistência às vítimas. Medidas protetivas e de atendimento à vítima direta ou indireta estão elencadas em seu artigo 6^{o318}:

- a) assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde;
- b) acolhimento e abrigo provisório;
- c) atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status;
- d) preservação da intimidade e da identidade;
- e) prevenção revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais;
- f) atendimento humanizado;
- g) informação sobre procedimentos administrativos e judiciais.

A proteção e o atendimento à vítima devem considerar suas necessidades específicas, incluindo a faixa etária do protegido. Não poderia ser diferente, no caso de crianças e adolescentes, visto que há vulnerabilidade ínsita à sua condição de pessoa em desenvolvimento.

³¹⁷ Artigo 5º. A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I – da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros; II – da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores; III – da formação de equipes conjuntas de investigação.

³¹⁸ Artigo 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem: I – assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde; II – acolhimento e abrigo provisório; III – atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status; IV – preservação da intimidade e da identidade; V – prevenção revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais; VI – atendimento humanizado; VII – informação sobre procedimentos administrativos e judiciais. §1º A atenção às vítimas dar-se-á com a interrupção da situação de exploração ou violência, a sua reinserção social, a garantia de facilitação do acesso à educação, à cultura, à formação profissional e ao trabalho e, no caso de crianças e adolescentes, a busca de sua reinserção familiar e comunitária. §2º No exterior, a assistência imediata a vítimas brasileiras estará a cargo da rede consular brasileira e será prestada independentemente de sua situação migratória, ocupação ou outro status. §3º A assistência à saúde prevista no inciso I deste artigo deve compreender os aspectos de recuperação física e psicológica da vítima.

Interessante destacar que o artigo 7º³¹⁹ da Lei n.13.344/2016 acrescentou dois dispositivos (artigos 18-A e 42-A à Lei n. 6.815/1980), que definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. No entanto, ela foi integralmente revogada pela Lei n. 13.445/2017, que instituiu a Lei de Migração. O ocorrido demonstra a total falta de cuidado do legislador ao realizar alterações legislativas quanto à percepção do sistema em sua integralidade.

Dessa forma, a Lei n. 6.815/1980 persiste em vigor somente no que concerne aos dispositivos acrescentados pela Lei n. 13.344/2017. São eles os artigos 18-A (hipóteses de residência permanente às vítimas de tráfico no território nacional) e 42-A (o estrangeiro estará em situação regular no país enquanto tramitar pedido de regularização migratória).

O artigo 8º³²⁰ da Lei n. 13.344/2016 estabelece a possibilidade de o juiz, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, decretar as medidas assecuratórias previstas nos artigos 125 a 144-A do Código de Processo Penal se houver indícios suficientes do tráfico de pessoas.

³¹⁹ Artigo 7º. A Lei n.6.815/1980 passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: “Artigo 18-A. Conceder-se-á residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial. §1º O visto ou a residência permanentes poderão ser concedidos, a título de reunião familiar: I – a cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes; e II – a outros membros do grupo familiar que comprovem dependência econômica ou convivência habitual com a vítima. §2º Os beneficiários do visto ou da residência permanentes são isentos do pagamento da multa prevista no inciso II do artigo 125. §3º Os beneficiários do visto ou da residência permanentes de que trata este artigo são isentos do pagamento das taxas e emolumentos previstos nos artigos 20, 33 e 131.” “Artigo 18-B. Ato do Ministro de Estado da Justiça e Cidadania estabelecerá os procedimentos para concessão da residência permanente de que trata o artigo 18-A.” “Artigo 42-A. O estrangeiro estará em situação regular no País enquanto tramitar pedido de regularização migratória.”

³²⁰ Artigo 8º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias relacionadas a bens, direitos ou valores pertencentes ao investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144-A do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). §1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção; §2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. §3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou investigado, ou de interposta pessoa a que se refere o *caput*, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no §1º. §4º Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível.

Estas medidas têm cunho patrimonial. Sua finalidade é garantir o ressarcimento pecuniário da vítima, em razão do ilícito penal praticado, além de impedir o locupletamento ilícito do infrator³²¹.

O tráfico de seres humanos é atividade rentável, portanto, salutar a possibilidade de se aplicar medidas assecuratórias de natureza cautelar, cuja decretação depende da observância dos pressupostos do *fumus comissi delicti* ou *fumus boni iuris e periculum in mora*, conforme a medida aplicada.³²²

O artigo 125³²³ do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se decretar o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo autor do fato com os proventos da infração, ainda que tenham sido transferidos a terceiro.

Já o artigo 144-A³²⁴ do Código de Processo Penal foi acrescentado pela Lei n. 12.694/2012 e assegura que o juiz determinará a alienação antecipada para preservar o valor dos bens, sempre que puder haver deterioração ou em caso de dificuldade para sua manutenção.

No entanto, esta disposição legal era prescindível por ser a regra geral contida no Código de Processo Penal. Sua aplicação só seria afastada se houvesse alguma previsão especial relativa ao tráfico de pessoas.

Ademais, dada a grandiosidade do bem jurídico penal protegido, especialmente em se tratando de tráfico internacional de crianças e adolescentes, seria necessário a previsão de medidas específicas em relação a essas situações,

³²¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.591.

³²² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.591.

³²³ Artigo 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

³²⁴ Artigo 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. §1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico. §2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial. §3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. §4º Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. §5º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. §6º O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial. §7º (VETADO).

assim como ocorre em relação a outros ilícitos penais contidos em leis. É o caso da Lei de Drogas (Lei n.11.343/2006) e da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998), alterada pela Lei n. 12.683/2012.

Segundo o artigo 9º³²⁵ da Lei n. 13.344/2016, é possível a aplicação subsidiária da Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013). No entanto, a previsão é inadequada, visto que a Lei das Organizações Criminosas tem cunho genérico, portanto, não tem o condão de estabelecer um combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

Já o artigo 10º³²⁶ da Lei n. 13.344/2016 autoriza a criação de um sistema de informação – que ainda não foi implementado – visando coletar e gerir dados orientadores do tráfico de pessoas.

O artigo 11º³²⁷ do mesmo diploma acrescentou os artigos 13-A e 13-B ao Código de Processo Penal. Cabe dizer que o artigo 13 do diploma processual penal versa sobre as incumbências relativas à autoridade policial.

O artigo 13-A autoriza a autoridade policial a requisitar informações diretamente, sem autorização judicial, de quaisquer órgãos públicos ou empresas privadas, desde que se relacionem aos crimes elencados no dispositivo legal: sequestro e cárcere privado, redução a condição análoga à de escravo, tráfico de

³²⁵ Artigo 9º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

³²⁶ Artigo 10. O Poder Público é autorizado a criar sistema de informações visando à coleta e à gestão de dados que orientem o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

³²⁷ Artigo 11. O Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos 13-A e 13-B: “Artigo 13-A. Nos crimes previstos nos artigos 148, 149 e 149-A, no §3º do artigo 158 e no artigo 159 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no artigo 239 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos. Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterà: I – o nome da autoridade requisitante; II – o número do inquérito policial; e III – a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.” “Artigo 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. §1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. §2º Na hipótese de que trata o *caput*, o sinal: I – não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei; II – deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período; III – para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial. §3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial. §4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.”

peças, extorsão qualificada pela privação da liberdade e extorsão mediante sequestro.

Esta requisição deve ser atendida em 24 horas e conter o nome da autoridade requisitante, o número do inquérito policial e a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

A requisição de informações diretas pela autoridade policial abrevia o tempo para obtê-las. No entanto, essa previsão só tem efeito se o tráfico for interno. Quando tratar-se de tráfico internacional, de crianças e adolescentes ou não, é uma medida inócua, pois depende de colaboração internacional.

Já o artigo 13-B, também acrescentado ao Código de Processo Penal, traz a possibilidade de o Ministério Público e a autoridade policial, por intermédio de autorização judicial, requisitarem às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações ou telemática que disponibilizem imediatamente meios que permitam localizar a vítima ou os suspeitos da prática de tráfico de pessoas. Se a autoridade judiciária não se manifestar em 12 horas, o Ministério Público e a autoridade policial requisitarão as informações diretamente, comunicando imediatamente ao juiz (§4º do artigo 13-B).

A requisição acima visa apenas identificar a localização. O acesso ao conteúdo da comunicação depende de autorização judicial diversa, por ser acobertado por sigilo constitucional (artigo 5ª, XII³²⁸ da Constituição Federal de 1988) e respectiva regulamentação (Lei n. 9.296/1996).

O sinal de localização deve ser fornecido pela operadora de telefonia móvel em até 30 dias, renovável por uma vez, por igual período. Para ampliar esse tempo, é necessária autorização judicial (§2º, II e III do artigo 13-B). A medida pode ser adotada antes de o inquérito policial ser instaurado, o que deve ocorrer em até 72 horas, a contar da ocorrência policial (§ 3º do artigo 13-B).

Conforme o artigo 12³²⁹ da lei, o requisito objetivo temporal para conceder o livramento condicional no caso de execução de pena decorrente da prática de

³²⁸ Artigo 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: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]

³²⁹ Artigo 12. O inciso V do artigo 83 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação: "Artigo 83 [...] V– cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de

tráfico de pessoas é de mais de dois terços, assim como ocorre em relação aos crimes hediondos e equiparados³³⁰.

As disposições processuais penais são de cunho absolutamente genérico. No caso do tráfico internacional de crianças e adolescentes, são medidas ineficazes para o efetivo combate porque não consideram a magnitude do bem jurídico tutelado: a dignidade humana, especialmente em se tratando de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. Exatamente por isso deveria haver um sistema protetivo específico, visto que um sistema ineficaz também fere o princípio da proteção integral.

Ademais, o delito estudado é transnacional, ou seja, demanda previsão de medidas especiais para a persecução penal por conta da dificuldade de apuração das condutas.

Por fim, o artigo 14³³¹ da lei estabelece o Dia Nacional do Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (30 de julho). Trata-se de providência simbólica, de caráter educativo, sem efeito prático efetivo.

7.2 A insuficiência da instrumentalidade em relação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes

A Lei n. 13.344/2016 traz previsões gerais de cunho processual penal aplicáveis ao tráfico interno e internacional de pessoas, sem oferecer tratamento adequado às diversas situações concretas que circundam o delito.

Sob o ponto de vista material, a lei é um avanço no que toca à tipologia. O diploma anterior (Lei n. 12.015/2009) cumpria apenas a recomendação mínima,

condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. [...]” (NR)

³³⁰ Artigo 13. O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 149-A: “Tráfico de Pessoas Artigo 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. §1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. §2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.”

³³¹ Artigo 14. É instituído o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a ser comemorado, anualmente, em 30 de julho.

contida no artigo 3³³² do Decreto n. 5.017/2004, que promulgou 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.

Com a Lei n. 13.344/2016, deu-se cumprimento integral à recomendação relativa à tipificação do tráfico de pessoas no que concerne à descrição da conduta. Contudo, ainda há falhas, como a ausência de tratamento específico e severo no tocante ao tráfico internacional de crianças e adolescentes e a previsão discrepante que estabelece tráfico internacional apenas na hipótese de a vítima ser retirada do território nacional (desconsiderando a hipótese em que a vítima é trazida ao território brasileiro). Além disso, a conduta – abjeta por si só – não é considerada crime hediondo pela legislação penal brasileira.

O combate ao tráfico interno demanda esforço diverso do internacional, uma vez que no último caso esbarramos na soberania dos Estados, razão suficiente para estabelecer previsões visando suprir a dificuldade, no que toca à investigação e ao desenvolvimento da ação penal nesses casos.

Ademais, o tráfico internacional de crianças e adolescentes é uma conduta bastante complexa, que envolve a criminalidade organizada e a macrocriminalidade transnacional, além de ser extremamente rentável, razão pela qual sua instrumentalidade deveria considerar essas peculiaridades.

A criminalidade organizada demanda aparato especial para seu deslinde. Dentre suas características, destacam-se:

- a) prática de crimes em grupo;
- b) a existência de um centro de poder onde são tomadas as decisões;
- c) a divisão em distintos níveis hierárquicos, a ponto de os executores desconhecerem o plano geral;
- d) sujeição a uma forte disciplina das decisões tomadas pelo centro de poder;

³³² Artigo 3. Definições para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea "a" do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea "a"; c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea "a" do presente artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

- e) a fungibilidade dos membros que atuam em níveis inferiores;
- f) a utilização da tecnologia e da logística com estrito profissionalismo;
- g) a aparência de legalidade;
- h) o ânimo de lucro.³³³

No que toca à criminalidade organizada, a complexidade se estende ainda a inúmeras infrações perpetradas por esse tipo de grupo. É insuficiente a previsão genérica de medidas relativas à persecução penal, desconsiderando as particularidades dos fatos ilícitos visados pela organização. Assim, o combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes demanda medidas especiais no que toca à persecução penal.

O tráfico envolve o subjugo de um ser humano em relação a outro para a consecução das finalidades descritas na lei. Contudo, a depender do sujeito passivo, o grau de vulnerabilidade é discutível sob o ponto de vista jurídico, o que ocorre, geralmente, envolvendo situações nas quais a vítima é adulta e tem pleno discernimento.

Questão controversa, por exemplo, é a relativa ao consentimento da mulher, no caso de o tráfico ser para exploração sexual. Não há consenso se esse consentimento afasta a caracterização do tráfico de pessoas. Nesse caso, alguns dizem que a vulnerabilidade é discutível, por estarem ausentes, em tese, a aplicação dos meios executórios necessários.

O mesmo não ocorre se a vítima é criança ou adolescente, cuja vulnerabilidade é inerente. Tanto é assim que, ao longo da história, revelou-se necessário elaborar um sistema protetivo especial, estabelecendo a aplicação de proteção integral e prioridade absoluta, por serem pessoas em situação peculiar de desenvolvimento (este ainda incompleto), o que as torna mais suscetíveis à prática de quaisquer ilícitos, em especial o tráfico internacional.

Acrescente-se a isso que a violação oriunda da prática de tráfico de pessoas geralmente é, independentemente da espécie, uma grave violação aos direitos humanos, por afrontar diversos valores do Estado Democrático de Direito, dentre eles o maior, a dignidade humana, que antecede ao próprio ordenamento jurídico.

É imprescindível a necessidade de um combate efetivo à repugnante conduta do tráfico internacional de crianças e adolescentes. Dadas as

³³³ GODINHO, Inês Fernandes. **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p.206-207.

peculiaridades do tema, as medidas previstas atualmente são juridicamente muito ineficientes, ainda que já tenha havido alguma evolução na parte material.

Assim, há duas características do direito processual penal que demonstram como direito material e direito processual penal se interpenetram e são indissociáveis para a efetiva tutela jurisdicional: a autonomia e a instrumentalidade.

A autonomia implica não submeter-se ao direito penal. Isto, porque, o processo penal tem princípios e regras próprias e especiais. Já pela instrumentalidade, o direito processual penal é o meio para fazer atuar o direito material penal, servindo como o caminho a ser seguido para se obter um provimento jurisdicional válido.

Dessa forma, a fim de haver um sistema protetivo eficaz, as partes material e processual devem manter perfeita consonância para o cumprimento da finalidade a que se propõe.

7.2.1 Persecução penal e repressão ao tráfico internacional de crianças e adolescentes

A persecução penal apresenta duas fases distintas: a da investigação e a da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo³³⁴.

A investigação preliminar tem por escopo servir de lastro probatório mínimo para a propositura da ação penal. Já o processo penal é deflagrado pela propositura da ação penal perante o Poder Judiciário³³⁵.

A fase de investigação tem natureza administrativa e é, em regra, promovida pela Polícia Judiciária³³⁶. É realizada antes do exercício da jurisdição penal. Trata-se de fase pré-processual, procedimento que tem por finalidade esclarecer o fato perpetrado, destinado a formar o convencimento do responsável pela acusação. O

³³⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal. v.1. 2.ed.** Campinas: Millennium, 2003, p.138.

³³⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.127.

³³⁶ Admitem-se outras espécies de investigação, inclusive a atuação dos chamados “detetives particulares”. A Lei n.13.432/2017 dispôs sobre a atuação dos investigadores particulares, sendo que a despeito de poderem coletar dados apenas de natureza não penal de interesse privado (artigo 2º), podem colaborar com instigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante e aceito pelo Delegado de Polícia (artigo 5º).

juiz nessa fase tem postura em regra inerte, a não ser que seja para tutelar violações a direitos e garantias individuais das partes, mediante provocação³³⁷.

Pode-se dizer que em ambas as fases se colima reproduzir os fatos ocorridos, a fim de se extrair as respectivas consequências em face daquilo que estiver demonstrado³³⁸.

Contudo, o inquérito policial tem valor probatório relativo, uma vez que depende de confirmação por outros elementos colhidos durante a instrução processual penal. Nessa fase preliminar, em regra não há contraditório, nem ampla defesa. Por essa razão, é essencial que em juízo a prova seja regida pelo contraditório e ampla defesa, a fim de servir de supedâneo à sentença condenatória³³⁹.

A despeito de o inquérito policial ser procedimento sigiloso, esse sigilo não se estende ao advogado do indiciado, vez que este deve ter amplo acesso às peças de informação, conforme entendimento pacificado por meio da Súmula Vinculante 14³⁴⁰ do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se afirmar que as seguintes razões embasam o valor probatório relativo do inquérito policial: a) não há contraditório³⁴¹ nessa fase; b) o juiz não poderá fundamentar suas decisões com base em elementos de informação colhidos exclusivamente na fase inquisitiva, salvo as provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis, de acordo com o artigo 155³⁴² do Código de Processo Penal; e, c) os elementos de informação devem ser interpretados em conjunto com as provas produzidas em juízo³⁴³.

³³⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.60.

³³⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.127, p.613.

³³⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.155.

³⁴⁰ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

³⁴¹ Não há unanimidade em relação ao fato de não haver contraditório e ampla defesa na fase preliminar. Cresce na doutrina brasileira opiniões em sentido contrário.

³⁴² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n.11.690, de 2008). Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei n.11.690, de 2008).

³⁴³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.155.

A reprodução dos fatos ocorre por meio do sistema probatório. Nas palavras de Claus Roxin, “provar significa convencer o juiz sobre a certeza da existência de um direito”³⁴⁴.

A prova judiciária colima a reconstrução dos fatos investigados no processo, objetivando a maior coincidência possível com a realidade histórica, com a verdade dos fatos³⁴⁵.

Nas palavras de Roberto Ferreira Archanjo da Silva, a verdade criminal materializa-se na reprodução do fato criminoso e suas variações, assim deve ser entendida como a consonância do fato real, com a ideia que se forma desse fato. Difere do processo civil, uma vez que se deve buscar a verdade dos fatos, o mais próximo possível da realidade³⁴⁶.

Não se fala mais em verdade real no processo penal contemporâneo, para que se evite a busca da verdade a qualquer custo, sem se observar os limites constitucionais acerca do tema³⁴⁷.

Toda questão probatória perpassa necessariamente o modelo processual adotado. O nosso modelo atual, consolidado apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, aproxima-se muito mais do sistema acusatório do que do inquisitivo³⁴⁸.

O Código de Processo Penal, no que concerne à questão probatória, traz um rol exemplificativo de meios de prova, que se prestam em princípio ao deslinde de fatos tradicionais do âmbito processual penal.

Pode-se afirmar que a persecução penal, tal como prevista em nosso Código, demonstra-se absolutamente insuficiente para um enfrentamento de conduta tão complexa quanto o tráfico internacional de crianças e adolescentes.

O tráfico internacional de crianças e adolescentes é crime complexo, principalmente por conta de duas razões: a transnacionalidade e o fato de em geral ser conduta praticada por organizações criminosas.

Nas palavras de Jorge Carlos Fonseca, trata-se de tema que afeta a todos os países, desenvolvidos ou não, pois decorre de uma sociedade globalizada, que

³⁴⁴ ROXIN, Claus, **Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p.185.

³⁴⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.337.

³⁴⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.227.

³⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 579.

³⁴⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.342.

extrapola os limites da economia de mercado, para se estender a prática de delitos, tais como o que ora se estuda, bem como o tráfico de drogas, a lavagem de capitais, a corrupção política e administrativa³⁴⁹.

Atualmente, por conta das transformações sociais, o modelo processual penal demonstra-se insuficiente para dar uma resposta adequada ao combate a condutas relativas à denominada “nova criminalidade”. O tráfico de pessoas se insere nesse contexto. Em geral, são delitos em que os agentes que se valem de meios para a prática delitiva desconhecidos do processo penal tradicional, como a Deep Web, por exemplo, ou cuja organização hierarquizada do grupo dificulte sobremaneira o deslinde do fato na persecução penal.

Não se argumente que haveria afronta à dignidade humana nesse caso, vez que em verdade se afronta a dignidade humana frontalmente, a partir do momento que não se estabelece uma persecução penal condizente com essa nova criminalidade.

Nas palavras de Maria Fernanda Palma,

não podemos ultrapassar nunca o limite da presunção de inocência por muito que dificulte a eficácia da investigação, não podemos aceitar que a cena grotesca do Tribunal de Goya subsista sob a discreta veste negra dos que representam a justiça ou sob as emoções mediáticas que o crime suscita³⁵⁰.

Há necessidade de previsão de admissão e regulamentação de meios de prova que permitam um combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, pois conforme já se afirmou é delito que implica em violação de direitos humanos de pessoas que demandam tutela diferenciada.

A expressão prova comporta uma série de significados, dependendo da função que exerce, assim há distinção entre meios de prova, meios de obtenção de prova e fontes de prova, bem como o que se denomina técnicas especiais de investigação³⁵¹.

³⁴⁹ PALMA, Maria Fernanda (Coord.) **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.413.

³⁵⁰ PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.12.

³⁵¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.614.

Meios de prova são os instrumentos processuais previstos na lei para a produção da prova em procedimento contraditório. Assim, são ínsitos ao processo. Só se considera produzida quando convertida em linguagem adequada e juntada aos autos do processo³⁵². Exemplo: prova pericial para comprovar a materialidade de um crime de lesão corporal.

Já os meios de obtenção de prova seriam externos ao processo, tendo por objetivo encontrar elementos materiais de prova ou fontes de prova. Pode-se citar como exemplo a interceptação telefônica, uma vez que se destina a indicar outras fontes de prova³⁵³.

As fontes de prova são coisas ou pessoas das quais a prova provém. A título de exemplo pode-se citar a prova testemunhal³⁵⁴.

Dentre as denominações apontadas, relacionadas às provas, a que nos interessa mais de perto é a relativa às técnicas de investigação, porque normalmente se referem a instrumentos distintos dos tradicionais, que consistem em estratégias que colimam uma melhor apuração de crimes graves, com a otimização dos resultados, por meio da criatividade investigativa, que funcione como meio de obtenção de prova. Em geral, tais técnicas se caracterizam por dois elementos: o sigilo e a dissimulação, com o objetivo de obtenção de elementos materiais de prova ou fontes de prova³⁵⁵.

Em caso de a técnica de investigação constituir eventual afronta a direitos fundamentais, é necessário haver delineamento legal dessa técnica, realizada por meio de determinação judicial. São exemplos dessas técnicas especiais os meios de obtenção de prova previstos no art. 3º da Lei n. 12.850/13, Lei das Organizações Criminosas: colaboração premiada, captação de sons e imagens ambiental, ação controlada, acesso a registro de ligações telefônicas e telemáticas, interceptação dessas comunicações, afastamento do sigilo bancário e fiscal, infiltração de agentes e cooperação entre órgãos ou instituições públicas³⁵⁶.

³⁵² ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.614.

³⁵³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.615.

³⁵⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.615.

³⁵⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.615.

³⁵⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.615-616.

Assim, podemos inferir que o combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes demanda a aplicação de técnicas especiais de investigação, visto que os meios tradicionais de obtenção de prova são absolutamente ineficazes em relação a esse fato.

Todavia, não basta previsão genérica da possibilidade de aplicação dessas técnicas especiais. É necessário uma regulamentação legal efetiva específica ao caso, a fim de não ocorrer afronta aos direitos e garantias relativos ao agente do fato.

7.3 Construção de um sistema integrado de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes

Ante todas as considerações, propõe-se criar um sistema integrado de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes que tenha por baliza o respeito aos direitos humanos, à dignidade, à proteção integral, à prioridade absoluta e ao respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Um sistema formado por medidas multidisciplinares, pertinentes a áreas não jurídicas, como a educação, a sociologia, a antropologia, as políticas públicas, dentre outras, e os diversos ramos do direito, como o penal, o processual penal, o da criança e do adolescente, o internacional e os direitos humanos.

No que toca às medidas preventivas, uma das mais eficazes é a relativa à educação, que pode se desenvolver de diferentes formas, dentre elas, por meio de campanhas educativas do Estado, da inserção de disciplina nas grades curriculares de ensino fundamental ou da divulgação de informação por entidades não governamentais.

No aspecto jurídico, em razão da relação íntima entre o direito material e o instrumental, é necessário sanar as deficiências relativas à tipologia. Atrelado a esse aperfeiçoamento, é necessário estabelecer uma persecução penal capaz de coibir a conduta ilícita.

Quanto à parte processual, propõe-se prever medidas específicas de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, como a cooperação jurídica internacional e a criação de um Juizado Especializado Federal.

7.3.1 Medidas preventivas

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, as medidas preventivas relativas ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes devem considerar o esforço conjunto entre família, sociedade e Estado, em diferentes áreas (artigo 4³⁵⁷ da Lei n. 13.344/2016). Contudo, o dispositivo não estabelece a forma de implementação das medidas preventivas no plano concreto.

Seria possível utilizar como paradigma as disposições do artigo 8³⁵⁸ da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que prevê medidas preventivas mais concretas em relação à assistência à mulher em situação de violência doméstica.

Talvez, nas palavras de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto³⁵⁹, a maior causa da falência do combate à criminalidade de uma forma geral no Brasil

³⁵⁷ Artigo 4º. A prevenção ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I – da implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II – de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens; III – de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; e IV – de incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

³⁵⁸ Artigo 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: I – a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; II – a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas; III – o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do artigo 1º, no inciso IV do artigo 3º e no inciso IV do artigo 221 da Constituição Federal; IV – a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher; V – a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; VI – a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher; VII – a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia; VIII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; IX – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

³⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). **Legislação criminal especial**. Coleção Ciências Criminais. v.6. São Paulo: RT, 2009, p.1080.

seja a falta de integração entre os diversos órgãos competentes para o exercício da persecução penal.

A divisão de atribuições entre as polícias federal e estadual resulta muitas vezes em corporativismos e desconfianças mútuas, fator que não leva a uma comunicação eficaz entre os diferentes órgãos. Além disso, o eventual isolamento do Poder Judiciário e do Ministério Público contribui para essa falta de integração.³⁶⁰

Diante disso, seria possível estabelecer integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e educação.

A educação é uma das formas mais eficazes de prevenção, e não apenas em relação ao ilícito penal estudado. O processo de desenvolvimento socioeducacional visa contribuir em várias esferas, através de projeto político pedagógico, no qual se encontram os princípios e as diretrizes de uma educação libertadora, capaz de propiciar a transformação social³⁶¹.

Em relação às crianças e adolescentes, este processo é o alicerce para a construção da identidade, da personalidade e do caráter, visando à inserção sólida de uma cidadania emancipatória, participativa, criativa e crítica em sua realidade social.³⁶²

A proposta educativa gera o desenvolvimento da autoestima e da autovalorização. É a semente do futuro de vida que poderá delinear-se ao longo da convivência familiar, grupal e comunitária. O acesso democrático à cultura, ao esporte, ao lazer, ao lúdico e às artes de modo geral são aspectos educativos favorecedores, que previnem e promovem posturas e atitudes empreendedoras. O contingente que frequenta este tipo de pedagogia terá em mãos a possibilidade de se autodescobrir, de criar e de se realizar nos aspectos pessoal e social individual e coletivamente.³⁶³

Nesse sentido, poderia haver a inserção nos currículos escolares, de todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos, especialmente

³⁶⁰ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). **Legislação criminal especial**. Coleção Ciências Criminais. v.6. São Paulo: RT, 2009, p.1080.

³⁶¹ Disponível em: <<http://www.proceedings.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

³⁶² GRACIANI, Maria Stela. **Pedagogia social de rua**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009, p.30.

³⁶³ GRACIANI, Maria Stela. **Pedagogia social de rua**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009, p.32.

no que concerne a respeitar a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes, além de esclarecer e individualizar condutas relativas ao tráfico de pessoas.

É importante que crianças e adolescentes tenham noção da própria condição de vulnerabilidade para estarem alerta acerca das condutas relativas ao tráfico de pessoas; relevante também difundir como a conduta se realiza visando inibir a prática.

Ademais, em matéria de proteção de crianças e adolescentes, diante de situações de risco, é essencial haver a solução de crises de forma conciliada, considerando as relações intersociais e jurídicas. Essa é uma tendência atual visando evitar que a solução se dê apenas por meio da judicialização dos casos.³⁶⁴ Entende-se que a solução de crises de forma conciliada poderia evitar a ocorrência da prática delitiva.

A complexidade do fato demanda um sistema jurídico integrado que entrelace os ramos do direito diretamente envolvidos, dentre eles, o direito da criança e do adolescente, o direito penal, o direito processual penal, o direito internacional e os direitos humanos. Além disso, exige a interlocução do direito com outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a educação, a pedagogia, a criminologia e a vitimologia.

7.3.2 Sistema jurídico integrado

Temos um sistema jurídico ineficiente de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes, sem tratamento especializado em relação à matéria, sob o aspecto instrumental. Além disso, geralmente, o tráfico internacional de pessoas é perpetrado por meio de criminalidade organizada transnacional, fato que dificulta sobremaneira sua investigação.

Nas palavras de José Carlos Fonseca, a criminalidade organizada demanda reformas no sistema processual penal. Quando concebidos os institutos processuais, esse fenômeno não era conhecido ou não tinha impactos relevantes no âmbito do Estado. Necessário, portanto, estabelecer reformas para adequar o

³⁶⁴ HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S; GREGÓRIO, Carlos G. **Resolución alternativa de disputas y sistema penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p.20.

sistema atual ao fenômeno da criminalidade organizada, sem perder de vista os pilares do Estado Democrático de Direito³⁶⁵.

A globalização, segundo Carlota Pizarro de Almeida, oferece algumas características que propiciam a infiltração em todas as estruturas sociais pela criminalidade organizada: “a) uma sociedade mundial da informação; b) uma economia virtual, os fluxos financeiros são quarenta vezes superiores aos de mercadorias e c) irrelevância das fronteiras ou distâncias”³⁶⁶.

Essa mudança qualitativa da atividade criminosas determinou profundas alterações nas reações das instâncias de controle. Dentre os principais problemas com os quais o processo penal se depara atualmente, destacam-se:

- a) dificuldade em identificar o lugar do crime, e conseqüentemente aplicar as regras relativas à territorialidade;
- b) desajustamento das regras de cooperação;
- c) necessidade de recorrer a métodos mais sofisticados para a obtenção de provas;
- d) insuficiente capacidade tecnológica das polícias, bem como a necessidade de formar agentes altamente especializados;
- e) recurso crescente a agentes infiltrados;
- f) perigo corrido pelas testemunhas³⁶⁷.

Maria Fernanda Palma e demais autores portugueses nos fazem inferir que a mudança de paradigma no âmbito processual penal transcende os limites de fronteira. Especialmente em relação à criminalidade organizada para a prática de tráfico internacional de crianças e adolescentes deveria haver dispositivos legais específicos, tendo em vista a peculiaridade do ilícito em questão. Seriam necessários dispositivos que remetessem à aplicação da Lei de Organizações Criminosas de forma especializada a esse tipo de ilícito penal, assim como ocorreu em relação à criminalidade organizada econômica. O ideal seria permitir expressamente a aplicação de meios de prova adequados às peculiaridades do crime objeto desta tese.

O Decreto n. 5.015/2004 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Suas disposições culminaram com a Lei

³⁶⁵ PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.412.

³⁶⁶ PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.393.

³⁶⁷ PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.394.

n.12.683/2012, editada para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

O mesmo deveria ocorrer em relação ao crime objeto desta tese, pois o artigo 1º³⁶⁸, §2º, I da Lei n. 12.850/2013 prevê a aplicação da lei também às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando tratar-se de fato transnacional. Dessa forma, é possível editar o sistema especializado ao crime em questão.

O mesmo diploma, em seu artigo 3º³⁶⁹, permite o uso de meios de prova específicos para se apurar a materialidade da organização criminosa:

- a) colaboração premiada;
- b) captação ambiental;
- c) ação controlada;
- d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas;
- f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal;
- g) infiltração, por policiais, em atividade de investigação;
- h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

³⁶⁸ Artigo 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. §2º Esta Lei se aplica também: I – às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela Lei n. 13.260, de 2016).

³⁶⁹ Artigo 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do artigo 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. §1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015); §2º No caso do §1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do artigo 61 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015).

Essa providência estaria de acordo com os princípios do respeito à dignidade humana, da universalidade e da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 2º, I, III e VII da Lei n. 13.344/2016 e consagrados na Lei Maior).

Os institutos processuais penais tradicionais já não são mais capazes de estabelecer uma persecução penal eficaz frente aos novos tipos de criminalidade. É necessário aperfeiçoá-los e adequá-los sem afronta às garantias constitucionais.

É paradoxal haver um aparato específico para a persecução penal de fatos ilícitos ligados à criminalidade econômica sem tratamento idêntico em relação a um ilícito penal que implica grave violação dos direitos humanos. Trata-se de um menoscabo em relação a valores ligados à dignidade da pessoa humana em detrimento de evidente supervalorização da questão econômica.

Cabe fazer referência à Lei n. 13.441/2017, que alterou a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet a fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

Percebe-se que mesmo em relação a outros ilícitos penais nos quais crianças e adolescentes figuram como vítimas, também é necessário permitir mecanismos processuais penais mais condizentes com o tipo de criminalidade visando uma persecução penal mais eficaz.

7.3.2.1 Cooperação jurídica internacional

O artigo 3º, VI,³⁷⁰ da Lei n. 13.344/2016 estabelece que enfrentar o tráfico de pessoas tem como diretriz estimular a cooperação internacional. Todavia, a cooperação internacional não está regulamentada no Código de Processo Penal; o que se vê são apenas regras relativas às cartas rogatórias e à homologação de

³⁷⁰ Artigo 3º O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá às seguintes diretrizes: I – fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada das esferas de governo no âmbito das respectivas competências; II – articulação com organizações governamentais e não governamentais nacionais e estrangeiras; III – incentivo à participação da sociedade em instâncias de controle social e das entidades de classe ou profissionais na discussão das políticas sobre tráfico de pessoas; IV – estruturação da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil; V – fortalecimento da atuação em áreas ou regiões de maior incidência do delito, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias e estações rodoviárias e ferroviárias; VI – estímulo à cooperação internacional; VII – incentivo à realização de estudos e pesquisas e ao seu compartilhamento; VIII – preservação do sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais, nos termos da lei; IX – gestão integrada para coordenação da política e dos planos nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas (grifo nosso).

sentença estrangeira, ambas formas de colaboração indireta, mecanismos absolutamente insuficientes para a persecução penal do tráfico internacional de crianças e adolescentes.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.13.105/2015) previu a cooperação jurídica internacional (artigos 26 a 41). O que se discute agora é a possibilidade de aplicação dessas regras ao âmbito processual penal.

Conforme já discutido, o direito processual civil e o direito processual penal são ramos autônomos do direito. Porém, o artigo 3º³⁷¹ do Código de Processo Penal dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, além do suplemento dos princípios gerais de direito.³⁷² Assim, é possível aplicar o Novo Código de Processo Civil sempre que o Código de Processo Penal apresentar lacunas, para situações análogas.

A analogia é forma de autointegração da lei (artigo 3º do Código de Processo Penal e artigo 4º³⁷³ da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657/1942). Pela analogia, aplicamos a um fato não regido pela norma jurídica, disposição legal aplicada a fato semelhante (*ubi eadem ratio, ubi idem ius*). Afinal, onde existe a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito.³⁷⁴

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotado pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.015/2004, assim como a jurisprudência e a doutrina brasileiras, já amadureceram os conceitos em torno da cooperação jurídica internacional. Contudo, o instituto ainda deve ser regulamentado no âmbito processual penal, razão pela qual se sustenta a possibilidade de se aplicar regras do Novo Código de Processo Civil ao âmbito processual penal. Saliente-se, entretanto, que estas regras têm caráter geral. Além de se permitir sua aplicação, seria extremamente relevante estabelecer regras especiais relativas ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

³⁷¹ Artigo 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³⁷² O dispositivo legal não seguiu a melhor técnica, porque misturou duas regras de interpretação, a extensiva e a analogia, com a fonte indireta do direito, os princípios gerais de direito.

³⁷³ Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁷⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues de; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.61.

A cooperação jurídica internacional, conforme o direito processual civil, é instrumento jurídico através do qual um Estado pede ao outro para executar decisão sua ou proferir decisão própria sobre litígio em seu território.³⁷⁵

O auxílio pode ser direto ou indireto. O primeiro será ativo se o requerente for o Brasil, e passivo se o requerente for Estado estrangeiro. O direto, ativo ou passivo, pode ser judicial ou administrativo, a depender da autoridade que cumprirá o pedido.

O auxílio indireto, por sua vez, se subdivide em carta rogatória e homologação de sentença estrangeira e continua sendo regulamentado pelo Código de Processo Penal, que já disciplina a matéria. As regras do Novo Código de Processo Civil aplicadas subsidiariamente ao processo penal são as relativas à colaboração direta.

A cooperação jurídica internacional tem seus delineamentos gerais no artigo 26³⁷⁶ da Lei n.13.105/2015 segundo o qual o instituto será regido por tratado do qual o Brasil seja parte e observará: a) o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; b) a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; c) a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; d) a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e e) a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

A cooperação jurídica internacional terá por objeto, de acordo com o artigo 27 do Novo Código de Processo Civil:

³⁷⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.654.

³⁷⁶ Artigo 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; IV – a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. §1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática. §2º Não se exigirá a reciprocidade referida no §1º para homologação de sentença estrangeira. §3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. §4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

- a) citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
- b) colheita de provas e obtenção de informações;
- c) homologação e cumprimento de decisão;
- d) concessão de medida judicial de urgência;
- e) assistência jurídica internacional;
- f) qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.³⁷⁷

Já segundo o artigo 28³⁷⁸ da mesma Lei, cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

O artigo 29³⁷⁹, por sua vez, prescreve que o pedido de auxílio direto será dirigido ao órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.

Assim, a distinção que justifica uma ou outra forma de auxílio (direto ou indireto) é explicitado pelo novo texto processual civil, segundo o qual, quando a cooperação não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira, que exige *exequatur*, e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto.

O artigo 30, por fim, preconiza que o auxílio direto pode ter por objeto:

- a) obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;
- b) colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; e,
- c) qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.³⁸⁰

³⁷⁷ Artigo 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II – colheita de provas e obtenção de informações; III – homologação e cumprimento de decisão; IV – concessão de medida judicial de urgência; V – assistência jurídica internacional; VI – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

³⁷⁸ Artigo 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

³⁷⁹ Artigo 29. A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.

³⁸⁰ Artigo 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos: I – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; II – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; III – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

A comunicação será direta entre os Estados, assim a autoridade central brasileira se comunicará com os órgãos estrangeiros responsáveis pelos pedidos de cooperação (artigo 31³⁸¹ do Novo Código de Processo Civil).

O tráfico internacional de crianças e adolescentes é em geral perpetrado por grandes organizações criminosas visto que a transnacionalidade faz parte do seu *modus operandi*. Isto leva os Estados, atualmente, a sentirem que cada vez mais a cooperação jurídica internacional é vital para travar esse combate. A partir do momento em que o crime não se contém nos limites de soberania, passa a ser um obstáculo, portanto, a exigir operações conjugadas entre Estados soberanos, num espaço que se tornou comum³⁸².

Fato é que a cooperação jurídica internacional em matéria penal está atrelada aos Estados, assim deve haver uma coordenação das opções locais dos diversos países, para que seja viável essa técnica de investigação, na busca do deslinde do fato, mas sem perder de vista as garantias fundamentais universalmente consagradas³⁸³.

Saliente-se que com a aplicação por analogia do Novo Código de Processo Civil, a necessidade de respeito aos direitos fundamentais está expressa no artigo 26, “a”. Contudo, a dificuldade permanece na medida em que a legislação processual penal é diferente em cada Estado soberano.

A despeito de atualmente, de uma forma geral, se clamar por um recrudescimento das políticas de repressão do Estado, por conta da criminalidade crescente, que no caso ora em tela ultrapassa os limites de fronteira, é imprescindível que se encontre um equilíbrio entre a necessidade de aplicação do *jus puniendi* e o *status libertatis*.

Cabe ressaltar que, para que a colaboração internacional seja eficaz, faz-se necessário que se realizem acordos multilaterais, a fim viabilizar a aplicação do instituto. Pode-se citar como exemplo o Decreto Lei n. 3.810/2001, que promulgou

³⁸¹ Artigo 31. A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.

³⁸² PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.394.

³⁸³ Müller, Ilana. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e seus Reflexos no Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2013, 103.

o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001.

Esclareça-se que o acordo mencionado acima antecede a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, sendo certo que há de se compatibilizar as disposições do acordo às novas regras.

O objetivo do acordo é facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal.

A assistência, de acordo com o artigo I, ²³⁸⁴, inclui: a assistência incluirá: tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; fornecimento de documentos, registros e bens; localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; entrega de documentos; transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; execução de pedidos de busca e apreensão; assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e, qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.

A cooperação jurídica internacional deve ser vista como instrumento facilitador da obtenção de fontes, meios de prova e de obtenção de provas, que se encontrem em outros Estados. Contudo, nos últimos tempos deu-se ênfase à persecução penal, sem se criar mecanismos que permitam o exercício do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, garantia fundamental inarredável.

Pode-se exemplificar o acima exposto, com o que menciona o artigo I.5³⁸⁵ do Acordo de Assistência Judiciária entre Brasil e Estados Unidos, que estabelece

³⁸⁴ 2. A assistência incluirá: a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; b) fornecimento de documentos, registros e bens; c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; d) entrega de documentos; e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; f) execução de pedidos de busca e apreensão; g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.

³⁸⁵ Artigo I 5. O presente Acordo destina-se tão-somente à assistência judiciária mútua entre as Partes. Seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida.

que o uso das informações obtidas é exclusivo entre os Estados Partes, mas também exclui expressamente a possibilidade de atuação da defesa no cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica internacional.

Nas palavras de Antonio Scarance Fernandes, defesa e contraditório são manifestação da garantia genérica do devido processo legal. O processo exige partes opostas, a defesa é essencial para a correta aplicação da justiça. Contudo, ambas as partes têm direito de se contrapor ao alegado pela parte contrária. Assim, defesa e contraditório, bem como a ação, são manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro³⁸⁶.

Cabe ressaltar que os acordos de cooperação também devem levar em conta os princípios que repudiam as provas ilícitas e ilegítimas, além das demais garantias constitucionais processuais penais.

O aprimoramento dos meios de defesa do acusado no processo penal, decorre necessariamente da harmonização dos princípios de produção das provas nos diversos Estados soberanos.

A diversidade entre os sistemas probatórios é um dos principais entraves que afetam a eficácia da prova produzida no exterior, vez que essa diversidade pode comprometer a capacidade de demonstração³⁸⁷.

Além desses acordos multilaterais, é possível no âmbito de órgãos ou entidades estatais a realização de cooperação, a título de exemplo, na Polícia Judiciária, mais especificamente a Polícia Federal, no exercício da persecução preliminar, firmar acordos por meio de um instrumento chamado Memorando de Entendimento. A política de cooperação da Polícia Federal baseia-se na reciprocidade e no interesse mútuo e tem por objetivo a transferência de conhecimentos e informações, realização de ações conjuntas e capacitação de policiais³⁸⁸.

Atualmente estão em trâmite para assinatura ou renovação, memorandos de entendimento com instituições dos EUA, Bélgica, Cabo Verde, Austrália, Portugal, México, Suriname, Guiana, Colômbia, Reino Unido, França, Guiana Francesa e

³⁸⁶ Fernandes, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7 ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

³⁸⁷ Bechara, Fabio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81.

³⁸⁸ Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/acordos-de-cooperacao>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

África do Sul e estão em vigor Memorandos de Entendimentos com instituições do Canadá, Bolívia, Peru e Paraguai³⁸⁹.

7.3.2.2 Juizado Especializado Federal

A proteção de crianças e adolescentes contra o tráfico internacional demanda a criação de Juizado Especializado, dadas as peculiaridades, a complexidade da questão e a grandeza do bem jurídico tutelado.

Portanto, são necessárias ações positivas ou discriminações positivas para corrigir a desigualdade. Segundo Joaquim Barbosa Gomes,

as ações afirmativas são políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. A igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação enraizada na sociedade. Certamente, têm cunho pedagógico e colimam também transformações culturais e sociais relevantes.³⁹⁰

A criação de Juizado Especializado permitiria uma prestação jurídica e jurisdicional mais condizente com o contexto do tráfico internacional de crianças e adolescentes, uma facilitação do tratamento multidisciplinar que deveria ser dispensado às vítimas, crianças e adolescentes.

A proposta se refere a juizado e não meramente a juízo competente. O termo juizado é mais abrangente porque se destina a uma enunciação de direitos e garantias, como o tratamento multidisciplinar. Se fosse mero juízo competente, seria apenas uma questão de limite de atuação jurisdicional, insuficiente, portanto, para a persecução penal adequada.

As medidas multidisciplinares poderiam incluir tratamento psicológico, assistência às vítimas e assistência social, de maneira a reduzir os efeitos oriundos da prática da conduta ilícita.

³⁸⁹ Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/acordos-de-cooperacao>>. Acesso em: 20 abr.2018.

³⁹⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.55.

A proteção a crianças e adolescentes em casos de tráfico internacional tem o mesmo quilate da proteção à mulher em caso de violência doméstica e familiar, por conta de questão de gênero. Embora haja controvérsia quanto à vulnerabilidade da mulher em algumas situações, não há dúvida envolvendo a vulnerabilidade de crianças e adolescentes.

Assim, justifica-se a adoção de ação afirmativa por parte do Estado visando suprir essa desigualdade em caso de tráfico internacional. É possível tomar como parâmetro o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher para construir o Juizado de Combate ao Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes.

Ademais, esse Juizado Especializado deve ser criado no âmbito da Justiça Comum Federal, tendo em vista que o tráfico internacional de crianças e adolescentes é crime que implica em grave violação dos direitos humanos e tem caráter transnacional.

A identificação da competência da Justiça Comum Federal consta do artigo 109³⁹¹ da Constituição Federal de 1988; a competência da Justiça Comum Estadual é residual em relação à Federal.

³⁹¹ Artigo 109. No caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a órgão elencado nos incisos II a V do *caput* do artigo 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) I – concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) II – criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) III – alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) IV – admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) V – realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) VI – criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) VII – criação de despesa obrigatória; e (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) VIII – adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) §1º As vedações previstas nos incisos I, III e VI do *caput*, quando descumprido qualquer dos limites individualizados dos órgãos elencados nos incisos II, III e IV do *caput* do artigo 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicam-se ao conjunto dos órgãos referidos em cada inciso (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016). §2º Adicionalmente ao disposto no *caput*, no caso de descumprimento do limite de que trata o inciso I do *caput* do artigo 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficam vedadas: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) I – a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) II – a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016). §3º No caso de descumprimento de qualquer

Assim, segundo o artigo 109, V da Constituição Federal de 1988,

compete aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, além dessa disposição o inciso V-A estabelece a competência da Justiça Comum Federal para julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o §5º deste artigo, desde que haja o pedido de deslocamento de competência.

Por fim, as propostas apresentadas, embora demandem desenvolvimento e aperfeiçoamento, certamente contribuiriam para a instrumentalização jurídica da proteção eficaz relativa ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

7.3.2.3 Proposta de *lege ferenda* de um microssistema relativo ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes

Diante de tudo que foi exposto no decorrer desta tese, reputa-se necessária a criação de um microssistema multidisciplinar, a fim de tornar efetivo o combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

A proposta de *lege ferenda* seria nos termos seguintes:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir o tráfico internacional de crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, Decreto 5.017/2004, que promulgou 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes; e estabelece medidas de assistência e proteção às crianças e adolescentes em situação de tráfico internacional humano.

dos limites individualizados de que trata o *caput* do artigo 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016) §4º As vedações previstas neste artigo aplicam-se também a proposições legislativas (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016).

Art. 2º Toda criança e adolescente, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além dos direitos fundamentais específicos contidos no artigo 227 da Constituição Federal, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem ser objeto de tráfico humano, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, por conta de estarem em situação peculiar de desenvolvimento.

Art. 3º Serão asseguradas às crianças e adolescentes as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das crianças e adolescentes no sentido de resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares de crianças e adolescentes de pessoas em desenvolvimento.

TÍTULO II

DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

CAPÍTULO I

Art. 5º O artigo 149-A passa a vigorar com a seguinte redação:

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

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

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

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

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II – revogado.

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - revogado

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

§ 2º - A Se o tráfico transcende os limites do território nacional e é praticado contra crianças e adolescentes:

Pena – reclusão de 6 (seis) a 12 (doze) anos e multa.

§ 2º - B Considera-se crime hediondo o disposto no § 2º A.

CAPÍTULO II DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

Art. 6º. Aplicam-se as seguintes técnicas de investigação ao tráfico internacional de crianças e adolescentes:

I. Colaboração jurídica internacional;

II. Infiltração de agentes;

III. Captação ambiental em ambiente público;

IV. Escuta telefônica e telemática;

V. Identificação do lugar em que se realiza comunicação telefônica.

§ 1º Aplicam-se as regras da Lei 13.105/2015, no que concerne a colaboração jurídica internacional.

§ 2º Os limites às técnicas referidas neste artigo são as garantias constitucionais.

§ 3º Cada técnica acima enumerada demanda regulamentação específica.

Art. 7º. Aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código Penal e Código de Processo Penal.

TÍTULO III
DA ASSISTÊNCIA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE
TRÁFICO INTERNACIONAL
CAPÍTULO I
DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

Art. 8º A política pública que visa coibir o tráfico internacional contra crianças e adolescentes far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de direitos humanos, concernentes às causas, às consequências e à frequência do tráfico humano, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção do tráfico humano, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos de crianças e adolescentes;

IV - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação do tráfico internacional de crianças e adolescentes;

V - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões relativas ao tráfico humano;

VI - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de crianças e adolescentes;

VII - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, em especial a proteção de crianças e adolescentes.

CAPÍTULO II

DA ASSISTÊNCIA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE TRÁFICO INTERNACIONAL

Art. 9º A assistência às crianças e adolescentes será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão de crianças e adolescentes em situação de tráfico humano no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará às crianças e adolescentes em situação de tráfico humano, para preservar sua integridade física e psicológica.

TÍTULO IV

DOS PROCEDIMENTOS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 10. Os Juizados de Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes, órgãos da Justiça Ordinária Federal com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de tráfico internacional de crianças e adolescentes.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 11. O crime de tráfico internacional de crianças e adolescentes deve ser apurado mediante ação penal pública incondicionada.

CAPÍTULO II DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Art. 12. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, as crianças e adolescentes em situação de tráfico internacional deverá estar acompanhada de advogado.

Art. 13. É garantido a todas as crianças e adolescentes o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

TÍTULO V DA EQUIPE DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR

Art. 14. Os Juizados de Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 15. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para crianças e aos adolescentes.

Art. 16. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 17. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

8 CONCLUSÃO

1. Os primeiros contornos da dignidade humana delinearam-se no século XV, a partir do Humanismo Renascentista, movimento filosófico baseado no antropocentrismo, que revela a capacidade racional do homem. É quando ele toma consciência da sua dimensão como ser livre. O problema da dignidade do homem deve ser observado sob a perspectiva do lugar em que ocupa no universo.

2. A evolução do Estado de Direito para o Estado Social de Direito e, por fim, ao Estado Democrático de Direito, sedimenta a consagração da dignidade humana como valor fundamental.

3. Após a criação dos Estados trabalhou-se na elaboração de um documento que garantisse os direitos básicos e fundamentais do homem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Tornou-se, a partir daí, um marco na luta pela globalização dos direitos fundamentais do homem, pela igualdade de direitos entre todos os seres humanos e pela preservação da dignidade humana.

4. A partir de então, reconheceu-se que acima da ordem jurídica de qualquer Estado há um valor maior que serve de supedâneo a todo o ordenamento jurídico.

5. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o primeiro de muitos diplomas internacionais a ensejar a criação do direito internacional dos direitos humanos. Reconhece-se, a partir da Segunda Guerra Mundial, que a proteção dos direitos humanos deve transcender os limites da soberania territorial para ser uma matéria de ordem pública internacional. A ideia de soberania deixa de ser absoluta para admitir ingerências externas, a fim de proteger os direitos humanos violados.

6. O sistema internacional dos direitos humanos pode ser global e regional. O primeiro refere-se às Nações Unidas; o segundo divide-se em europeu, interamericano e africano.

7. Há dois sistemas internacionais de proteção: o homogêneo e o heterogêneo. O primeiro diz respeito à proteção de todos os seres humanos; o segundo está ligado à proteção das minorias que demandam tutela diferenciada.

8. A proteção a crianças e adolescentes demanda tutela diferenciada por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Essa condição por si as

torna vulneráveis, exigindo tratamento diferenciado da comunidade internacional. Em razão disso, diversos diplomas internacionais enunciaram a necessidade de tutela especial.

9. O contexto internacional influenciou sobremaneira a evolução da proteção de crianças e adolescentes no Brasil. O fato levou a Constituição Federal de 1988 a erigir crianças e adolescentes de objeto de direitos para sujeito de direitos, adotando a proteção integral e a prioridade absoluta como alicerces para o seu regular desenvolvimento.

10. Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao reconhecer a vulnerabilidade de crianças e adolescentes, adotou a proteção integral e a prioridade absoluta, regulamentando a proteção relativa a essas pessoas.

11. Dessa forma, crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos fundamentais relativos aos adultos além dos direitos específicos a eles atribuídos por conta de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

12. O Estatuto da Criança e do Adolescente não coíbe expressamente o tráfico de crianças e adolescentes. Contudo, ao prever a dignidade especial destes indivíduos, certamente não admite o comércio destas pessoas em desenvolvimento, conduta que constitui grave violação dos direitos humanos.

13. O tráfico de pessoas é tipo penal criado recentemente na legislação brasileira, inicialmente tipificado para coibir a exploração sexual. Contudo, as Ordenações Filipinas e o Código Criminal do Império dispunham apenas sobre o lenocínio de forma ampla, sem estabelecer o *nomen juris* tráfico. O Código Penal de 1890 previa o lenocínio, figura que guardava certa semelhança com o tráfico para fins de exploração sexual e que implicava em induzir mulheres a se empregarem no tráfico da prostituição ou fornecer os meios para o exercício da prostituição.

14. O Código Penal de 1940, ainda vigente, previa a figura do tráfico de mulheres; a conduta se restringia às hipóteses de facilitar ou promover a saída ou ingresso de mulher no território nacional para exercer a prostituição.

15. Esta redação permaneceu inalterada até a Lei n. 11.106/2005, que alterou o nome jurídico para “tráfico de pessoas” e a redação do dispositivo legal

para permitir que homens também pudessem ser vítimas desse crime, mas manteve a denominação do título (“Dos Crimes Contra os Costumes”).

16. O Brasil se tornou signatário do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, promulgado pelo Decreto n. 5.017/2004. Em seu artigo 5º, o documento determinou que os Estados partes criminalizassem as condutas consideradas tráfico pelo artigo 3º.

17. O Brasil cumpriu essa determinação com a Lei n. 12.015/2009, ao modificar a redação do artigo 231 e quanto à designação do título no qual está inserido o tipo, que passou a ser ‘Crimes Contra a Dignidade Sexual’.

18. O tráfico de pessoas passa a ser promover ou facilitar, a entrada ou saída do território nacional, para que pessoa exerça prostituição ou outra forma de exploração sexual. Com isto, o legislador cumpriu a determinação mínima do Protocolo Adicional, contida no artigo 3, “a”.

19. Com a Lei n. 13.344/2016, o tráfico de pessoas foi deslocado do Título VI (Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual) do Código Penal para o Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) e está previsto no artigo 149-A do Código Penal. A intenção do legislador foi cumprir integralmente a determinação do Protocolo Adicional.

20. Tráfico de pessoas atualmente é a conduta de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo, submetê-la a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal, exploração sexual. Trata-se de conduta muito mais abrangente do que as previstas anteriormente.

21. É deplorável nos depararmos ainda hoje com a conduta abjeta de “gente que vende gente”. A escravidão continua presente na sociedade, só que travestida numa nova roupagem: o subjugado normalmente acontece diante de vulnerabilidade ínsita ou momentânea das pessoas.

22. É necessário um combate efetivo nos âmbitos material e processual. Atualmente, ambos são insuficientes para atingir essa finalidade, o que exige o

aperfeiçoamento do sistema penal e a construção de um sistema processual adequado ao combate efetivo ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

23. O fenômeno da sociedade contemporânea globalizada não interfere apenas na questão econômica, mas também nos contextos político, cultural e social.

24. Sob o aspecto político, a sociedade globalizada interferiu no conceito de soberania; por conta das relações internacionais entre os Estados, ela deve ser encarada sob um aspecto relativo, especialmente em relação à proteção dos direitos humanos, assunto de interesse premente da comunidade internacional.

25. A nova criminalidade é expressão desse novo modelo de organização das sociedades contemporâneas. A migração das pessoas e a mobilidade de capitais extrapolam os limites territoriais de cada Estado. Assim, a concepção de Estado perde seu sentido tradicional.

26. A nova criminalidade da globalização apresenta duas características marcantes: a organização e a internacionalização relacionada à criminalidade dos poderosos. Estas características permeiam o tráfico internacional de crianças e adolescentes, daí porque tratar-se de conduta que demanda uma nova perspectiva penal e processual penal, para só então ser possível um combate efetivo.

27. A despeito de atualmente o tráfico de pessoas abranger integralmente a recomendação do Protocolo Adicional de Palermo, ainda há falhas a serem transpostas relativas à tipologia.

28. A primeira delas diz respeito à tipificação legal, que se assenta no fato de não haver previsão especial relativa ao tráfico internacional de crianças e adolescentes. As vítimas e o fato de serem retiradas do território nacional são causas especiais de aumento de pena, contidas no mesmo parágrafo. Isso significa que o patamar de aumento é de um terço à metade. Nesse caso, o juiz pode se limitar a uma só causa de aumento, considerando a maior.

29. Diante disso, a conduta poderia ser prevista de forma especial, vez que além de as vítimas serem pessoas merecedoras de tutela diferenciada, a internacionalidade torna a conduta mais complexa e gravosa.

30. Ao fixar que o aumento incide na hipótese de a vítima ser retirada do território nacional, exclui-se a majorante em caso de ser o ofendido trazido do exterior para cá, restringindo o tráfico internacional à primeira hipótese.

31. Ademais, é inconcebível que crimes contra o patrimônio ou crimes de perigo sejam considerados crimes hediondos em rol taxativo legal, mas o mesmo não aconteça com o tráfico internacional de crianças e adolescentes.

32. A insuficiência instrumental é patente. Não há um sistema integrado de combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes voltado à prevenção ou à repressão do crime. Reprimir não se restringe a incriminar a conduta, mas exige uma persecução penal eficaz.

33. A Lei n. 13.344/2016 traz disposições processuais penais muitas vezes meramente programáticas. Há ainda previsões muito aquém do necessário, relativas a medidas assecuratórias de cunho patrimonial, a aplicação subsidiária da Lei das Organizações Criminosas, à autorização e à criação de um sistema de informações para o enfrentamento da conduta e à requisição de dados cadastrais da vítima ou suspeitos.

34. A instrumentalização eficaz para o combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes depende da criação de um sistema integrado capaz de atender à peculiaridade e à complexidade envolvidas na conduta delitiva.

35. A Lei das Organizações Criminosas traz disposições que poderiam ser adequadas ao combate ao tráfico internacional de crianças e adolescentes.

36. Além disso, esse sistema deveria prever a possibilidade de aplicação por analogia das regras contidas no atual Código de Processo Civil acerca da cooperação jurídica internacional, com as adequações necessárias.

37. Por fim, é necessário criar os Juizados Especializados, com escopo não apenas de estabelecer um juízo competente para julgar o fato, mas também de oferecer tratamento multidisciplinar capaz de atender às crianças e adolescentes vítimas do tráfico internacional.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECHARA, Fabio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BIELEFELDT, Heiner. Human rights in a multicultural world. In: BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim; JOERDEN, Jan C. **Annual review of law and ethics – Jahrbuch für Recht und Ethik (Band 3)**. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tratado de direito penal – parte geral**. v.4. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.

BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2009.

BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v.46, n.182, jul.-dez., 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

_____. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr., 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais** – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COULANGES, Denys Fustel de. **La cité antique**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). **Legislação criminal especial**. Coleção Ciências Criminais. v.6. São Paulo: RT, 2009.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. (Coords.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** – comentários jurídicos e sociais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DAVIS, Dennis; RICHTER, Alan; SAUNDERS, Cheryl. **An inquiry into the existence of global values**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisadas**. São Paulo: RT, 1999.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado** – a criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte geral. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal** – parte geral. v.2. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7 ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Crimes contra a criança e o adolescente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno** – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – parte geral. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2012

GODINHO, Inês Fernandes., **Temas de Direito Penal Económico.** Coimbra: Coimbra, 2005.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena:** à época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, 1970.

GRACIANI, Maria Stela S. **Pedagogia social de rua.** 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.2, n.8. São Paulo, out.-dez., 1994.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología.** Valencia: Tirant lo Blanc, 2001.

HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S; GREGÓRIO, Carlos G. **Resolución alternativa de disputas y sistema penal.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

JANUSZEWSKI, Karolina Miriam; NOWAK, Manfred. Non-State Actors and Human Rights In: NOORTMANN, Math; REINISCH, August; RYNGAERT, Cedric. **Non-State Actors in International Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista. Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. et alii. **Curso de derecho penal – parte general**. Barcelona: Experiencia, 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Coleção Estudos Jurídicos Sociais – IBPS, 1991.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de menores comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 2.ed. Campinas: Millennium, 2003.

MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte. **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quatier Latin, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.) **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

MÜLLER, Ilana. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e seus Reflexos no Direito à Prova no Processo Penal Brasileiro**. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2013.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. v.1. 38.ed. São Paulo: Rideel, 2009

_____. **Direito penal**. v.1.31.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. v.I. Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **A dignidade da pessoa humana**. v.II. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – aspectos constitucionais e penais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernando de. **Princípios gerais de direito comunitário**. In: (Coords.) BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. O direito internacional no terceiro milênio. São Paulo: LTr., 1998.

PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.

PALMA, Maria Fernanda (Coord. Científica). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

PEREIRA, Cícero Rufino. **Direitos humanos fundamentais – o tráfico de pessoas e a fronteira**. São Paulo: LTr., 2015.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil – evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**. v.1. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral** v.1. 9.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral – v.2**. 11.ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Curso de direito penal brasileiro** – parte geral – v.3. 3.ed. São Paulo: RT, 2004.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal em el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel S.A., 1994.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais**. Disponível em: <file:///C:/Users/anapf/Downloads/66517-87904-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Ana Paula da Fonseca. **A proteção da moral sexual de crianças e adolescentes no âmbito penal** – Lei Federal n. 8.069/90. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. t.I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delicto. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA, Evandro Lins e. **Sistema penal para o terceiro milênio** – atos do colóquio Marc Ancel. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2009.

SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. **Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs.). **Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** – tráfico de pessoas. São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

SOUZA, Tania Teixeira Laky. **Tráfico internacional de mulheres** – nova face de uma velha escravidão. 2.ed. Curitiba: Prismas, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal 1**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **A teoria do direito processual penal, jurisdição, ação e processo penal** – estudo sistemático. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada** – responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

WEATHERALL, Thomas. **Jus cogens**: international law and social contract. Cambridge University Press, 2015.

WESSELS, Johannes. **Direito penal** – parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. São Paulo: RT, 1997.

Sites e documentos consultados

COMISSÃO NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E JOVENS

Disponível em: <<http://www.cnpcjr.pt/left.asp?12.04.15>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS

Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/moral/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

DISCURSO SOBRE A DIGNIDADE DO HOMEM

Disponível em: <file:///C:/Users/anapf/Downloads/kupdf.com_giovanni-pico-della-mirandola-discurso-sobre-a-dignidade-do-homem.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

E-CADERNOS CES

Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente

Maria João Gonçalves e Ana Isabel Sani.

Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1728#tocto1n3>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO GOVERNO FEDERAL

Disponível em: <<https://www.justica.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

UNICEF

Disponível em:

<https://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_sitantriplefrontera_port.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos
– Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração