

**A NOVA E EQUIVOCADA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE
PESSOAS
THE NEW AND MISUNDERSTANDED TYPES OF CRIME OF
TRAFFICKING IN PERSONS**

Cezar Roberto Bitencourt¹

RESUMO

Elaboramos uma análise crítica sob o ponto de vista do processo legislativo propriamente, bem como sob o aspecto técnico-dogmático na medida em que a nova figura penal pretendendo aumentar a punibilidade das diversas hipóteses do crime de “rapto de pessoas”, acabou descriminalizando em alguns aspectos e diminuindo a punibilidade em outros. A rigor, trata-se de mais uma lei inadequada, imprópria e absolutamente desnecessária, que acabou piorando o tratamento dessa infração penal.

Palavras-chave: Equivocada. Tipificação. Crime de tráfico de pessoas.

ABSTRACT

We developed a critical analysis in the legislative process point of view properly and under the technical-dogmatic aspect in the new criminal figure intending to increase the criminal liability of the various hypotheses of the crime of "kidnapping of people," just decriminalizing In some aspects and reducing their punishability in others. Strictly speaking, this is another law that is inadequate, inappropriate and absolutely unnecessary, which has worsened the treatment of this criminal offense.

Keywords: Wrong. Typification. Crime of trafficking in persons.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de recessão, de crise política, econômica, ética e até moral, a única fonte que não diminui sua produção é a do parlamento nacional, que edita leis penais criminalizadoras em quantidade absurda, sem o correspondente aumento de vagas

¹ Professor fundador do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Professor do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito Damas, Advogado Criminalista. Procurador de Justiça aposentado no Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Parecerista e Consultor. Email: cezar@cezarbitencourt.adv.br

prisionais, de melhoria nas condições do sistema penitenciário, de melhora na qualidade de vida e segurança nas grandes cidades.

O legislador brasileiro, como sempre faz, mais uma vez legisla sempre em cima de casos concretos, de episódios eventuais, casuisticamente, transformando o Código Penal em verdadeira colcha de retalhos; basta acontecer um fato de repercussão social ou, simplesmente, que tenha repercussão midiática e, imediatamente, já se tem um projeto de lei “no forno”, pronto para ser transformado em lei que, independentemente da qualidade, conveniência e oportunidade, prolifera no parlamento brasileiro. É mais fácil, mais barato e mais cômodo para o Poder Público usar *simbolicamente* o Direito Penal como panaceia de todos os males, editando novas leis penais e aumentando as respectivas sanções do que adotar políticas públicas ou tentar criar novos empregos, mais escolas, ampliar e qualificar a educação, melhorar o atendimento à saúde, enfim, trabalhar com uma perspectiva a médio/longo prazo, apostando na melhora da qualidade e das condições de vida para todos.

Em outros termos, os poderes constituídos pretendem melhorar o País somente com a edição de mais leis penais, muito mais rigorosas, aprisionando centenas de milhares de pessoas, inclusive antes do trânsito em julgado. Ignoram o caos do sistema penitenciário brasileiro superlotado, mantendo, inclusive, pessoas no interior das próprias viaturas policiais; nessas hipóteses, inúmeras delas ficam retidas sem poder desempenhar suas finalidades de transportar policiais rotineiramente pelas áreas conflituosas. Alguns Estados estão autorizando a prisão de indivíduos, condenados ou não, em *containers* ante a superlotação dos presídios, e nada se faz em termos de construir novas penitenciárias, novos espaços menos desumanos, que respeitem um mínimo da dignidade humana, como exige o texto constitucional brasileiro. O Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, passou a cogitar de *prisões flutuantes* (em navios), retroagindo à Idade Média, como alternativa desesperada para suprir a crônica e notória falta de vagas. Não faltará, nessa linha, quem sugira o retorno às *galés*, com torturas e outros meios igualmente degradantes, a despeito da proibição constitucional, mas se o Poder Público atentasse para a Constituição Federal não obrigaria ao cumprimento de penas em presídios tão desumanos, sucateados, insalubres, podres e contaminados por toda sorte de doenças infectocontagiosas, violando o sagrado princípio elementar de respeitar a dignidade humana.

Nesse contexto, eis que “brota” mais uma daquelas leis não apenas de má qualidade, mas deficiente, equivocada e, em si mesma, paradoxal, qual seja, a Lei nº 13.344/2016, que acrescentou o art. 149-A ao Código Penal, criminalizando o *tráfico de pessoas*². Na realidade, a nova tipificação constante do art. 149-A é mais restrita que as previsões dos arts. 149, 231 e 231-A (estes dois últimos revogados, deixando a descoberto situações que antes eram melhor abrangidas pelos dois dispositivos revogados).

Trata-se, com efeito, de uma forma de criminalização imprópria e assistemática, desarmonizando, mais uma vez, o sistema adotado pelo legislador de 1940, que primou pela harmonia e sistematização do Código Penal de 1940. Com efeito, teve-se o cuidado de dividir a *Parte Especial* desse diploma legal em onze títulos, quais sejam: dos crimes contra a pessoa; dos crimes contra o patrimônio; dos crimes contra a propriedade imaterial; dos crimes contra a organização do trabalho; dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; dos crimes contra a dignidade sexual; dos crimes contra a família; dos crimes contra a incolumidade pública; dos crimes contra a paz pública; dos crimes contra a fé pública; dos crimes contra a administração pública. Referidos títulos foram classificados observando-se a natureza da matéria, a similaridade dos bens jurídicos tutelados, enfim, houve criteriosa sistematização em sua elaboração estrutural, facilitando, inclusive, a localização temática dos institutos abordados.

Por outro lado, o legislador contemporâneo, determinado a ampliar a punição do crime de *tráfico de pessoas*, com a nova lei, deslocando-o para o capítulo que trata “dos crimes contra a liberdade individual”, acabou “esquecendo” algumas *causas especiais de aumento* do mesmo crime, que era tipificado nos arts. 231 e 231-A, quais sejam, (1)

²Tráfico de pessoas

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

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

• Artigo incluído pela Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016.

contra vítima menor de 18 anos, (ii) vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, (iii) emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Ademais, essas *causas de aumento da lei revogada* determinavam o aumento de metade da pena, sem variação, ao passo que as previstas na *novatio legis* autorizam o aumento variável de um terço até metade, portanto em menor grau que a norma revogada previa.

A nova previsão legal, cuja pretensão, repetindo, era ampliar a proteção e punição do crime de *tráfico de pessoas*, incorre ainda em mais um erro grave, pois, contrariando a sua “vontade”, ao revogar os arts. 231 e 231-A, transforma referida infração penal em outra similar, e menos grave, com menor punição, ainda que tenha cominado como pena-base um ano acima da lei revogada. Contudo, essa *punição superior* é puramente ilusória, pois se deixou de prever as *majorantes especiais* contidas nos incisos III e IV do art. 234-A, as quais aumentavam a pena somente para as infrações constantes do VI Título da Parte Especial do Código Penal, aliás, onde se encontrava disciplinado o *tráfico de pessoas*, interna e externamente, para exploração sexual. Essa majoração referida era: a) de metade, se do crime resultar gravidez (III); b) de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (IV). Esta última previsão integra o capítulo das “disposições gerais” (VII) e é aplicável a todos os crimes do VI Título da Parte Especial, quais sejam, “dos crimes contra a dignidade sexual”, não se estendendo a qualquer crime constante dos outros dez títulos do mesmo diploma legal. Essas omissões revelam, inegavelmente, o desconhecimento da anatomia do Código Penal brasileiro não apenas por parte do legislador, mas também do próprio Ministro da Justiça que subscreve o presente diploma legal.

Ora, a omissão de todas essas *causas especiais de aumento* (tanto aquelas constantes dos próprios artigos revogados como aquelas constantes das disposições gerais), não previstas pela Lei n. 13.344/2016, torna a novel infração penal, ao fim e ao cabo, menos grave em relação aos dispositivos revogados. A menor punição decorre não apenas do “esquecimento” dessas majorantes, mas também da adoção de majorantes com previsão de menor punição, além da inclusão da *minorante* constante do § 2º, que determina a redução de pena para *primários* e não integrantes de organização criminosa, *verbis*: “A pena é reduzida de um a dois terços *se o agente for primário e não integrar*

organização criminosa”. Nessa modalidade de crime, dificilmente seus “verdadeiros autores” (mandantes ou líderes) são apanhados, a maioria deles é *primária*, e muitos “não integram” *organização criminosa*. De notar--se, ademais, que *essa redução é imperativa*, isto é, obrigatória, não havendo, portanto, a possibilidade de o julgador deixar de aplicá-la, quando se tratar de acusado primário e não integrante de organização criminosa.

Todas essas condutas tipificadas no art. 149-A não podem retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor, ou seja, antes do dia 20 de novembro de 2016.

2. BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Bem jurídico relativamente a submeter “a trabalho em condições análogas à de escravo” (inc. II) remete ao crime tipificado no art 149 deste Código. Aliás, trata-se de nova previsão legal absolutamente desnecessária, redundante e equivocada, pois teria sido mais adequado e mais prudente simplesmente, se fosse o caso, acrescentar um parágrafo àquele dispositivo legal. Com efeito, o bem jurídico tutelado é o mesmo daquele contido no artigo anterior. Nessa hipótese, tutela-se a liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Constituição Federal. Na verdade, protege-se a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, que é, igualmente, elevada a dogma constitucional.

Relativamente à finalidade de servidão, não há correspondente similar em nossa legislação penal. Aliás, embora não exista mais servidão por dívida, pode-se considerar, pela similitude, como bens jurídicos tutelados os mesmos protegidos pelo crime de redução a condição análoga à de escravo. Em relação à finalidade de *adoção ilegal*, pode-se afirmar que esse *fim especial* mereceria um tipo penal específico quer por sua importância, quer pela quantidade de sequestros que ocorrem no mundo todo com esse objetivo. Trata-se, a rigor, de *norma penal em branco*, pois a adoção de menores é disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA.

O objetivo dessa previsão legal é, inegavelmente, proteger os menores e as próprias famílias, que resultam destruídas por esse tipo de criminalidade violenta, desumana e tão frequente nos tempos atuais.

2.1. BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

O bem jurídico protegido, nesse tipo penal, é a liberdade individual, isto é, o *status libertatis*, assegurado pela Carta Magna brasileira. Na verdade, protege-se aqui a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional. Reduzir alguém a *condição análoga à de escravo* fere, acima de tudo, o *princípio da dignidade humana*, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos. Protege-se, igualmente, a liberdade de autocomover-se do indivíduo, acrescida de outro valor preponderante, que é o amor-próprio, o orgulho pessoal, a dignidade que todo indivíduo deve preservar enquanto ser, feito à imagem e semelhança do Criador.

2.2. BENS JURÍDICOS TUTELADOS NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS SEXUAIS

Bem jurídico protegido relativamente ao *crime de tráfico de pessoas* é a moralidade pública sexual, independentemente de tratar-se de tráfico nacional ou internacional. O bem jurídico tutelado, genericamente, como ocorre com todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do CP, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo, que deve ser protegida, dentro e fora do território nacional.

A despeito da inviabilidade de eliminar a prostituição e a *exploração sexual*, mal que aflige a todos, uns mais, outros menos, com a criminalização do *tráfico de pessoas para essa finalidade* se procura, na impossibilidade de evitar a exploração sexual, pelo menos restringir o seu exercício. O bem jurídico protegido, genericamente, como ocorre com todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, é a *dignidade sexual* do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo, que deve ser protegida, dentro e fora do território nacional.

Com a Lei n. 12.015/2009, o legislador voltou a alterar o *nomen juris* do crime, inserindo a *finalidade do tráfico de pessoa*, qual seja, “para fim de exploração sexual”. Aliás, na cabeça dos artigos revogados 231 e 231-A inseriu-se também a expressão “ou

outra forma de exploração sexual”, sem, contudo, excluir a *prostituição*, aspectos que foram examinados naqueles dispositivos.

Por essa razão, a sede adequada do crime de *redução a condição análoga à de escravo* é o capítulo que trata dos crimes que afetam a liberdade individual do cidadão, dentro do I Título da Parte Especial do Código Criminal, que agrupa os capítulos que *tratam “dos crimes contra a pessoa”*. Ao passo que os crimes de tráfico³ de pessoas para fim de exploração sexual devem integrar, como até então, o VI Título da Parte Especial, que disciplina exclusivamente os “crimes contra a dignidade sexual”. Por isso, a despeito de aqueles dois artigos terem sido revogados pela Lei n. 13.344/2016, decidimos manter o conteúdo de nossos comentários sobre eles lá no volume IV de nosso *Tratado de Direito Penal*, na parte em que abordamos os “crimes contra a dignidade sexual”, para onde remetemos o leitor.

3. SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Sujeito ativo do crime de *tráfico de pessoa com a finalidade de submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo* (ou mesmo submetê-la a qualquer tipo de servidão) remete à previsão do crime do artigo anterior, qual seja, *redução a condição análoga à de escravo*. Nessas condições, sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não requerendo nenhuma qualidade ou condição particular; se, no entanto, apresentar a qualidade de funcionário público, e praticar o fato no exercício de suas funções, poderá, eventualmente, configurar o crime de *abuso de autoridade* (Lei n.4.898/65). A relação que se estabelece entre os sujeitos do crime é, como diz o texto legal, *análoga à existente entre o senhor e o escravo*, pois a liberdade deste paira sob o *domínio* do senhor e dono.

Sujeito passivo, por sua vez, também pode ser qualquer pessoa, civilizada ou não, sendo indiferente a idade, raça, sexo, origem, condição cultural ou capacidade jurídica, especialmente na atualidade, quando qualquer discriminação nesse sentido constitui “crime de racismo” (art. 5º, XLII, da CF e Lei n. 9.459/97). Determinados aspectos da liberdade são tão importantes que o próprio direito privado (fora, portanto,

³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: Juspodvm, 2.016, p. 275.

do Direito Penal) preocupou-se em discipliná-la. Contudo, a *pessoa jurídica* não pode ser sujeito passivo também desse tipo de crime, na medida em que somente a *criatura humana* pode ser escravizada.

Sujeito ativo, no *tráfico de pessoas para fins de exploração sexual* também pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo, embora, geralmente, seja praticado por homem, e, regra geral, por mais de uma pessoa. No dizer de Rogério Sanches Cunha, “qualquer pessoa pode praticar o delito em estudo, seja atuando como ‘empresário ou funcionário do comércio do sexo’, seja como consumidor do ‘produto’ traficado”⁴.

Sujeito passivo, igualmente, no *tráfico de pessoas para fins de exploração sexual* pode ser tanto o homem quanto a mulher, independentemente de sua “honestidade” sexual, prostituídos ou não, podendo, inclusive, tratar-se de criança ou adolescente, brasileiros ou estrangeiros. No entanto, Rogério Sanches Cunha lembra que, antes da Lei n. 12.015/2009, havia doutrina exigindo que o ofendido apresentasse a *condição de prostituta*⁵, o que, convenhamos, era um grande equívoco.

4. TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

As condutas incriminadas no *caput* do art. 149-A são: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa como vítima do tráfico aqui criminalizado, ou seja, com a finalidade de obter qualquer das finalidades contidas nos seus cinco incisos. Trata-se, por óbvio, de *crimes de ação múltipla* ou de *conteúdo variado*, ou seja, se o agente praticar, cumulativamente, as condutas descritas no *caput* deste art. 149-A incorrerá em crime único. Em outros termos, estamos diante de um tipo penal *misto alternativo*, e não cumulativo. Vejamos o significado de cada uma dessas condutas, embora algumas delas não passem de sinônimos de outras:

a) *Agenciar* significa intermediar, servir de elo para conquistar adeptos ao objetivo proposto, negociar com interessados etc.; b) *aliciar*, por outro lado, significa

⁴CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: Juspodvm, 2.016, p. 275.

⁵Idem.

atrair a simpatia, envolver, seduzir, buscar a adesão de pessoas, fazê-las interessar-se pelo tráfico de pessoas e, sub-repticiamente, conquistar-lhes para se engajarem no projeto delituoso; c) *recrutar* tem o significado de selecionar pessoas, reuni-las, agrupá-las, convocar interessados, enfim, para submeter-se à prática desses crimes; d) *transportar* significa conduzir, levar, deslocar de um local para outro possíveis vítimas; e) *transferir* significa remover, deslocar, mudar de um lugar para outro (nesse sentido, não passa de sinônimo de *transportar*), ou mesmo alterar a titularidade, a posse ou a propriedade de algo; f) *comprar*, por sua vez, significa adquirir mediante pagamento, subornar ou corromper alguém com dinheiro ou com favores para obter sua posse; g) *alojar* tem o sentido de hospedar, abrigar, dar abrigo, acolher, instalar em determinado lugar vítimas dessa infração penal, e, finalmente, h) *acolher* pessoas tem o sentido de aconchegar, recepcioná-las como vítimas do tráfico aqui criminalizado, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com finalidades descritas nos incisos do *caput* do presente artigo.

É indispensável, por outro lado, que o sujeito ativo de tais condutas *tenha consciência* de que se trata de *pessoa traficada* para um dos fins descritos nos incisos desse artigo. Não se pode, logicamente, olvidar que todas as condutas são dolosas, e sem a *consciência* de todos os elementos constitutivos do tipo penal o dolo não se aperfeiçoa.

Curiosamente, o ato de *vender a alguém*, para as mesmas *finalidades*, equivocadamente, não foi criminalizado na novel infração penal, constituindo grande lacuna que não pode ser suprida por *analogia*, tampouco por *interpretação analógica*.

Por fim, a estrutura do presente tipo penal cria uma dificuldade interpretativa de sua constituição típica, na medida em que transforma a essência da proibição legal, que deveria ser o núcleo do tipo, em *finalidade especial* deste, representada pelos seus cinco incisos: 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. Dessa forma as examinaremos, no âmbito da tipicidade objetiva, como *elementares subjetivas do tipo*, sem prejuízo de voltar ao tema, sucintamente, quando tratarmos da *tipicidade subjetiva*.

4.1. ELEMENTARES NORMATIVAS DA CONSTITUIÇÃO TÍPICA

Com a inclusão das *elementares normativas* na constituição típica — *mediante grave ameaça, violência, coação, fraude* —, restringe-se consideravelmente a *abrangência típica* das condutas descritas no *caput*, na medida em que a ausência delas impede sua adequação típica, ainda que de *tráfico* se trate. As formas ou modos executórios acima mencionados são taxativos e não admitem interpretação analógica ou extensiva, sob pena de violar-se o princípio da taxatividade estrita da tipicidade e o da reserva legal.

A rigor, o desconhecimento técnico-dogmático do legislador e sua assessoria leva a inadmissíveis erros dessa natureza, quando, pretendendo agravar o tipo penal, por qualquer razão (v. g., atender as convenções e tratados internacionais), acaba restringindo o seu alcance, com a inclusão dessa espécie de elementares no tipo penal. Quanto mais enriquecido de elementares normativo-subjetivas na descrição típica, mais limitada fica sua abrangência, em razão de a conduta praticada não utilizar, por exemplo, esse tipo de violência. A rigor, não se pode nunca perder de vista a exigência legal-dogmática da *tipicidade estrita*, que exige que a execução da conduta incriminada-praticada abranja todas as suas elementares (objetivas, normativas e subjetivas) constitutivas do tipo penal.

A lei, utilizando as *elementares* normativas antes referidas, estabelece as formas (ou modos) de realização do crime de tráfico de pessoas: mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Vejamos, sinteticamente, o significado de cada uma delas.

4.1.1. Mediante grave ameaça

Constitui forma típica da “violência moral”, é a *vis compulsiva*, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer do ofendido, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima. Na verdade, a *ameaça* também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa como a violência material. A *violência moral* pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas a *ameaça* terá de ser *grave*, isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir.

O *mal* prometido a título de ameaça, além de *futuro* e *imediato*, deve ser *determinado*, sabendo o agente o que quer impor. Nesse sentido, referindo-se à natureza do mal prometido, Magalhães Noronha pontificava: “Compreende-se que o mal deva ser *determinado*, pois indefinível e vago não terá grandes efeitos coativos; *verossímil* também, ou seja, que se possa realizar e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; *iminente*, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em *passado*, nem em *futuro* longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; *inevitável*, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; *dependente*, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade”⁶. Enfim, esses são os requisitos que, em tese, a ameaça de mal ou dano deve apresentar. Não se trata de rol taxativo ou *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar-se alguns e outros não, sem desnaturar a gravidade da ameaça. É indispensável que a ameaça tenha idoneidade intimidativa, isto é, que tenha condições efetivas de constranger a vítima.

Ao contrário do que ocorre com o *crime de ameaça*, no crime de *tráfico de pessoas* não é necessário que o mal prometido seja *injusto*, sendo suficiente que injusta seja a pretensão ou a forma de obtê-la. A injustiça do mal não se encerra em si mesma, mas deverá relacionar-se ao fim pretendido e à forma de consegui-lo. O *mal* pode ser justo (não é o caso), mas o fundamento que leva o agente a prometer-lo ou o método utilizado podem não sê-lo, e, na hipótese, não o é.

4.1.2. Mediante violência

O termo violência, tecnicamente, pode abranger tanto a violência física como a violência moral (grave ameaça), mas a impropriedade técnico-legislativa levou à divisão de seu tradicional significado, separando a violência física da violência moral. *Violência*, no entanto, da forma que é empregado no texto legal — que tratou separadamente da grave ameaça —, significa a força física, a força material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa *violência* física pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A *violência* pode, inclusive, ser empregada através de omissão, como, por exemplo,

⁶NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1.972, p. 163.

submetendo o ofendido à fome ou sede, deixando de alimentá-lo ou dar-lhe de beber, com a finalidade de fazê-lo ceder à vontade do agente.

4.1.3. Mediante coação

A *coação* a que se refere este artigo só pode ser a *coação irresistível*, que é, por sua vez, a *coação moral*, pois não pode ser a *coação física*, na medida em que também se utilizou a locução *mediante violência*, que não deixa de ser uma espécie de *coação física*. Coação moral, por sua vez, é a conhecida *grave ameaça*, que, igualmente, foi prevista no tipo penal. Constatase, portanto, que a inclusão da elementar “coação” antecedida das elementares *grave ameaça* e *violência* é absolutamente desnecessária, por sua arrogante redundância, que agride de forma reprovável o nosso vernáculo.

Enfim, *coação irresistível* é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha do coagido.

Consequentemente, trata-se da coação moral. Na *coação moral irresistível* existe vontade, embora seja viciada, ou seja, não é livremente formada pelo agente. Nas circunstâncias em que a ameaça é *irresistível* não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça — que tem de ser *grave* — para se manter em conformidade com o Direito. Não é indispensável que a força empregada seja irresistível; basta que seja idônea para coagir a vítima a fazer ou não fazer o que o sujeito ativo quer.

Por fim, repetindo, esta modalidade ou forma de execução do crime, “mediante coação”, é absolutamente desnecessária, inócua e redundante, pois já está absorvida tanto pela violência como pela ameaça, igualmente prevista no texto legal. Nesse sentido, subscrevemos, *vênia concessa*, a concepção sempre lúcida de Rogério Sanches⁷, *verbis*: “A coação constante no tipo penal ficou redundante, pois se ajusta ou à grave ameaça (coação moral) ou à violência (coação física). Se a intenção era ampliar para alcançar a chantagem emocional, o legislador deveria ter-se valido da elementar ‘qualquer forma de coação’”.

4.1.4. Mediante fraude ou abuso

⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, **Tráfico de pessoas — Lei 13.344/16 comentada por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 144.

Por fim, o legislador contemporâneo adota, ainda, como *forma ou modo* da prática do crime de *tráfico de pessoas*, a utilização ou “fraude ou abuso”, a qual passamos a examinar. *Fraudar* é usar de *meio ou modo* fraudulento, isto é, ardiloso, insidioso, artificioso, na realização de qualquer ato de procedimento licitatório. *Fraude* é o engodo, o ardil, o artifício que engana, que ludibria e que desorienta qualquer ser humano. Mas para que a *fraude* se caracterize como tal deve ter idoneidade para enganar alguém interessado em relacionar-se com o agente ou acordar qualquer negociação, da qual este possa aproveitar-se e transformar em tráfico de pessoas.

Faz-se necessário o emprego de artifícios e estratagemas idôneos que criem uma situação de fato ou uma disposição de circunstâncias que torne insuperável o *erro* de pretensa vítima, que, em razão do comportamento *fraudulento*, seja levada a interpretar, *erradamente*, o relacionamento, negociação ou qualquer forma de contato com o sujeito ativo que a transforme em vítima do tráfico de pessoas. Em outros termos, é indispensável que a conduta fraudulenta seja capaz de *enganar* ou de *ludibriar* provável vítima, sob pena de não se configurar a dita *fraude*.

Por fim, em clara e nova redundância, o legislador adota, ainda, como forma ou modo de execução das condutas tipificadas o “abuso”, mesmo como sinônimo ou equivalente à fraude, como a ação de prevalecer-se da inexperiência, paixão ou necessidade do interessado para induzi-lo a *erro*, pela persuasão ou pela fraude, à prática de ato suscetível de produzir efeitos prático-jurídicos, quais sejam, concretizara finalidade de submetê-lo a algum dos fins declinados no tipo penal.

4.2. ELEMENTARES SUBJETIVAS DO TIPO PENAL — FINALIDADES ESPECÍFICAS

O rol dos cinco incisos do art. 149-A é taxativo quanto às *finalidades* das condutas incriminadas em seu *caput*, e não admite interpretação analógica ou extensiva para dar-lhes abrangência maior, em respeito à tipicidade estrita e ao princípio da reserva legal. No entanto, convém destacar que referidas “finalidades”, todas, constituem *normas penais em branco*, necessitando-se recorrer a outras previsões legais que as complementem.

4.2.1. Remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo

Trata-se de *norma penal em branco*, pois não define nada a respeito da *remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo*, dependendo, conseqüentemente, de *norma complementar* contida em outro diploma legal. Com efeito, a Lei n. 9.434/97 disciplina, cuidadosamente, a *remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo*, inclusive criminalizando condutas que desrespeitem essa normativa⁸. Referida lei autoriza essa remoção em algumas hipóteses, como, por exemplo, *post mortem*, para transplante ou tratamento, desde que devidamente diagnosticada a *morte encefálica*, por dois médicos não integrantes da equipe transplantadora (art. 3º).

A mesma lei autoriza pessoas capazes (maiores ou emancipadas) a dispor, gratuitamente, *de órgãos, tecidos ou partes do corpo* para as mesmas finalidades acima⁹ mencionadas, quais sejam, para fins terapêuticos ou transplantes em cônjuge, ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive. Contudo, a *disposição* de órgãos ou partes do corpo enquanto vivo necessita de autorização circunstanciada, ou seja, especificando o local de retirada de tecido, quais os órgãos ou parte do corpo objeto da doação e, preferencialmente, por escrito, diante de testemunhas.

Permite-se, ainda, essa mesma *disposição* em favor de terceiros, mas, nesse caso, *depende de autorização judicial*, e, em se tratando de pessoa viva, limita-se à doação de “órgãos duplos, de parte de órgãos, tecidos ou parte do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, e, ademais, não lhe cause mutilação ou deformação inaceitável, além de corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora” (art. 9º, § 3º).

4.2.2. Submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo ou a qualquer tipo de servidão

Igualmente, na nossa concepção, estamos diante de outra *norma penal em branco*, ou seja, essa *finalidade* do novel crime de *tráfico de pessoas* remete, intencionalmente ou não, ao crime descrito no artigo anterior (art. 149), que se ocupado

⁸ Referida lei tipifica crimes de várias condutas (arts. 14 a 20) que se dediquem à *remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo* em desacordo com as normativas constantes da Lei 9.435/97.

⁹ Nesse sentido, Cunha, Rogério Sanches & Pinto, Ronaldo Batista, **Tráfico de pessoas**, p. 144.

crime de “redução a condição análoga à de escravo”. O Código Penal de 1830, que vigorou no período da escravidão no Brasil, punia a *escravidão de homem livre* e definia esse crime nos seguintes termos: “Reduzir à escravidão pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade”. Como se percebe, referido Código cometia, digamos, uma *impropriedade técnica*, confundindo uma *situação jurídica*, que é a escravidão, com uma situação *fática*, que é alguém ser *reduzido a condição semelhante à de escravo*. O Código Penal de 1890, por sua vez, desconheceu (a escravidão foi revogada havia dois anos) completamente essa figura delituosa, não lhe fazendo qualquer referência, a despeito de o Código Zanardelli, um ano mais velho, discipliná-la (art. 145). O Código Penal de 1940, a exemplo do Código Rocco, de 1930, retomou a criminalização dessa conduta, com terminologia, todavia, mais adequada, *in verbis*: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo”(art. 149).

No entanto, convém destacar, com o advento da Lei n. 10.803/2003 enumeraram-se taxativamente os comportamentos que caracterizam o *crime de redução a condição análoga à de escravo*, vinculando-o às modalidades de conduta descritas no próprio tipo penal. Com efeito, a partir dessa lei, a *redução a condição análoga à de escravo* pode ser cometida através das seguintes condutas (*modos de execução*):

a) sujeitar a vítima a trabalhos forçados; b) submetê-la a jornada exaustiva; c) submetê-la a condições degradantes de trabalho; d) restringir, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. E, ainda, o § 1º acrescenta outras duas condutas: e) cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; f) manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. Cria-se, portanto, um crime de *forma vinculada alternativa* (antes era crime de *forma livre*). Na verdade, há limitação estrita aos *modos de execução*, que estão vinculados (*e não aos meios*, que continuam livres lá no art. 149 e, portanto, limitados, aqui no crime de tráfico de pessoas, como demonstramos em outro tópico) à tipificação das condutas elencadas *exaustivamente* no texto legal, no art. 149 do mesmo Código Penal.

Essa é uma questão interessante, e, certamente, haverá muito debate na doutrina e na jurisprudência sobre os *modos ou formas* de execução do *tráfico de pessoa* quanto à *finalidade de submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo*. Considerando a lacunosa previsão do art. 149-A e a conseqüente remissão ao

artigo anterior, afinal, estará igualmente *vinculado aos modos de execução* previstos nesse dispositivo antigo, ou, violando a tipicidade estrita, admitiria uma modalidade de execução livre? Ou seja, importaria apenas uma parte da previsão daquele dispositivo, e se ignoraria sua parte restritiva (limitação do *modus operandi*)? Ademais, também convém lembrar que a novel infração, a despeito de utilizar oito verbos nucleares, olvidou-se do “vender”, cuja execução, se houver, será atípica.

Assim, por exemplo, no caso hipotético de uma jovem “vendida” a determinado harém oriental, não se tipificará o crime de redução a condição análoga à de escravo se não se adequar a pelo menos um dos *modos de execução* contidos naquele dispositivo legal; tampouco na nova redação do mesmo tipo penal; tampouco se tipificará esse crime de tráfico de pessoas pela ausência do verbo “vender” em seu rol exaustivo e “exaustante” de verbos nucleares.

Por essas razões, numa primeira reflexão, parece-nos que, à míngua de previsão legal, o *modus operandi* do novo tráfico de pessoas *para fins de submissão a trabalho em condições análogas à de escravo* deve observar a limitação constante do art. 149 deste Código. E, relativamente à conduta de “vender” a vítima, para todas as hipóteses dos cinco incisos, esbarra na *atipicidade* dessa ação, pela ausência de previsão legal. Este tipo penal prevê, ainda, como uma das finalidades, *submeter a qualquer tipo de servidão* (inc. III). No entanto, o Brasil aboliu a escravidão lá no final século XIX, e, portanto, a existência de qualquer restrição à liberdade similar à escravidão ou tratamento análogo a esta (v. g., servidão) importará em redução a condição análoga à de escravo. E, nessas circunstâncias, não vemos razão para distinguir escravidão ou servidão no ordenamento jurídico brasileiro. Em sentido semelhante, assevera Rogério Sanches Cunha¹⁰, *verbis*: “Se, todavia, cotejarmos as formas como o delito do art. 149 pode ser cometido com as definições de servidão acima transcritas (art. 1º da Convenção), veremos que as hipóteses de servidão estão inseridas no âmbito da redução a condição análoga à de escravo. Apesar da Convenção, no art. 7º, distinguir, para os seus próprios efeitos, a escravidão da servidão, devemos ter em mente que suas disposições são destinadas também a países que contemplam a escravidão como situação de direito, ou seja, que admitam a existência efetiva de escravos, tratados como

¹⁰. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, **Tráfico de pessoas — Lei 13.344/16 comentada por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2016., p. 148.

propriedade alheia. Como já destacamos, no entanto, não há no Brasil a condição de escravo, razão pela qual pensamos não ser cabível a distinção”.

Por essas razões, não há a menor necessidade de desenvolvermos longos comentários sobre esse instituto, repetido, sem qualquer sentido, em nosso ordenamento jurídico.

4.2.3. Adoção ilegal

Certamente a pretensão das condutas incriminadas neste dispositivo legal, ao elencar, entre elas, a “adoção ilegal”, não é referir-se somente à *adoção ilegal de menores*, embora estes sejam os principais destinatários dessa modalidade da conduta criminosa. Nesse sentido, com acerto, destaca Rogério Sanches, *verbis*: “Não se há de negar, porém, que a adoção ilegal de menores mediante tráfico de pessoa representaria a esmagadora maioria dos casos. Isso em virtude do complexo processo de adoção de crianças e adolescentes, permeado por regras que visam à proteção do adotado, regras estas que não se repetem na adoção de adultos, a não ser no que se refere a diretrizes como a diferença mínima de idade entre adotante e adotado e a proibição de adoção de descendentes por ascendentes e entre irmãos”¹¹.

O formalismo burocratizante do direito de família, em especial quanto à filiação e, principalmente, quanto à *adoção de menores*, bem como a necessária precaução e a indispensável investigação comparativa sobre as condições e reais interesses dos adotantes, têm criado grandes dificuldades na concretização do ato de *adotar legalmente menores* em nosso país. Com essa indesejável, mas, de certa forma, inevitável burocracia para a adoção de menores, os grandes prejudicados são, indiscutivelmente, os próprios menores, que esperam por uma adoção legítima e a conquista de um lar e uma família que muitos deles nunca tiveram, e, por vezes, a maioria deles também acaba não conseguindo via adoção.

O resultado mais negativo e indesejável, decorrente, em grande parte, dessa realidade burocratizante, é o surgimento ou ampliação do “mercado negro” da adoção irregular e ilegal de menores, patrocinada, não raro, por organizações criminosas, inclusive internacionais. Ainda que, timidamente, pode-se afirmar, este tipo penal, ao criminalizar, como uma das finalidades proibidas por este dispositivo penal, a

¹¹CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, **Tráfico de pessoas — Lei 13.344/16 comentada por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 148-9.

adoção ilegal de menores, reforça a proteção que o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Lei n. 8.069/90) dispensa a essa temática.

Referido estatuto, preocupado em proteger a vida, a liberdade e a integridade do menor, disciplina dois tipos penais que não levam o mesmo *nomen juris* deste tipo penal, mas que, com outros elementos constitutivos, têm, basicamente, a mesma finalidade, justificando-se, por isso, essa referência. Com efeito, a Lei n. 8.069/90, em seu art. 238, criminaliza a conduta de “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena — reclusão de 1 (um) a 4(quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”.

Guardadas as proporções, e sendo condescendente no exame da taxatividade da tipicidade, referido dispositivo disciplina uma espécie *sui generis* do crime de *reduzir a condição análoga à de escravo*, pois, desde que a *escravidão* foi abolida em nosso país, vender alguém como *res* é dispensar-lhe tratamento semelhante ao que davam, no seu tempo, aos escravos. Na verdade, na dicção do artigo em exame, filho ou pupilo são vendidos como mercadoria; ora, essa *disponibilidade* do filho ou pupilo, incluindo a *traditio*, é o exemplo mais eloquente de *reduzir alguém a condição análoga à de escravo*.

Esse dispositivo, a nosso juízo, deveria ser mais abrangente, pois, como se constata, trata-se de *crime próprio*, isto é, só podem praticá-lo o *pai* ou o *tutor*. Quaisquer outras pessoas que realizem a mesma conduta descrita de “prometer ou entregar” criança a terceiro, mediante paga ou recompensa, não incidirá nas sanções ali cominadas.

Por fim, para suprir, pelo menos em parte, a lacuna que acabamos de apontar, a mesma Lei n. 8.069/90, em seu art. 239, tipificando, agora, um *crime comum*, isto é, que pode ser praticado por qualquer pessoa, estabelece: “Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”. Comina-lhe, com justiça, diga-se de passagem, pena bem mais elevada, reclusão de quatro a seis anos e multa. Permanece, contudo, a lacuna a que nos referimos, se a “promoção” ou o “auxílio” limitarem-se ao envio de menores para locais que não extrapolem as fronteiras do território nacional.

O crime sob exame pode concorrer com outros, como, por exemplo, lesão corporal, estupro, rapto etc. No entanto, não será possível o concurso com os crimes contra a liberdade, pois estes serão absorvidos por ele. No magistério de Florian¹², é natural que a redução a condição análoga à de escravo absorva qualquer outro crime contra a liberdade, pois se apresenta como uma privação sintética, integral, profunda da liberdade do indivíduo.

4.2.4. Exploração sexual

A Lei n. 13.344/2016 não define qual o sentido que pretende dar à locução “exploração sexual” e, dessa forma, remete, inevitavelmente, para o Título VI da Parte Especial, o qual cuida “dos crimes contra a dignidade sexual”, onde disciplina, em alguns dispositivos, dentre outros temas, também a “exploração sexual”.

A grande questão passa a ser, afinal, qual o sentido que o legislador quis atribuir ao vocábulo *exploração sexual*, especialmente sem sequer tocar no termo *prostituição*. Como destaca Luiz Flávio Gomes¹³, “o comércio que tem como objeto o sexo privado (entre maiores), que conta com conotação positiva (em razão da segurança, da higiene etc.), não é a mesma coisa que *exploração sexual* (que tem conotação negativa e aproveitamento, fruição de uma debilidade etc.)”¹⁴. No entanto, neste art. 229 do Código Penal, o legislador utiliza *exploração sexual*, repetindo, com o mesmo significado de *prostituição*, que nada mais é que o *comércio carnal* exercido livremente, pela prostituta ou pelo prostituído, especialmente quando se observa que o próprio tipo penal admite que essa prática configura o crime mesmo que não haja “intuito de lucro”. Logo, *exploração sexual*, neste dispositivo legal, tem o mesmo significado que *manter local para o exercício da prostituição alheia*! Nada mais. Ou é assim, ou o exercício de prostituição não configura exploração sexual, e, conseqüentemente, sua exploração está liberada. A situação, contudo, é diferente nos demais dispositivos que utilizam a locução “prostituição ou *outra forma de exploração sexual*”, deixando claro que se trata

¹²FLORIAN, Eugenio. **Trattato di Diritto Penale**. Milão: Valardi, 1936, p. 301.

¹³Gomes, Luiz Flávio Gomes, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimescontra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>.

de exploração sexual *distinta da prostituição*, tal como tradicionalmente conhecida, dando-lhe, por conseguinte, conotação mais abrangente. É curioso observar que o legislador penal, cheio de pruridos, neste dispositivo evitou usar o termo “prostituição”, embora trate especificamente dela; no entanto, *libertou-se desse deliberado preconceito moralista* e o utilizou normalmente no artigo seguinte, no qual criminaliza o *rufianismo*.

O legislador, na verdade, abusou da utilização do vocábulo *exploração sexual*, empregando-o em sentidos distintos (arts. 218-B, 228, 229, 231, 231-A), embora não tenha declinado com alguma clareza qual o significado que lhe atribui em cada hipótese. Pelo menos neste art. 229, emprega a expressão “exploração sexual” como significado de prostituição (comércio carnal ou sexual), e esta não mudou seu sentido ao longo dos últimos dois milênios.

A conotação, enfim, nos demais dispositivos legais mencionados, com a locução “ou outra forma de exploração sexual”, atribui à *exploração sexual* um significado distinto de *prostituição* (outra forma), para abranger situações em que o paciente não se entrega livremente à *prostituição*, mas por alguma razão ou de alguma forma é levado ou constrangido a entregar-se à *prática de atos de libidinagem*, descaracterizando, pelo menos em sentido estrito, o exercício da conhecida *prostituição* em sua concepção tradicional. Dito de outra forma, em uma visão mais abrangente, reconhece situação em que a vítima é submetida à prática de *atos de libidinagem*, independentemente de caracterizarem-se como prostituição em seu sentido estrito.

Busca o legislador, com essa forma distinta, impedir que qualquer prática de libidinagem, desde que *explorada*, isto é, contrariando a vontade da vítima, possa ser abrangida por essa proibição legal. Enfim, como a Lei n. 13.344/2016 foi lacônica na invocação da elementar “exploração sexual”, adota o sentido dado pelo art. 229 do CP, isto é, abrangendo toda e qualquer espécie de exploração sexual, inclusive prostituição e pedofilia.

5. TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Trata-se, a rigor, de uma tipificação de crime *sui generis*, anormal, inadequada e imprópria, pois, além de incluir uma série de condutas típicas, centrais, por si sós, suficientemente idôneas para serem o núcleo central do tipo penal, é complementada com a descrição de *cinco finalidades específicas*, alternativas, as quais, na estrutura

típica tradicional, representariam somente o *especial fim de agir*, qual seja, o *elemento subjetivo especial do injusto*, que não se confunde como o dolo, embora o complemento e o aperfeiçoe. A rigor, da forma como está posta a descrição constitutiva do tipo penal, os *especiais fins de agir*, confundem-se com a própria essência do tipo penal, constituindo uma dupla função, qual seja, de elementares subjetivas do tipo e, ao mesmo tempo, representando o especial fim de agir integrando o elemento subjetivo especial do injusto. Por isso, é dessa forma que devem ser analisadas.

O *elemento subjetivo* orientador das condutas descritas como nucleares neste tipo penal — *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher* pessoa como vítima do tráfico aqui criminalizado — é o dolo, constituído pela *vontade* dirigida à prática de qualquer delas e com a *consciência* de que a pessoa traficada vai exercer *uma das finalidades* relacionadas nos cinco incisos que acompanham o *caput* deste artigo. Referidas finalidades são alternativas e não cumulativas.

O eventual exercício futuro de mais de uma dessas finalidades não o transforma em tipo misto cumulativo. Contudo, é indispensável que o sujeito ativo tenha *consciência da finalidade do tráfico de pessoa*, sob pena de incorrer em erro de tipo.

A nosso juízo, o *elemento subjetivo especial do tipo* pode ser objeto de longa discussão, diante da redação utilizada pelo legislador, que não se insere naquelas fórmulas tradicionais conhecidas de todos. Contudo, a sustentação de que tal *elemento subjetivo* se faz presente no tipo penal em exame não é desarrazoada e, em nossa concepção, está representada pelas elementares contidas nos respectivos incisos, quais sejam: 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, cujos significados já examinamos acima.

Enfim, o *resultado* das condutas praticadas deve ser abrangido pelo dolo do agente, enquanto o elemento *subjetivo especial do injusto* existe ao lado do dolo, como momento geral *pessoal-subjetivo* daquele, que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação. Nessa linha, examinando o *elemento subjetivo especial do injusto*, tivemos oportunidade de afirmar: “na realidade, o *especial fim* ou motivo de agir, embora *amplie* o aspecto *subjetivo* do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de

realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo. O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo do tipo* de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injusto*, que se equivalem, porque pertencem à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde¹⁵.

Não teria sentido criminalizar o *tráfico de pessoas* e exigir que o crime somente se configurasse após decorrido tempo suficiente para se comprovar que as vítimas efetivamente passaram a ser exploradas sexualmente ou exercer a prostituição.

Assim, considerando que as elementares contidas no final do *caput* (cinco incisos) configuram *elemento subjetivo especial do tipo*, com a simples realização de qualquer das oito condutas representadas pelos verbos nucleares — *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher* pessoa —, com o fim especial descrito em qualquer dos cinco incisos, estará consumado o crime, independentemente de as vítimas serem exploradas ou não.

6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime de *tráfico de pessoas* mediante qualquer dos meios enunciados (grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso), com a prática de uma (ou mais) das condutas descritas no *caput* deste artigo, *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher* pessoa, 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. Para a ocorrência da consumação é desnecessário o exercício efetivo de qualquer dessas finalidades, que, se ocorrer, constituirá apenas o exaurimento do crime.

A tentativa é, pelo menos em tese, admissível, a despeito da dificuldade prática de comprová-la, especialmente ante a existência do elemento subjetivo especial do injusto, como afirmamos acima.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, v. 1, p. 365.

7. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Trata-se de crime *comum* (não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo); *formal* (na medida em que se consuma com a simples conduta nuclear, independentemente de a finalidade pretendida concretizar-se, bastando que essa tenha sido a finalidade do tráfico); *de forma vinculada* (só pode ser praticado pelas formas descritas no tipo penal, quais sejam, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Por isso, na execução de *tráfico de pessoas* sem a utilização de alguma dessas formas *haverá inadequação típica*. Trata-se, a rigor, de *uma limitação típica* imposta pela equivocada composição descritiva da conduta incriminada: deficiência técnica do legislador); *comissivo* (todas as oito condutas nucleares implicam ação positiva do agente); *instantâneo* (ação e resultado encontram-se próximos um do outro, muitas vezes praticamente concomitantes); *permanente* (nas modalidades de *transportar, transferir, acolher e alojar*, cuja consumação se protraí no tempo, possibilitando a prisão em flagrante, enquanto perdurar a ação); *plurissubsistente* (trata-se de condutas que podem ter sua fase executória interrompida, implicando, não raro, um certo caráter de habitualidade, embora não possa ser definido como crime habitual).

8. SANÇÃO PENAL, MAJORANTES, MINORANTE E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao novel crime de “tráfico de pessoas” é reclusão de quatro a oito anos e multa. As qualificadoras, que já haviam sido substituídas por majorantes, foram novamente alteradas pela Lei n. 13.344/2016, e resultaram no seguinte: segundo o § 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.

No entanto, o legislador, que, açodadamente, revogou os arts. 231 e 231-A, esqueceu-se de incluir as seguintes *causas de aumento* (majorantes), as quais

constavam dos dispositivos revogados (§ 2º), aplicáveis quando: I — a vítima é menor de 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 empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

Por outro lado, a quarta *causa de aumento* que constava nos dois artigos revogados, “IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude”, foi deslocada, equivocadamente, para a própria definição do crime (*caput*), perdendo sua natureza ou característica de majorar a pena-base para integrá-la desde logo. Além da própria restrição que esse movimento anatômico cria, pois reduz a abrangência da conduta tipificada (condutas praticadas sem violência ou grave ameaça não serão mais típicas), diminui sua punição, pois deixa de incidir sobre a pena original para majorá-la. Por fim, a nova previsão legal, cuja pretensão era ampliar a proteção e punição do crime de *tráfico de pessoas*, equivoca-se novamente, pois, contrariando a sua *vontade*, ao revogar os arts. 231 e 231-A, transforma referida infração penal em outra similar, e menos grave, com menor punição, ainda que tenha cominado como pena-base um ano acima da lei revogada. Contudo, essa cominação superior é puramente ilusória, pois deixou de prever as *majorantes especiais* contidas nos incisos III e IV do art. 234-A, as quais aumentavam a pena: a) *de metade*, se do crime resultar gravidez (III); b) *de um sexto até a metade*, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (IV). Esta última previsão integra o capítulo das “disposições gerais” (VII) e é aplicável a todos os crimes do VI Título da Parte Especial, quais sejam, “dos crimes contra a dignidade sexual”, não se estendendo a qualquer crime constante dos outros dez Títulos desse diploma legal. Essas omissões revelam, inegavelmente, o desconhecimento da anatomia do Código Penal brasileiro não apenas por parte do legislador, mas também do próprio Ministro da Justiça que subscreve o presente diploma legal. Ora, a omissão de todas essas *causas especiais de aumento* (tanto aquelas constantes dos próprios artigos revogados como aquelas constantes das disposições gerais), não previstas pela Lei n. 13.344/2016, torna a novel infração penal, ao fim e ao cabo, menos grave em relação aos dispositivos revogados. A menor punição decorre não apenas do “esquecimento” dessas majorantes, mas também pela adoção de majorantes com previsão de menor punição, além da inclusão da

minorante constante do § 2º deste artigo, que determina a redução de pena para *primários e não integrantes de organização criminosa*. A ação penal, finalmente, é pública incondicionada, isto é, não depende de qualquer condição ou manifestação da vítima ou de seu representante legal para a sua instauração. Como qualquer ação penal pública, admite queixa subsidiária da denúncia, se houver inércia do Ministério Público em oferecê-la no prazo legal.

Essas são, enfim, nossas primeiras reflexões sobre a nova criminalização do crime de tráfico de pessoas, as quais tiveram a pretensão de demonstrar o mal que os legisladores contemporâneos, movidos por sentimentos e finalidades nada republicanos, podem causar a uma nação em um determinado período da História, quando legislam descomprometidamente com os valores éticos, morais, sociais, políticos e sociológicos, como representantes de um povo ainda carente de melhor formação histórico-cultural como é do brasileiro pós-moderno.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, v. 1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**. Salvador: Juspodvm, 2.016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, **Tráfico de pessoas — Lei 13.344/16 comentada por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FLORIAN, Eugenio. **Trattato di Diritto Penale**. Milão: Valardi, 1936.

GOMES, Luiz Flávio Gomes, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimescontra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-Penais>>.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1.972.

Artigo recebido em 11.08.2016

Artigo aprovado em 03.09.2016