



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ VICTOR MESQUITA PIRES DE SENA

**O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL RELIDO
À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO DAS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

SANTA RITA – PB
2023

JOSÉ VICTOR MESQUITA PIRES DE SENA

**O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL RELIDO
À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO DAS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, unidade Santa Rita,
como exigência parcial da obtenção do título de
Bacharela em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carolina Couto
Matheus.

**SANTA RITA – PB
2023**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S474t Sena, Jose Victor Mesquita Pires de.

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL
RELIDO À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO
DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS / Jose Victor Mesquita
Pires de Sena. - Santa Rita, 2023.
59 f.

Orientação: Ana Carolina Couto Matheus.
TCC (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Tráfico de Pessoas. 2. Organizações Criminosas.
3. Teoria do Domínio do Fato. I. Matheus, Ana Carolina
Couto. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO

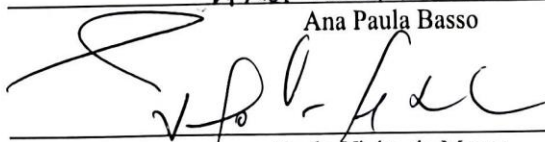
Ao vigésimo quarto dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “O tipo penal de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual relido à luz da teoria do domínio do fato, no contexto das organizações criminosas”, sob orientação do(a) professor(a) Ana Carolina Couto Matheus que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) José Victor Mesquita Pires de Sena com base na média final de 9,0 (nove pontos). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Ana Carolina Couto Matheus



Ana Paula Basso



Paulo Vieira de Moura

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me guiado durante todo o período dessa difícil jordan, sem a sua infinita misericórdia e bondade não poderia chegar até aqui.

A minha mãe, Risomar, e ao meu tio Antônio, que me apoiaram e incentivaram a ter uma melhor educação.

A minha orientadora, Profa. Dra. Ana Carolina, por sua orientação e ajuda nessa etapa de conclusão de curso.

Aos meus amigos de graduação, que fizeram esses anos serem divertidos, mesmo nos dias de angústias.

A todos os meus amigos e familiares que estiveram presentes nessa caminhada.

Por fim, aos meus amigos e irmãos de farda da Polícia Militar de Pernambuco (PMPE), em especial ao efetivo do Koban - 6º BPM, que nos momentos de dificuldades me ajudaram a continuar.

José Victor Mesquita Pires de Sena

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tipo penal do tráfico de pessoas, previsto no art. 149-A, do Código Penal, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo não só uma discussão a respeito de seus elementos constitutivos, como também discorrer acerca da evolução histórico-legislativa do referido tipo, ressaltando os principais dispositivos legais e internacionais aplicáveis, dando ênfase à Lei 13.344/2016 e à Convenção de Palermo, de modo a contextualizá-lo com as principais discussões político-doutrinários a respeito dos elementos que o compõem. O método dedutivo será utilizado nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa serão acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O desenvolvimento do tema pautará pela persecução dos objetivos gerais e específicos que nortearão a produção. A pesquisa se encerrará com as considerações finais e consubstanciará o resultado dos achados, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida, para correlacionar o referido tipo penal com a teoria do domínio do fato a fim de problematizá-lo no âmbito das organizações criminosas.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Organizações Criminosas. Teoria do Domínio do Fato.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the criminal type of human trafficking, foreseen in art. 149-A, of the Penal Code, based on the principle of human dignity, bringing not only a discussion about its constitutive elements, but also to discuss the historical-legislative evolution of that type, highlighting the main applicable legal and international provisions, emphasizing Law 13.344/2016 and the Palermo Convention, in order to contextualize it with the main political-doctrinal discussions regarding the elements that compose it. The deductive method will be used in the research and data processing phases. In the different phases of the research, the techniques of referent, category, operational concept, bibliographic research and registration will be used. The development of the theme will guide the pursuit of general and specific objectives that will guide the production. The research will end with the final considerations and will substantiate the result of the findings, ending up confirming the initially conceived hypothesis, it will also be intended to correlate the referred criminal type with the theory of the domain of the fact in order to problematize it within the scope of criminal organizations.

Key-words: Human Trafficking. Criminal Organizations. Fact Domination Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-SOCIAL.....	10
2.1 TRÁFICO HUMANO E DIGNIDADE HUMANA.....	10
2.2 NOÇÕES INICIAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO.....	13
3 TRÁFICO DE PESSOAS.....	20
3.1 CONCEITO TRÁFICO DE PESSOAS (CÓDIGO PENAL, ART.149-A).....	20
3.2 DIREITO PENAL SEXUAL.....	24
3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA.....	30
4 O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL.....	36
4.1 DISTINÇÕES ENTRE TRÁFICO DE IMIGRANTES ILEGAIS E TRÁFICO HUMANO.....	36
4.2 ASPECTOS GERAIS DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TRÁFICO HUMANO.....	38
5 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	41
5.1 ORIGENS.....	41
5.2 APLICABILIDADE AO TRÁFICO HUMANO.....	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema o tráfico de pessoas no Brasil de forma a trazer em seu contexto a Teoria do domínio do Fato. O presente trabalho foi organizado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é intitulado como “Considerações Gerais a respeito do tráfico humano sob uma perspectiva histórico-social”, e possui como subtópicos “Tráfico Humano e Dignidade Humana” e “Noções Gerais a respeito do tráfico humano”.

O objetivo do primeiro capítulo é fazer abordagens genéricas em relação a sua origem histórica, bem como sua situação atual no âmbito mundial, considerando os entendimentos das legislações vigentes que a regulam, além de entendimentos doutrinários, relacionando a ideia de dignidade humana.

O segundo capítulo “Tráfico de pessoas”, organizado em três subtópicos. O primeiro subtópico é denominado “Conceito de Tráfico de Pessoas (art. 149-A, do Código Penal)” ao passo que o segundo e o terceiro foram intitulados “Direito Penal Sexual” e “Evolução Histórica”, respectivamente.

O segundo capítulo traz entendimentos diversos sobre o tráfico humano. No primeiro subtópico há o enfoque no conceito de tráfico humano, seja no âmbito normativo, seja no âmbito doutrinário.

No segundo subtópico, sua destinação está voltada para temática sexual, em que se percebe a recorrência da exploração sexual das vítimas, tendo tal prática como finalidade.

No último subtópico do segundo capítulo, tem por objetivo trazer uma abordagem histórica em relação ao conceito de tráfico humano, de maneira a compreender suas possíveis origens à luz dos entendimentos doutrinários.

Além disso, procurou-se conciliar as principais características da legislação de combate ao tráfico humano, com foco especial para as primordiais mudanças na evolução de tal fenômeno.

O terceiro capítulo intitulado: “Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual em âmbito internacional”, objetiva discorrer do panorama legal no âmbito internacional, abordando os principais instrumentos normativos internacionais, paralelamente com os instrumentos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O referido capítulo divide-se em três subtópicos, sendo o primeiro: “Distinção entre tráfico de migrantes ilegais e tráfico humano”, tal subtópico visa a diferenciar os dois fenômenos com fundamento nos critérios nos quais se tornam objetos de confusão, sendo necessário para a compreensão desses fenômenos, uma vez que a grande maioria das ocorrências de tráfico se dá em volta da migração ilegal.

O segundo subtópico é direcionado a trazer entendimentos doutrinários diversos a respeito dos instrumentos vigentes e como se deu a evolução de um para outro. O terceiro subtópico objetivo discorrer acerca da evolução histórico-social das legislações.

Por fim, o quarto e último capítulo denomina-se: “A Teoria do Domínio do Fato”, sendo este dividido em dois subtópicos, quais sejam: “Origens” e “Aplicabilidade ao tráfico humano”.

O quarto capítulo é considerado o principal nessa pesquisa, pois tem como propósito associar o tráfico humano à mencionada teoria, e tem como pano de fundo as organizações criminosas.

O primeiro subtópico destina-se a trabalhar as origens da citada teoria, ao passo que o segundo objetiva a atrelar ao objeto de estudo da presente pesquisa, mencionando os apontamentos doutrinários pertinentes.

O trabalho de pesquisa em testilha utilizou o método dedutivo nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

O desenvolvimento do tema se pautou pela persecução dos objetivos gerais e específicos que nortearam a produção, consubstanciando o resultado dos achados, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-SOCIAL

Nos dias atuais, o tráfico humano é reconhecido como uma forma contemporânea de escravidão, especialmente porque se consiste em uma prática que degrada piamente a dignidade da pessoa humana, chegando ao ponto dos indivíduos serem tratados como meros objetos comerciais.

Dessa forma, para melhor compreender o surgimento de tal situação, é necessário que se tenha uma exploração não somente das razões que contribuíram para a sua existência, mas também do próprio conceito que regula a sua prática, qual seja, a dignidade humana.

2.1 TRÁFICO HUMANO E DIGNIDADE HUMANA

A palavra dignidade advém de *dignus*, ou seja, denota algo que possui honra ou importância. Em termos gerais, o termo dignidade pode ser entendido como a qualidade intrínseca e única de todo o indivíduo, em que seu principal objetivo está baseado na ideia de proteção de qualquer forma de tratamento degradante ou discriminação cruel, de modo que assegura condições mínimas necessárias para sua existência

De início, essa ideia foi formada por São Tomás de Aquino, que reconheceu a dignidade como sendo uma qualidade inerente a todo ser humano. Ele pregava que a pessoa “é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus” (RAMOS, 2020, p. 58).

Para Kant, havia uma perspectiva de que tudo tem um valor ou uma dignidade. De acordo com sua compreensão, aquilo que pode ter um preço é substituível e pode ser comparado com outros objetos equivalentes, enquanto aquilo que possui dignidade não se tem preço.

Assim, percebe-se que determinadas coisas possuem valor, já os indivíduos não, o que se tem é dignidade. Dessa forma, com a filosofia Kantiana, surgiu originariamente a ideia de que a observação a ser feita da humanidade é de não, a considerar tal como um meio de execução para um determinado fim, mas em si mesma.

Dessa forma, a dignidade humana é vista como uma característica própria da personalidade de cada pessoa, sendo uma qualidade pertencente a todo ser humano, de maneira a serem definidos como seres únicos e insubstituíveis.

As dimensões de dignidade humana são divididas em duas, sendo elas positiva e negativa. Por negativa, compreende-se como a proibição de forçar o ser humano a qualquer forma de tratamento ofensiva ou que caracterize discriminação odiosa, assim, tem como previsão legal a Constituição Federal em seu Art. 5º, III, em que prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, e até mesmo no Art. 5º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A dimensão positiva, por sua vez, é quando há obrigação de exigências com o intuito de obter condições mínimas para que cada ser humano possa sobreviver, pode-se citar o Art. 170, *caput*, como exemplo, em que a ordem econômica tem “por fim assegurar a todos existência digna”.

Dentro desse mesmo contexto, se tem a ideia de “mínimo existencial”, em que a doutrina define como sendo um “conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade” (BARCELLOS, 2002, p. 305).

Em outras palavras, o “mínimo existencial” traz a representação de um caráter essencial das garantias materiais que são indispensáveis para assegurar que o ser humano possa viver com dignidade, não sujeitando-se a condições degradantes.

Embora o conceito de dignidade humana tenha sido motivação de discussões desde a época das revoluções liberais, foi apenas durante no século XX, com o advento das duas grandes guerras, que começou a ter uma atenção mais especial a essa ideia.

Isso se deve aos impactos devastadores ocasionados pelas duas guerras, em que houve uma destruição massiva referente aos termos sociais e econômicos em vários países, além de haver piamente um desrespeito a noção essencial de dignidade humana.

Para exemplificar esse ponto, é importante mencionar a discriminação enfrentada pelas mulheres no âmbito do mercado de trabalho. Esse fenômeno, apesar de estar presente na atualidade, era mais evidente na época da Revolução Industrial, em que havia uma clara distinção dos papéis entre homens e mulheres no seio

familiar, conforme aponta Hannah Arendt, quando contextualiza, em uma das suas obras, a divisão de gênero com o período das guerras mundiais:

O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. O fato de que a manutenção individual fosse a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse a tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitas à mesma premência da vida. A esfera da polis, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na polis (ARENDT, 2005, p. 39-40).

Naquele período, quando se tinha uma dificuldade das mulheres para o ingresso em profissões qualificadas e até mesmo se adequar as regras sociais da época, elas, algumas das vezes, como forma de garantir a sua sobrevivência, optavam pela prostituição.

Tristan explora os motivos pelos os quais as mulheres optaram por tal labor, destacando-se o machismo como sendo uma da causa desse fenômeno, a saber:

A virtude ou o vício supõe a liberdade de fazer bem ou mal; mas qual pode ser a moral da mulher que não pertence a si mesma, que não tem nada próprio, e que toda sua vida foi preparada a se subtrair do arbitrário pela astúcia e da coação pela sedução. E quando é torturada pela miséria, quando vê o gozo de todos os bens ao redor dos homens, a arte de gostar, na qual foi educada não a conduz inevitavelmente à prostituição? (TRISTAN, 2009, p. 61).

Com o desencadear das guerras mundiais e o estabelecimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 24 de outubro de 1945, seguido pela adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, os Direitos Humanos acabaram se tornando um referencial imprescindível para a estruturação de qualquer sistema legislativo nacional. Isso aconteceu, deixando de ser considerado as crenças e valores predominantes no país, enfatizando a ideia de proteção e promoção da dignidade e direitos inerentes a todos os seres humanos.

Esse fato também ocasionou impacto relevantes nas Constituições nacionais, como é o caso da Constituição Brasileira, em que trouxe a defesa dos direitos humanos em duas perspectivas, sendo a formal no sentido de proteger todos os indivíduos de maneira indistinta; e a material no sentido de proteção de grupos ditos minoritários, nos quais se incluem crianças, por exemplo, mulheres, negros, entre outros.

No entanto, apesar de haver uma tendência de humanização das legislações, destacando-se a Constituição Brasileira, ainda há um grave problema na atual sociedade que é caracterizado pela redução significativa da dignidade do ser humano, qual seja, o tráfico de pessoas.

2.2 NOÇÕES INICIAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO

Apesar de ser considerada como uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos, sendo objeto de discussão a partir do século XX, quando começou a ter uma maior notoriedade no mundo, no Brasil, tal feito teve relevante visibilidade apenas em 2004, através do Decreto n. 5.017, também conhecido como Protocolo de Palermo, que define, dentre outros, o conceito de tráfico de pessoas.

Embora tenha origem na escravidão, existem registros da prática do tráfico de pessoas na Itália, por volta dos séculos XIV e XVII, durante o período do Renascimento, como menciona Strake Bonjovani (BONJOVANI, 2004, p. 17):

O primeiro caso de tráfico de seres humanos que objetivou lucro aconteceu nas cidades italianas, entre os séculos XIV e XVII, durante o Renascimento. A prática estimulou o comércio mediterrâneo na Península Itálica, onde também teve início o pré-capitalismo, que pregava o acúmulo de capital.

O fortalecimento do tráfico de pessoas se deu com a escravidão, onde diversos povos, principalmente aqueles provenientes das colônias africanas, compostas, sobretudo, por pessoas de cor preta, eram controlados pelas nações europeias, que os capturavam e compravam.

A finalidade dessas compras era de transportá-los para as colônias mais lucrativas, em que serviriam para o trabalho forçado, sem que houvesse uma remuneração para tal.

Esses indivíduos ao chegarem nas colônias, não tinha nenhuma perspectiva de vida, nem tampouco capacidade para que pudessem escapar daquela situação degradante que se encontravam, pois eles não tinham conhecimento sobre aquele local, diferente dos povos indígenas.

Esses povos ao chegaram nesses locais, eram subjugados pelos europeus, sendo obrigados a trabalharem para manter a máquina escravagista, que era uma grande fomentadora de inúmeros recursos valiosos para às Coroas, como por exemplo o açúcar, ouro, e as especiarias.

Tal situação se manteve por diversos países americanos, sendo no caso do contexto brasileiro, o último país a abolir de fato a escravidão, com o advento da Lei Áurea, Lei 3353, de 13 de maio de 1888.

Depois desse longo período, a maioria dos negros enfrentaram um processo de marginalização e segregação, especialmente no período que compreende no início do século XX.

Esse período, conhecido como *belle époque* brasileira, em que a sociedade passou estava passando por um processo de “embranquecimento”, na qual houve uma supervalorização da cultura europeia.

Dessa forma, a população negra, que não tinham o padrão dos povos europeus, acabou sendo excluída da sociedade, de maneira a ser segregada socialmente e empurrada para regiões de áreas periféricas dos grandes centros comerciais, caracterizadas por uma situação de extrema escassez e pobreza.

Os cortiços, ambientes que eram inseridos nos centros urbanos, eram os locais em que a população negra e também marginalizada vivia. Tais ambientes eram marcados por uma precariedade sem tamanho, ocasionando uma migração de tais pessoas para regiões periféricas.

Desse modo, houve o surgimento das favelas, regiões, que até os dias atuais, são caracterizadas por uma ferrenha traficância, seja em relação o uso de drogas, e até mesmo de seres humanos.

É indispensável que se faça essa abordagem histórico-social, pois boa parte das vítimas do tráfico humano, com o fim para a exploração sexual, são mulheres. Essas por sua vez, são integrantes de grupos minoritários, sendo mulheres negras, ou aquelas de famílias economicamente desfavorecidas.

Além disso, há uma compreensão abrangente do que o sentido biológico, sendo considerado também questões de gêneros, em que englobam pessoas que se identificam como travestis, transexuais e outros gêneros diversos. O perfil das vítimas abarcam uma ampla faixa etária, desde crianças e adolescentes, chegando ao público adulto.

Ao realizar estudos acerca do tráfico de mulheres na Região Amazônica, o pesquisador José Carlos Castro (2009, p. 259), especialmente no período do regime militar, conhecido como época da “corrida do ouro”, termo utilizado para definir os movimentos migratórios em direção às regiões de mineração nos Estados que

compreende a Amazônia Brasileira, expôs em suas pesquisas as origens da exploração sexual feminina na região.

Em suas pesquisas, observou-se que o período do regime militar, em especial na década de 1960, ficou marcado pelo desenvolvimento da Região Amazônica, em que teve um impulsionamento fiscal para o avanço da indústria de mineração, de maneira que não houvesse que negligenciar o cuidado com a segurança nacional.

De forma conexa a isso, na obra “Tráfico de Pessoas para Exploração Sexual” (2017, p. 89), Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destacou-se de forma simultânea ao desenvolvimento da Região Amazônica, que houve um impulsionamento na migração de pessoas para aquela região em busca de riquezas, com ênfase para a população nordestina economicamente desfavorecidas ou sulistas que detinham um determinado capital para investimento.

Ademais, viabilizou também a sujeição das mulheres em relação a exploração sexual. Nesse contexto, as reflexões de Maria Ângela D'Incao são as seguintes:

Os motivos que levaram mulheres para esses locais, como ocorre com os homens, também são econômicos. Entretanto, elas têm alternativas mais restritas mesmo quando a obra está no auge, os empregos são para homens (D'INCAO, 1995, p. 181).

Durante esse período, conforme aponta Edna Castro (2009, p. 468), as atividades de trabalho para as mulheres tinham uma determinada limitação, sendo apenas possível realizar algumas atividades.

De forma geral, elas tinham duas alternativas, a tentativa de ingressar no mercado formal, ou informal. No mercado formal as atividades eram voltadas para a realização de limpeza industrial e urbana, alimentação e serviços; já no mercado informal, as atividades exercidas de forma temporária, que consistiam basicamente em serem ambulantes, lavadeiras, faxineiras, cozinheiras ou trabalhadoras noturnas, atuando na limpeza ou em muitas das vezes na prostituição.

O mercado formal, certamente, apesar das baixas remunerações, passava uma ideia de maior segurança para as mulheres, pois permitia que preservassem a sua reputação social e proporcionava o mínimo de dignidade necessária para as suas famílias.

No entanto, vale salientar que, era pouco o número de mulheres que conseguiam entrar nesse tipo de mercado. Assim, uma significativa parcela buscava

nas atividades esporádicas, meios de subsistência ou, via-se obrigada a entrar na prostituição, sendo por sua própria vontade ou por se tornarem vítimas de aliciamento.

Castro, em um trecho da sua obra, escreve sobre a origem da exploração sexual das mulheres na região amazônica, contextualizando com a própria escravidão.

Com o que discorre o Autor, percebe-se que o processo de aumento dos quilombos deu-se, notadamente, através do aliciamento das mulheres para que pudessem serem escravas de cunho sexuais, com nenhum tipo de retorno financeiro.

Os escravos conseguiam embrenhar-se na mata e alcançando os rios e lagos, sair da clandestinidade com a proteção da noite. O aumento demográfico dos quilombos estava relacionado com a capacidade de recrutamento externo. Nos informes anteriormente citados aparecem o aliciamento e o roubo, em especial de mulheres. Certamente um mecanismo de reprodução do grupo que, colocado em funcionamento, aumentava a tensão no interior da sociedade escravista regional (CASTRO, 1998, p. 98).

Maria Silva, tratando das Mulheres na Amazônia, destaca uma outra prática misógina que era comum ocorrer no seio dos seringais da Amazônia. Tal situação se dava no caso dos seringueiros que aprisionavam as índias que sobreviviam das tribos que eram dizimadas, tendo como objetivo, em muitos dos casos, tê-las como parceiras sexuais.

Além do mais, os seringueiros, aproveitando-se das ditas relações comerciais existentes que detinham com os seus patrões, eram presenteados com índias advindas daquelas tribos exterminadas, que serviam exclusivamente como escravas sexuais.

Foi com base nesse contexto, caracterizado por um cenário turbulento e desestruturado, que deu início ao surgimento das primeiras famílias inter-raciais da região amazônica.

Diante do cenário atual da época, ficou constatado que o tráfico humano, especialmente em âmbito nacional, teve sua gênese dentro da comunidade da população negra, em que sua força principal estava na exploração sexual das mulheres.

Ao fazer a análise da história da população negra no Brasil, Gilberto Freyre expõem que, dentre os motivos sob o qual foi constituído a prostituição, está o de ser encarado como uma prática informal, onde o seu desenvolvimento se desencadeou

nesse grupo étnico. Dessa forma, ele busca a compreensão das causas que levaram a marginalização social dessa população, na sua concepção:

O grosso da prostituição formaram-no as negras, exploradas pelos brancos. Foram os corpos das negras — às vezes meninas de dez anos — que constituíram, na arquitetura moral do patriarcalismo brasileiro, o bloco formidável que defendeu dos ataques afoitezas dos *don-juas* a virtude das senhoras brancas (FREYRE, 2008, p. 538).

Tomando como base o que foi exposto, pode-se identificar alguns fatores que contribuem para que as mulheres sejam as maiores vítimas do tráfico humano, tais quais o de sentido é biológico e o de sentido de gênero, incluindo-se aquelas que se identificam como sendo transexuais e travestis.

Em relação às pessoas que se consideram travestis são tidas como um grupo mais desfavorável em relação às demais. De maneira diferente do que ocorre com as mulheres, em que tem uma aceitação social maior nesse mercado, as travestis possuem a consciência das circunstâncias que por ventura está por vir nos casos de inserção no mercado do tráfico de pessoas. É sabido por tal grupo que, por conta de um preconceito social, incertamente poderão ser inseridas em uma profissão dita como comum, sobrando apenas a prostituição como alternativa para que se possa sobreviver. Como Priscila Siqueira e Maria Quinteiro (2014, p. 112), observam:

O mercado de trabalho é grande parte fechado a travestis e transexuais. Uma minoria tem formação superior ou qualificações profissionais. A discriminação efetivamente barra a maioria das pessoas trans do sistema educacional e de carreiras de classe média. Com poucas exceções, as únicas profissões abertas são enfermeiras, empregadas domésticas, cabelereiras, entretenimento em boates gays e prostituição.

Somando-se a isso, é de necessária importância considerar aquelas vítimas que são crianças e adolescentes. Em relação a esse grupo, as razões que as levam a inserção no mercado do tráfico de pessoas podem variar por inúmeras situações, porém todos os motivos se justificam em torno de um ponto comum, que é a vulnerabilidade em decorrência da sua idade, os que se tornam controláveis facilmente. Devido a sua falta de experiência, as crianças e os adolescentes possuem dificuldades em resistir ao poder de aliciamento dos traficantes.

Percebe-se que, não raramente, as próprias famílias incentivam a tal prática. Em regiões afastadas no Norte e Nordeste do País, há casos em que a própria família, com o fim de receber benefícios financeiros, concedem a permissão para que as suas

próprias filhas, com idades variadas de 10 a 15 anos, sejam exploradas sexualmente em casas noturnas de diversão sexual. Tais jovens são usadas para que possam conceder entretenimento a um público composto por homens, majoritariamente, de baixa renda, como nos casos dos trabalhadores rurais, caminhoneiros e atividades similares.

No cenário brasileiro, devido a sua ampla extensão territorial e as dificuldades de controle de suas fronteiras, acaba tendo um papel relevante no que concerne ao trânsito do tráfico de pessoas. Ele é entendido como uma rede complexa e suas operações funcionam de maneira clandestina.

Corroborando com isso, se faz necessário citar as organizações criminosas, que controlam o tráfico humano, em que suas estruturas são extremamente organizadas, existindo uma clara e organizada divisão de funções dos seus membros.

Partindo desse contexto que se tem a ideia da teoria do domínio do fato, de forma se imprescindível para a compreensão da responsabilização nos casos do crime de tráfico humano.

Tal teoria tem sua origem nos trabalhos de Adolf Lobe e Hegel. Apesar de ter sido introduzida por Wlzel, foi Roxin quem desenvolveu de forma mais profunda e detalhada. Roxin, através dessa teoria, procurou estabelecer a responsabilização da figura central nos eventos típicos. Tal teoria foi de fundamental importância para o desempenho de um papel essencial na extensão da concepção do que se tinha acerca da pessoa do autor.

De acordo com a teoria do domínio do fato, o autor do crime vai além daquele que realiza a ação nuclear do tipo penal, sendo autor também aquele que apesar de não ter praticado nenhum verbo do tipo penal, detém o controle intelectual em relação a ação criminosa. De maneira geral, o autor seria aquele que possui o domínio por completo da ação criminosa, da vontade e no domínio funcional.

Trazendo uma aplicação dessa teoria no contexto do tráfico humano, pode-se chegar a ideia de que o autor não é somente aquele que alicia, mas engloba todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que a atividade criminosa lograsse êxito, seja de forma direta, com participações em atos concretos; seja de maneira indireta, financiando ou de qualquer outra forma beneficiando a prática do crime, seja de forma financeira ou não.

3 TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico humano é entendido como sendo uma transação financeira que é baseada em três eixos essenciais, dando a ideia de um triângulo. No primeiro eixo se tem a oferta de mercadorias, que no caso são as pessoas, no segundo e terceiro eixo encontram-se a demanda por essa mercadoria, e a impunidade dos infratores. (SIQUEIRA; QUINTEIRO, 2014, p. 24).

Do ponto de vista jurídico, a definição do tráfico humano se concentra nas várias finalidades a que se destina, como será analisado a seguir.

3.1 CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS (CÓDIGO PENAL, ART. 149-A)

É no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, mais conhecido como o Protocolo de Palermo, que se tem a definição oficial do Tráfico de Pessoas.

O protocolo de Palermo, instituído com o Decreto 5.017, de 12 de março de 2004, trouxe a definição da conduta do crime de tráfico de pessoas nos seguintes termos:

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 (BRASIL, 2004).

No entanto, não foi sempre que a definição do tráfico de pessoas teve uma abrangência maior. Inicialmente, a conduta estava relacionada apenas ao comércio de escravas brancas cuja finalidade era a exploração sexual.

De certa forma, a ideia que se tinha a respeito de tal conduta girava em torno apenas aos aspectos sexuais. Uma vez que o tráfico humano passou unicamente a ser pauta de discussão com o mercado de comércio de escravas brancas para

variadas localidades do mundo, valendo salientar que grande parte delas eram originárias de nações que tinha uma economia promissora.

Através do Protocolo de Palermo que permitiu ter uma ampliação do conceito, de maneira que pudesse englobar além da exploração sexual, outras formas de tráfico humano, como nos casos do tráfico para fins laborais, tráfico de órgãos, e outros tipos de exploração.

Analisando o contexto brasileiro sob a ótica dos arts. 231 e 231 – A, do Código Penal, se tinha uma convergência entre os dois elementos, tráfico humano e sexualidade, em que era denominado de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, de maneira que, apesar de alterações legislativas em relação ao art. 231 do Código Penal, não houve uma preocupação em desvincular a sexualidade do tráfico humano.

De início, o art. 231 tinha a previsão de tráfico de mulheres. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.106/2005, teve uma alteração no *nomen iuris*, em que ficou definido como tráfico internacional de pessoas, em que consistia “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”.

Dessa forma, o tráfico interno de pessoas passou a ter previsão no art 231-A, no qual “Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”.

Com a Lei n. 12.015 de 2009, o tipo penal presente no art. 231 passou a ser denominado de tráfico de pessoa para fim de exploração sexual, em contrapartida o art. 231-A passou a ser denominado de tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual.

De maneira a preencher a lacuna deixada pelo legislativo, em que se limitou o tráfico humano à exploração sexual, surgiu a Lei n. 13.344 de 2016, responsável por fazer a inserção do art. 149-A, que trouxe uma ampliação nas possibilidades que caracterizam o tráfico de pessoas para além dos aspectos sexuais.

Apesar das garantias legais das vítimas presentes nas legislações internacionais, e no próprio Código Penal, nos arts. 231 e 231-A constatou-se que não seria suficiente para que tivesse o efetivo combate a essa modalidade tráfico, diga-se uma modalidade bastante lucrativa, pois além da exploração sexual, se tem outras finalidades.

Rogério Sanches tem o entendimento de que:

O tráfico de pessoas já estava localizado nos arts. 231 e 231-A, ambos do CP, restrito à finalidade de exploração sexual. Lendo – e relendo – os documentos internacionais assinados pelo Brasil, percebe-se que a proteção era insuficiente, pois o comércio de pessoas tem um espectro bem maior, abrangendo outros tipos de exploração, que não a sexual (CUNHA; PINTO, 2017, p. 11).

Entre todos os meios legais que o Brasil possui de combate ao tráfico humano, pode-se tomar em destaque alguns, como:

1) Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004 - Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças;

1) Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006 - Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas;

2) Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016 - Dispõe sobre Prevenção e Repressão ao Tráfico Interno e Internacional de Pessoas e sobre Medidas de Atenção às Vítimas;

3) Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 - Institui a Lei de Migração;

4) Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 - Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração;

5) Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018 - Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas;

6) Decreto nº 9.796, de 20 de maio de 2019 - Institui o Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

A Portaria 374, de 08 de maio de 2017, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, foi editada com o intuito de conceder às vítimas de tráfico uma maior proteção, em que ficou instituída a concessão de residência de forma permanente às essas vítimas, e conseqüentemente, o registro e expedição da carteira de identidade, sendo o Departamento de Polícia Federal o responsável.

A autora Kempadoo escreve sobre o tráfico de pessoas da seguinte forma: “[a]s ideias sobre o tráfico foram engendradas por ansiedades sobre a migração de

mulheres sozinhas para o exterior, e sobre a captura e escravização de mulheres para prostituição em terras estrangeiras”.

Seguindo a mesma ideia, ela faz uma associação de tal panorama a “[...] visão de uma sociedade moral subjacente ao cristianismo” (KEMPADOO, 2005, p. 57). Por conta disso, ela defende a ideia do advento de duas correntes.

Considerou a corrente feminista ou “radical” como a primeira, em que:

Dá prioridade a relações de gênero, liga o tráfico exclusivamente à prostituição, vista por sua vez como a pior forma de opressão patriarcal e a forma mais intensa de vitimização de mulheres. Sua premissa central é de que a prostituição é “assédio sexual, abuso sexual e violência sexual”, e as mulheres, coletivamente, vítimas de violência masculina. Considera-se assim que a indústria global do sexo força as mulheres à prostituição, as mantém em escravidão sexual e viola seus direitos e integridade corporal. Supõe-se que as mulheres nunca entram livremente em relações sexuais fora do “amor” ou do desejo sexual autônomo. Ao contrário, considera-se que elas são sempre forçadas à prostituição – em suma, traficadas – através do poder e controle que os homens exercem sobre suas vidas e seus corpos. Desse ponto de vista, instituições patriarcais como a família, o casamento e a prostituição são definidas para as mulheres como violência, estupro e abuso, e acredita-se que as mulheres que participam dessas instituições são vítimas enganadas do poder e do privilégio masculino. Acredita-se que a liberação feminina, universalmente, só pode ser obtida através da abolição das instituições que sustentam o patriarcado (KEMPADOO, 2005, p. 58-59).

A segunda corrente ele denominou de transnacional, em que preceitua:

Tráfico como discurso e como prática que emergem das interseções de relações de poder estatais, capitalistas, patriarcais e racializadas com a operação da atuação e desejos das mulheres de darem forma às próprias vidas e estratégias de sobrevivência e vida. O patriarcado é visto como uma das relações de dominação que condicionam as vidas das mulheres, e não a única, nem necessariamente a principal. Considera-se que racismo, imperialismo e desigualdades internacionais também configuram as vidas das mulheres. [...] Nesta perspectiva, ao contrário, elas são concebidas como sujeitos atuantes, auto-determinados e posicionados de maneira diferente, capazes não só de negociar e concordar, mas também de conscientemente opor-se e transformar relações de poder, estejam estas enraizadas nas instituições de escravidão, prostituição, casamento, lar ou mercado de trabalho. A atuação e atividade feminina, dessa perspectiva, podem então apresentar-se de diversas maneiras, às vezes reinscrevendo e às vezes contestando a dominação e controle masculinos sexualizados, dependendo de condições, histórias e contextos culturais específicos. Entende-se, ademais, que essa atuação pode ligar-se às vezes a estratégias de sobrevivência ou de geração de renda, estratégias que envolvem energias e partes do corpo sexualizadas, assim comparáveis a outros tipos de trabalho produtivo e, como tais, definidas como “trabalho sexual”, embora tomando cuidado com a análise das atividades econômicas sexuais, devidamente contextualizada e historicizada. De qualquer maneira, levando em consideração a atuação e o trabalho sexual, o envolvimento em indústria sexual e em trabalho sexual no exterior aparece como possibilidade a que as mulheres se dediquem voluntária ou conscientemente de acordo como

parâmetros culturais, nacionais ou internacionais específicos (KEMPADOO, 2005, p. 61-62).

Dessa maneira, há a compreensão de que a corrente feminista faz uma vinculação do tráfico humano especialmente à prostituição, como forma de um mecanismo que funciona como opressor a cargo do patriarcado em relação as mulheres.

Já quando se trata da corrente transnacional, há uma busca por compreender o tráfico humano com uma visão mais abrangente, englobando outros fatores além da prostituição. Ele leva em conta outros fatores sociais, dentre os quais a desigualdade racial, social e o preconceito de raças, etc.

De forma a não deixar de considerar as correntes feministas e transnacional, se faz necessário saber que grande parte das vítimas do tráfico humano, estão inseridas em grupos socialmente vulneráveis. É com esse cenário que segundo Cleber Masson, a comunidade em âmbito internacional deve preocupar-se com a proteção desses grupos.

É preciso que a comunidade internacional esteja comprometida com a melhoria das condições socioeconômicas dos grupos sociais mais vulneráveis, uma vez que não pode haver enfrentamento ao tráfico de pessoas sem desenvolvimento social (MASSON, 2019, p. 239).

Pode-se concluir que a definição de tráfico humano deve ser interpretada de acordo com o contexto histórico em que ocorre, de forma que, dependendo das normas sociais vigentes, pode ser moldada para a proteção de determinados grupos de interesse do Estado.

A tendência é que essa definição se torne cada vez mais ampla, em conformidade com o crescente movimento de proteção aos direitos humanos, particularmente dos mais vulneráveis socialmente.

3.2 DIREITO PENAL SEXUAL

O Direito Penal, como uma parte do sistema legal, está imprescindivelmente conexo com a ideia de moral. Isso porque, tem a função principal de promoção de manutenção da paz social, implicando em tipificar algumas condutas como crime, naquelas que de certa forma causem um impacto significativo na sociedade, sendo

que, essas condutas devem estar ter uma relação com a noção de moral, que prevalece no senso comum.

A relação que se tem entre direito e moral, a doutrina concebe, uma representação de círculos concêntricos, no qual a moral é representada pelo círculo maior em que está inserido o direito, representado pelo círculo menor. Nessa ideia, o direito é visto como uma projeção da moral, pois estaria dentro dela.

No entanto, Natscheradetz (1985, p. 66), não compreende que o direito e moral estão dentro de um círculo concêntricos. Traz o argumento que ambos são círculos independentes, em seus centros não estão interligados, apesar de que possa haver uma sobreposição de um em detrimento de outro em questões de cunho específico.

A relação entre direito e moral é necessário para que se possa entender como se deu a evolução do direito penal em relação aos crimes sexuais, uma vez que uma parte significativa dos tráfico de pessoas visa o favorecimento de prática futura desses tipos de crimes.

A moral e a sexualidade possuem uma relação constante ao longa histórica, tendo a moral atuado em algum dos casos, como uma forma de frear as expressões sexuais.

Em civilizações antigas, como no caso da Grécia e Roma, a homossexualidade é era tida como algo natural, tendo uma certa aceitação e além de haver um incentivo entre jovens e anciões masculinos, excluindo a figura da mulher de tal relação, limitando-se o seu papel a mera reprodução.

Com a Idade Média, ocorreu uma mudança expressiva na concepção de sexualidade. As condutas ditam sexuais começaram a serem vistas como algo repugnante e até mesmo pecaminosa, podendo estar sujeito a perseguições pela Santa Inquisição.

Essa visão de mundo se deu em razão do período no qual a religião estava no auge do poder e radicalismo, de forma que havia uma promoção a castidade e a devoção incondicional a Deus, sendo consideradas como virtudes supremas.

Ao passar as revoluções liberais, houve uma restauração ao liberalismo sexual no contexto das culturas gregas e romanas. Tal tendência liberal intensificou-se com a dita revolução sexual, tendo alcançado seu ápice após o fim da segunda guerra mundial.

Com o término dos regimes ditatoriais, ficou caracterizado pela mobilização da parcela mais jovem da sociedade a ter um certo tipo de contestação aos valores morais que eram mantidos na época, conhecida como uma sociedade patriarcal. Em razão dessas mobilizações, gerou uma maior flexibilização nas práticas sexuais, e também no consumo de drogas.

Apesar de existir na época uma ideia revolucionária, há aqueles que argumentam que a legislação brasileira demora a ter uma adaptação a algumas mudanças de paradigmas, em razão de uma forte e significativa carga moral em questões relacionadas a gênero, homofobia, prostituição e pornografia (RODRIGUES, 2013, p. 25).

Essa crítica se concentra nos crimes em que envolvem aquelas pessoas maiores e capazes. Pode-se ater com o crime de lenocínio, em que o doutrinado Nelson Hungria (1956, p. 266-267), defini como prestar assistência à libidinagem de outrem ou dela tirar proveito.

Por outro lado, alguns autores mais antigos, incluindo o próprio Hungria, além de Heleno Cláudio Fragoso (1959, p. 511) e Magalhães Noronha (1943, p. 212), condenam o lenocínio, enxergando-o como algo torpe, há outros, como Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 156-157), Guilherme Nucci (2010, p. 143) e Renato de Mello Jorge Silveira (2008, p. 336), que argumentam que a criminalização do lenocínio não é necessária quando envolve vítimas maiores de idade e capazes, questionando a sua relevância nesses casos.

Bittencourt aduz que a legislação penal, nesse quesito, estaria contrária ao que a Constituição Federal prever, por conta que esta garante a proteção da liberdade sexual do cidadão, conforme prever o Art. 5º, X e XLI.

Nos casos em que há pessoa maior e capaz que de forma voluntaria e livre, escolher prestar serviços de cunho sexual com o afincado de satisfazer-se o proxeneta, nada está sendo feito do que o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

Embora a criminalização do lenocínio não seja algo dos dias atuais. Na Roma antiga, este era criminalizado na *lex Julia de adulteris coercendis*, no período do século I a.c., em que eram estabelecidas punições ao marido que aproveitava do adultério da sua esposa para cafetiná-la.

No período da Idade Média, a conduta de rufianismo era punida de forma crucial, e, nos casos mais severos, podia ser aplicada a pena de morte (pena capital),

e em situações menos graves, era aplicado ao rufião a imposição de carregar nas costas, como forma de castigo público, a mulher prostituídas (SIQUEIRA, 2003, p. 491).

No Brasil, a questão do rufianismo foi versada nas Ordenações Filipinas e posteriormente tratada no Código República de 1890, apesar de não ter sido abordada no Código Criminal de 1830.

Nos dias atuais, a regulamentação do rufianismo está prevista no Código Penal de 1940, especificamente em seu artigo 230, e antes da Lei 13.344/2016, estava no mesmo capítulo que lidava do tráfico internacional de pessoas.

As considerações acerca do lenocínio, que pode ser visto como um tipo de rufianismo são de fundamental importância para que se compreenda o tráfico humano.

Na maioria dos casos, o tráfico humano ocorre com a finalidade de haver uma facilitação futura de atos de lenocínio, pois a existência desse crime coloca em evidência o caráter paternalista do sistema penal brasileiro. É importante destacar que apesar das críticas trazidas por Roxin, há a criminalização das condutas baseadas somente por serem consideradas socialmente reprováveis.

Roxin fez uma contribuição bastante significativa para o Direito Penal, em que pese o desmembramento do direito e da moral. No seu ponto de vista, não pode ter uma criminalização da conduta por mero entendimento de imoralidade julgado pela sociedade em questão.

De acordo com essa perspectiva, devem ser consideradas atípicas quando não causarem danos a bens jurídicos de relevância social, como no caso da homossexualidade.

Hart (1987, p. 67) argumenta que, embora a sociedade possa ter uma visão negativa da homossexualidade e ser considerada como imoral, não se justifica a sua criminalização, uma vez que essa orientação sexual não cause danos à sociedade ou à decência pública.

A ideia de Hart é baseada na noção de que a criminalização deve ser reservada para ações que, ao serem cometidas publicamente de forma indecente causem um certo prejuízo real à ordem pública.

Nesse contexto, Roxin, como citado na obra de Nilo Batista, colabora com essa visão, dando ênfase a importância de distinguir entre a moralidade pessoal e as ações que realmente afetam a sociedade de maneira prejudicial.

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não seja simplesmente pecaminoso e imoral. A conduta puramente interna, seja pecaminosa, imoral, escandalosa, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, 2005, p. 91).

A proibição de punir condutas única e simplesmente por serem ditas como sendo imorais, como é o caso não apenas da homossexualidade, mas também da prostituição, encontra guarita no Princípio da Ofensividade. Tal princípio é explicado por Alice Bianchini, Antonio Molina e Luiza Flávio Gomes da seguinte maneira:

Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime) (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 125).

De acordo com esse princípio, o Direito Penal proíbe pamente a criminalização daquelas condutas que não ocasionem danos a bens jurídicos protegidos pela legislação penal.

O Direito Penal tem o papel de, essencialmente, manter a paz social e punir, simplesmente, aquelas condutas que causem efeitos negativos, de modo significativo, sobre bens jurídicos de interesse da sociedade.

Aquelas condutas que possam ser consideradas imorais ou que estejam além dos padrões sociais, não devem ser criminalizadas unicamente por essas características, uma vez que não causem desordem social ou prejuízos significativos a terceiros. A criminalização de condutas com base apenas em valores subjetivos representa, em último caso, uma violação sem medida da dignidade humana.

A criminalização de atos correlacionados à prostituição, mesmo quando os envolvidos sejam adultos maiores e capazes, é, na maioria dos casos, alicerçada na visão pejorativa que a própria sociedade tem da prostituição.

Apesar da prostituição por si só não ser considerada um crime, as pessoas que a praticam, geralmente enfrentam estigmatização social significativa e são frequentemente excluídas pela legislação do país, sem que tenha nenhum tipo de amparo legal.

A sociedade muitas vezes denigre a prostituição devido ao fato de ser uma atividade que costuma ser praticada por pessoas de famílias desestruturadas, e que não receberam apoio paterno desde tenra idade.

Muitas das pessoas envolvidas na prostituição cresceram sem a presença de pais ou foram rejeitadas por eles. Quando foram acolhidas, em grande parte das vezes foram sujeitadas a exploração sexual, seja através de terceiros, em que eram envolvidas em prostituição por intermédio de cafetinagem, e até mesmo por seus próprios familiares.

A prostituição é tratada em alguns países como sendo uma profissão, inclusive regulamentada. Pode-se citar os casos como a Holanda e Alemanha, que houve uma regulamentação dessa atividade nos 2000 e 2003, respectivamente. Em outros casos, como ocorre nos Estados Unidos, há uma proibição dessa prática, excluindo-se desse meio o Estado de Nevada.

Tendo como base a doutrina espanhola, há uma definição de elementos necessários para que possa haver uma caracterização, sendo eles: “i) a entrega sexual, ii) o preço como retribuição pelo serviço sexual prestado; iii) promiscuidade (entrega sexual a uma pluralidade de pessoas) e iv) a habitualidade na prática dos atos sexuais com parceiros diversos” (REIG, 2010, p. 382).

No contexto brasileiro, foram apresentados dois projetos de lei que trata da regulamentação da prostituição. O primeiro (PL 98/2003), de autoria de Fernando Gabeira, estabelecia o direito de elas serem remuneradas por seu ofício. O segundo, de autoria de Jean Wyllys (PL 4.211/2012) visava à sua regulamentação.

Não obstante, em que pese o Brasil ser refratário no que concerne a ideia de compatibilização entre o direito penal e a moral sexual, destaca-se que teve um avanço relevante com o advento da Lei n. 12.015/09, que deixou de categorizar os crimes sexuais como sendo crimes contra os costumes e passou a classificar como crimes contra a dignidade sexual.

Dessa forma, o bem jurídico tutelado saiu da esfera da moral pública e passou a ser associado tão somente à pessoa da vítima. Apesar de os crimes sexuais, especialmente quando envolvem crianças e adolescentes, terem um impacto que afeta toda a sociedade, é de fundamental importância assegurar o direito à intimidade da vítima.

A finalidade é evitar que um fato tão doloroso em sua vida pessoal seja divulgado de forma que possa vir a desfavorecer a sua reputação, em especial numa

sociedade como a brasileira, em que pese ainda tem no seu seio tendências machistas. Em resumo, a finalidade central dessa lei era de impedir a exposição pública e escandalosa dos casos, ou seja, o chamado *strepitus judicii*.

Atualmente, se tem duas abordagens diferentes em relação à prostituição. A primeira, com aspecto feminista, traz a ideia de que a prostituição constitui uma maneira de exploração com base no gênero. A segunda abordagem a vê como uma forma de trabalho como qualquer outra.

Ambos os aspectos são defendidos por dois grupos internacionais que tiveram influência na elaboração do Protocolo de Palermo: o Coalition Against Trafficking in Women (CATW), que segue a perspectiva feminista, e o Global Alliance Against Trafficking in Women (GAATW), que apoia a segunda abordagem (HART, 343-344).

Independentemente das discordâncias na questão da prostituição, é inegável que a prostituição continua a ser um problema social que precisa de uma abordagem mais cuidadosa por parte do legislador brasileiro.

A prática de forma irregular da prostituição contribui para a proliferação do tráfico humano e faz com se tenha uma facilidade na atuação dos traficantes. Isso porque as vítimas, cuja subsistência não é regulamentada, acabam se tornando mais vulneráveis a serem exploradas.

3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Apesar do embate sobre o tráfico humano ser algo relativamente dos dias atuais, sua prática norteia desde os períodos entendidos da antiguidade, com a Grécia e a Roma.

Para Bonjovani, ao escrever acerca da gênese do tráfico humano, o autor aduz que as suas origens se encontravam nos tempos em que os povos, depois de não lograrem êxito em suas batalhas, eram normalmente sujeitados aos povos vencedores, tendo que submeterem às ordens, em que entre as varias formas estava a dos povos perdedores de servirem como escravos e até mesmo prisioneiro.

Entre os séculos XIV e XVII, em algumas cidades da região italiana, começou a surgir ideais voltadas a comercialização de seres humanos, cuja finalidade estava orientada para a obtenção de recursos financeiros.

Dessa forma, é fato que o início do tráfico de pessoas, como entende atualmente, compatibiliza com as épocas das ditas grandes navegações, em que a

ideologia da prática exploratória era movimentada basicamente pelos desejos de cunho imperialistas das Coroas Europeias.

Em um de seus artigos, denominado “A nova concepção do trabalho escravo e a atuação da legislação para evitá-lo”, Patrícia Dantas Rocha volta a sua atenção para os tipos de escravidão que estava presente no período da Roma antiga, em que se dividiam dessa forma: escravidão por dívida, escravidão por sentença judicial e aquele por intermédio da venda dos donos (DANTAS, 2010, p. 31).

Isso se deu em razão de que nessa época, ao se torna escravo, as pessoas não detinham mais a noção de humanidade, começando a serem tratado como coisas.

Obviamente, o movimento de coisificar o ser humano se consolidou ao longo dos séculos, no entanto, naquele período tinha a noção de que essa ideia era algo natural, na qual contribuiu para que pudesse ter uma autorização do tráfico humano sem que houvesse contestações.

Como outrora citado, o tráfico humano é equiparado a uma forma atual de escravidão, em que pese tal comparação tenha uma essência histórica, não condiz com a realidade fática.

Tal percepção se dá em razão de, se por uma vertente o tráfico humano hoje em dia é disparadamente considerado como uma prática ilegal e que atenta contra a dignidade humana, a escravidão, por outra forma, foi considerada na época do seu apogeu uma prática legal.

O comércio de escravos tinha como sua primeira finalidade, que essas pessoas pudessem desempenhar inúmeras funções nas colônias, em que englobavam trabalhos domésticos, agrícolas e pecuários, etc.

No entanto, não se fez necessário muito tempo para que as escravas fossem exploradas sexualmente. Isso começou com casos de estupro cometidos pelos senhores contra suas escravas. Porém, naquela época, esses casos não eram tipificados como estupro, uma vez que o crime de estupro só poderia ser aplicado a mulheres livres.

Um exemplo disso é o caso da escrava Hinorata, que foi destacado por Janaína Paschoal em uma de suas obras (2004, p. 71-72). Ela foi estuprada por seu senhor quando ainda tinha doze anos de idade, e esse fato, mesmo com provas comprobatórias de tal crime, ficou impune.

O juiz de primeira instância acusou o agressor, mas a Relação de Pernambuco, com um voto do Desembargador Freitas Henriques, anulou o processo

desde o início, seja por questões de formalidades, como a falta de representação do senhor de uma das testemunhas escravas, seja por interpretações distorcidas da legislação, uma vez que se tinha a ideia de que o estupro só poderia ser cometido contra mulheres livres.

Dessa forma, o crime era considerado atípico quando se tratava da vítima uma mulher escrava. A exploração de escravas negras teve uma continuidade no Brasil até a ano de 1888, com a abolição da escravatura, através da Lei Áurea.

O Brasil foi o último país americano a abolir a escravidão fazendo-o depois de Cuba, no ano de 1886, Estados Unidos, em 1863, Peru e Venezuela, em 1854, Argentina, em 1853, Colômbia e Equador, em 1851, Paraguai, em 1842, México, em 1829, Bolívia, em 1826, e Chile, em 1823.

Quando houve a abolição da escravidão, o mercado de comércio de escravas negras não era considerado como tão lucrativo como antes, pois passou a deixar de ser uma simples prática mercantil, e se tornou uma conduta ilegal. Diante disso, a escravidão tomou outro rumo, tendo o seu objetivo voltado para as mulheres brancas.

Essa atividade, no entanto, não era algo novo no século XIX, pois ocorria em conluio com a prática, anteriormente legalizada, de comércio sexual de escravas negras.

Vale ressaltar que, com a abolição da escravidão e o clima de instabilidade política que assolava vários países do mundo, indicando o início de uma possível guerra mundial, se deu a necessidade de uma expansão dos mercados.

Por com disso, países europeus passaram a desempenhar um forte papel no tráfico de mulheres com o intuito de serem exploradas sexualmente, tanto como destinos quanto como fornecedores.

As cidades como Buenos Aires e Rio de Janeiro, por exemplo, surgiram como as principais capitais envolvidas no tráfico de mulheres na América do Sul, tendo sido constituída como portas de entrada para outras cidades do continente que recebiam vítimas do tráfico advindas de países europeus.

Na década de 1970, em Buenos Aires, houve a regulamentação da prática da prostituição, em que diferentemente do Brasil, foi adotado um sentido de política de tolerância em relação a prostituição.

Vale destacar que foi nesse período que o tráfico de mulheres acontecia com a transferência de estrangeiras para o território nacional, sendo em alguns casos de

forma voluntária. Isso se deu pela busca de melhores oportunidades, uma vez que essas mulheres enfrentavam dificuldades econômicas em seu país de origem.

Após a chegada dessas emigrantes em terras brasileiras, elas passaram a enfrentar algumas dificuldades relevantes para os seus convívios no país, pois, além de não conhecerem o idioma, lhes faltavam perspectiva social, fazendo com que fossem vítimas potenciais dos aliciadores, que as enganavam com uma falsa ideia de emprego, ocasionando uma dependência financeira dessas para com estes.

Assim, contraíam dívidas que eram pagas através da exploração sexual, passando, desta forma, a ideia de uma escravidão por dívida. Guido Fonseca (1982, p. 143, 145-149), em seu estudo demográfico do início do século XX, concluiu que a presença desenfreada de estrangeiras no Brasil, especialmente de países como Rússia, França e Polônia, apenas poderia ser explicada pelo tráfico, uma vez que essas migrações não eram algo comum nesses países.

Com o crescente fluxo migratório relacionado as mulheres com o intuito de prostituição e o considerável aumento de tráfico internacional dessas mulheres, a comunidade internacional começou a tomar medidas que pudessem frear tal situação.

No final do século XIX, em 1885, o tema foi discutido no Congresso Penitenciário de Paris. Já em 1889, ocorreu um Congresso Internacional sobre Tráfico de Escravas Brancas em Londres.

A Conferência de Paris, com a participação do Brasil, ocorreu em 1902. No ano de 1904, o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas foi assinado em Paris, elaborado pela Liga das Nações e promulgado no Brasil pelo Decreto 5.591, de 1905.

Em 1910, a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Escravas Brancas foi assinada e promulgada no Brasil pelos Decretos 4.756, de 1923, e 16.572, de 1924. Após o início da Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças foi assinada em 1921 e promulgada no Brasil pelo Decreto 23.812, de 1934.

Em 1933, a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores foi estabelecida com o apoio da Liga das Nações e promulgada no Brasil pelo Decreto 2.954, de 1938.

Sob o amparo da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1950, a Convenção para a Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio foi assinada e promulgada no Brasil com o Decreto 46.981, de 1959.

Tal convenção foi considerada a primeira a reconhecer que qualquer pessoa, independentemente do gênero, poderia ser vítima de tráfico humano, apesar das mulheres serem as maiores vítimas em grande parte dos casos.

Em 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Tráfico de Pessoas, foi aprovado e teve sua promulgação no Brasil pelo Decreto 5.017, de 2004.

Além disso, existem outros acordos internacionais, como no caso da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing, 1995, a Convenção Internacional sobre o Tráfico Internacional de Menores de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.

Tomando como ponto de análise os documentos citados, se revela uma progressiva evolução dos instrumentos de combate ao tráfico humano, especialmente na extensão do objeto de proteção ao longo do tempo. De início, o foco era destinado às "escravas brancas", após, houve uma ampliação para "mulheres", em seguida, abarcou-se/abrangeu as "mulheres e crianças", posteriormente, existiu a generalização para a palavra "pessoas" chegando, por fim, ao termo "seres humanos".

É importante observar que o arcabouço jurídico de combate ao tráfico humano teve origens em preceitos racistas, em que de início mostrou preocupação apenas quando mulheres brancas, em especial as europeias, estiveram envolvidas no tráfico.

No entanto, com o Protocolo de Palermo e a Lei n. 13.344/2016, no âmbito nacional, a abordagem acerca do tráfico humano passou a se tornar mais inclusiva e abrangente, visando a proteção de todas as pessoas contra o tráfico humano, deixando de direcionar sua proteção a grupos específicos.

O Protocolo de Palermo, em que foi internalizado no Brasil com o Decreto 5017 de 2004, ficou estabelecido que a repressão ao tráfico humano na perspectiva de proteção à vítima passou a ser pauta de preocupação mundial. Em seu art. 2º, b, que consagra os objetivos, traz a ideia de maior proteção das vítimas, com ênfase aos direitos humanos.

A ampliação da noção do tráfico humano foi uma significativa contribuição do Protocolo de Palermo para proteção das vítimas. Antes de sua constituição, o tráfico era especificamente voltado para a prostituição, no momento atual, a entende-se por tráfico humano toda e qualquer tipo exploração, seja de cunho sexual, laboral, e até mesmo remoção de órgãos.

Lená Medeiros de Menezes (1997, p. 171-178), destaca que algumas características foram sendo mantidas na prática do tráfico, enfatizando o caráter transnacional, o perfil vulnerável das vítimas, engodo durante o aliciamento, situação de escravidão por dívida no local de destino, entre outros.

No contexto da sociedade globalizada do século XXI, o tráfico humano, conjuntamente com outras formas de tráfico, como no caso de armas e drogas, fez com que se torna um comércio, em que vítimas são tratadas como meras mercadorias.

Os traficantes objetivam explorar aquelas pessoas de origem de países mais vulneráveis, no qual as leis são menos rigorosas, visando vendê-las em países mais poderosos.

Além disso, o tráfico humano é um mercado muito lucrativo, até mesmo em comparação com o tráfico de drogas. Isso porque, as pessoas sendo consideradas como “mercadorias” lícitas, não estão sujeitas a um controle rigoroso como acontece com as drogas ilícitas. Pois, a coação imposta às vítimas contribui para seja facilitado os negócios desse mercado criminoso.

4 O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL

No âmbito do contexto internacional, a busca pelo combate ao tráfico humano está intrinsecamente relacionada ao Protocolo de Palermo e seguidamente se aproxima da migração ilegal, uma vez que ambas as práticas geralmente acontecem no mesmo contexto.

A busca por melhores condições de vida em outros países é características das mulheres que são vítimas do tráfico humano. Assim, quando não conseguem serem traficadas, optam pela migração ilegal como forma de ingressar em outras nações, mesmo se tratando de países em que há uma forte e rigorosa política de acesso em suas fronteiras. Dessa forma, vale salientar que, em ambas as práticas as mulheres buscam por uma ascensão social.

4.1 DISTINÇÕES ENTRE TRÁFICO DE MIGRANTES ILEGAIS E TRÁFICO HUMANO

Apesar de se ter ambas as práticas, tráfico humano e migração ilegal, compartilharem de fatores iguais, é necessário que compreenda a distinção entre elas, de forma que é crucial para que possa entender seus pontos de igualdade.

Ambos os atos estão disciplinados em protocolos internacionais diferentes, apesar de que o Protocolo de Palermo, em seu Art. 37, item 1, concedeu a permissão para que houvesse a complementação por um ou mais protocolos específicos.

Como citado, ambas as práticas estão previstas em protocolos internacionais distintos. Assim, o tráfico humano é especificamente abordado pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, promulgado pelo Decreto n. 5.017 de 2004, o tráfico de migrantes ilegais é tratado pelo 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, promulgado pelo Decreto 5.016 de 2004.

A definição de tráfico de migrante ilegais tem previsão no art. 3º do protocolo que versa sobre tal conduta. Traz a definição sucinta de “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”.

O tráfico de pessoas, como definido no artigo 3º do Decreto n. 5.017 de 2004, como já foi mencionado anteriormente, engloba anseios exploratórios, que podem englobar tanto exploração sexual, quanto exploração laboral, serviços forçados, situações de escravidão ou práticas semelhantes, servidão ou até mesmo, como acontecem em alguns casos, o tráfico de órgãos.

Além disso, no contexto dessa conduta, as vítimas são identificáveis, em que pese, muitas vezes são postas a essa prática contra sua própria vontade ou, quando há o consentimento, sob o domínio de coação ou manipulação.

Quando se trata do tráfico de migrantes ilegais, não é viável versar sobre os migrantes como sendo vítimas em si, apesar de que possam serem prejudicados com tal ato, se tem a ideia de que a vítima principal desse modelo de tráfico, é o próprio Estado, em que não poderá ter o controle alfandegário sobre esses deslocamentos internacionais realizados de maneira irregular.

A referida situação pode gerar a facilitação de outros tipos de crimes, como no caso do contrabando, tráfico de drogas, animais e afins.

Dessa forma, as diferenças principais entre o tráfico humano e o tráfico de migrantes ilegais, se concebe, principalmente, em relação ao seu objetivo, vitimização e consentimento.

No entanto, para Thaís de Camargo Rodrigues, mesmo tendo esses três elementos que podem distinguir cada prática, no contexto prático se torna impossível haver o reconhecimento por si só:

Cabe ressaltar que na prática é muito comum essa confusão entre o tráfico para o fim de exploração e o migrante ilegal. Num posto de fronteira, por exemplo, não há como distinguir os dois casos sem a devida investigação. Assim, a vítima do tráfico é vitimizada novamente, podendo ser presa e deportada como simples migrante ilegal (RODRIGUES, 2013, p. 73).

Além daquelas que foram postas anteriormente, há outra valiosa distinção entre os dois fenômenos, se diz respeito a forma de pagamento de cada um. Em que, enquanto no Tráfico de migrantes o pagamento é tratado e acordado de forma prévia entre a pessoa trafica e o traficante, sendo pago de forma antecipada ao início do percurso.

Já quando se trata do tráfico humano, esse pagamento apenas ocorre quando a vítima ingressa no seu país de destino, onde, em que pese costumeiramente, elas são enganadas pelos traficantes, tendo noção da sua situação apenas quando chega no exterior.

Nesse momento, ela se vê obrigada a se submeter à vontade do traficante, assumindo uma dívida significativa, muitas vezes criada pelo próprio traficante, que terá que ser paga a longo prazo através das atividades exploratórias inicialmente orquestradas pelo traficante durante o planejamento do crime.

O destino, mencionado pela autora antes, é o terceiro elemento de distinção entre os dois fenômenos. O tráfico de pessoas pode ter como destino as regiões de um único próprio país, ou o exterior. Já nos casos do tráfico de migrantes ilegais, geralmente acontece o deslocamento em âmbito internacional.

Tal situação ocorre em função do tráfico de migrantes ser caracterizado como uma infração de cunho transnacional, cujo o objetivo primordial do migrante é o ingresso em outro país, com a finalidade lícita ou não.

4.2 ASPECTOS GERAIS DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TRÁFICO HUMANO

Ao longo da história, o tráfico humano tem sido uma realidade que acompanhou fielmente o desenvolvimento das sociedades.

Desde aqueles primeiros registros do mercado de comércio humano, entrando no período da escravidão, passando pela época do comércio das mulheres europeias no século XX, e chegando até os momentos atuais, em que engloba todo e qualquer ser humano, sendo mulheres, homens, e até crianças, cuja suas origens retratam países sem uma expectativa social adequada, sendo direcionadas as nações mais desenvolvidas.

Com o avançar do processo de desenvolvimento da humanidade, se tem uma preocupação, em âmbito internacional, com as legislações aplicáveis esse fenômeno, em que mostra mudanças significativas no que concerne a adaptação de tais ordenamentos.

Como já citado em capítulos anteriores, dois documentos são destaques no enfretamento ao combate do tráfico humano, sendo eles: a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, em que foi introduzida no

ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 46.981/1959 e 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 de Mulheres e Crianças, inserida pelo Decreto n. 5.017/2004.

No entanto, o Protocolo de Palermo, é o documento que se mostra com uma maior eficácia no combate ao tráfico humano. Tal protocolo foi pioneiro no tocante a uma conceituação exata do que seria o tráfico humano, apesar de que uma resolução da Assembleia Geral da ONU de 1994, já tivesse conceituado esse tipo de crime. Essa definição inicial afirmava que o tráfico humano envolvia:

O movimento ilícito ou clandestino de pessoas através das fronteiras nacionais e internacionais, principalmente de países em desenvolvimento e de alguns países com economia em transição, com o fim de forçar mulheres e crianças a situações de opressão e exploração sexual ou econômica, em benefício de proxenetas, traficantes e organizações criminosas, assim como outras atividades ilícitas relacionada com o tráfico de mulheres, por exemplo, o trabalho doméstico forçado, os casamentos falsos, os empregos clandestinos e as ações fraudulentas.

Em seguida, tem o surgimento da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promovida pela ONU em 2000, aprovada pelo Brasil, como antes dito, pelo Decreto n. 5.017, no ano de 2004.

Ebe Campinha evidencia que essa convenção foi tida como o primeiro recurso em âmbito internacional que combatesse o crime organizado transnacional, em que seus principais objetivos, conforme o art. 1º é promover a cooperação entre países para prevenir e combater o crime organizado de maneira mais eficaz.

Há de se destacar a multifuncionalidade dessa convenção, pois ao longo dos seus artigos, percebe-se a diversidade de termos inseridos, como a criminalização da lavagem de dinheiro e de corrupção; a cooperação internacional para a confiscação; a extradição de criminosos; o intercâmbio de informações, de assistência legal e de técnicas de investigação; a assistência e proteção de testemunhas e vítimas, além da prevenção de crimes.

Essa convenção inclui três protocolos adicionais, em que cada um está direcionado para o combate de uma área específica do crime organizado, incluindo o já citado Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que se refere à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente de Mulheres e Crianças, que é conhecido como

Protocolo de Palermo. Tal protocolo destinava em especial a erradicação do tráfico de pessoas.

Embora o Protocolo de Palermo tenha trazido avanços importantes no combate ao tráfico humano, em especial a conceder uma ampliação do seu conceito para além do aspecto sexual, alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus, criticam seu conteúdo, principalmente no que diz respeito à assistência às vítimas.

Os dois instrumentos contêm numerosas provisões para proteger e assistir as pessoas traficadas que consentem em ser testemunhas nos processos movidos contra os traficantes, mas não fazem quase nada para proteger os direitos das pessoas traficadas que não consentem em ser tornar testemunhas. As provisões propriamente policiais presentes no Protocolo possuem caráter mandatário, enquanto as provisões relativas à proteção e assistência da vítima são discricionárias. Os governos que assinarem o Protocolo “devem considerar as medidas” ou “tentar” providenciar proteção e assistência “em casos apropriados”. É lastima que essa provisões sejam tímidas dessa maneira, mas os países foram quase unânimes na oposição que expressaram contra medidas mandatárias (JESUS, 2003, p. 403).

A ausência de um instrumento para apresentação de denúncias direcionadas à violação dos termos do Protocolo de Palermo por um dos Estados-parte é uma crítica comum, em que se torna difícil o monitoramento eficaz das medidas estabelecidas. Isso é visto como uma falha expressiva, uma vez considerando que a Convenção possui um objetivo predominantemente repressivo, como salientado por Guilherme Mansur.

Convenção da Organização das Nações Unidas que trata da repressão ao crime organizado transnacional e não a uma Convenção de direitos humanos. Esse aspecto tem consequências diretas na perspectiva adotada para a construção do conceito de tráfico, o qual possui um viés mais repressivo e não de proteção e de efetivação dos direitos humanos das pessoas envolvidas (MANSUR, 2010, p. 155-170).

A Convenção de São José da Costa Rica, convenção americana de Direitos Humanos, é considerada como um documento internacional, em que pese não ter uma finalidade específica no combate ao tráfico humano, possui um papel de suma relevância para que possa coibir tal fenômeno.

5 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A menção à teoria do domínio do fato é motivada devido à forma como o tráfico humano geralmente é conduzido por organizações criminosas demasiadamente coordenadas, com uma distribuição clara de funções entre os membros que a compõem.

Alguns doutrinadores, como no caso de Luiz Greco, enfatizam que o enfoque legal deve se concentrar na figura do autor (GRECO, 2012, p. 46).

Portanto, é crucial realizar um estudo sobre as origens e a estruturação dessa teoria do domínio do fato.

5.1 ORIGENS

A origem do termo “domínio do fato” foi usada em sua primeira vez no ano de 1915, pelo então jurista alemão Helger, na sua obra *Die Merkmale des Verbreches*, em que era feito apenas a associação aos fundamentos da culpabilidade. No entanto, foi no ano de 1939 que, através de Welzel, começou a teoria do domínio do fato se concentrar na figura do autor.

Todavia, com a obra *Täterschaft und tatherrschaft*, do ano de 1963, de autoria de Claus Roxin, foi que começou a ter um desenvolvimento dessa teoria de maneira mais sólida.

De fato, Roxin é considerado como sendo o doutrinador responsável por desempenhar um papel de suma importância na formulação dos conceitos que são concebidos atualmente acerca da teoria do domínio do fato. Uma vez que Welzel ao trazer à tona essa teoria, concebeu apenas uma natureza subjetiva.

Tal ideia proposta realizada Welzel tinha um viés finalista, em que considerava como o senhor do fato “aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato” (WELZEL *apud* GRECO, 2013, p. 424).

No entanto, Claus Roxin buscou incorporar aspectos tanto objetivos, quanto subjetivos à teoria do domínio do fato, de forma a refinar e tornar mais abrangente.

Nesse sentido, Lênio Streck, considera a importância de Claus Roxin para o desenvolvimento da Teoria, de forma que há o reconhecimento da teoria do domínio

do fato ter um elevado grau de complexidade, em suas palavras, não podendo, “ser aplicada no varejo (ou no atacado)” (STRECK, 2015, p. 103).

Com a mesma lógica de pensamento, Afllen dicorre que:

Roxin ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de domínio final do fato. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”. Por outro lado, Roxin considera que também a “unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata” e a “sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em 14 suas expressões individuais” não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato (AFLEN, 2014, p. 105).

No contexto brasileiro, a teoria do domínio do fato, foi mencionada no julgamento da Ação Penal 470, conhecida como caso do mensalão, pelo então Min. Joaquim Barbosa. Essa teoria teve uma relevância crucial na elucidação da complexa rede criminosa que tinha envolvimento em casos de corrupção.

Apesar de autores como Leite (2014, p. 59) trazer em destaque que essa teoria não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese que no Art. 29, caput, mencionar a expressão “na medida de sua culpabilidade”, não tem o uso corriqueiro entre os tribunais brasileiros.

A teoria do domínio do fato acaba sendo essencial na busca pela identificação do autor de um determinado crime, além da ação propriamente dita. Isso se dá em razão que, quando se trata de uma organização criminosa com uma certa complexidade, o autor pode ser considerado aquele em que não tem uma parcela significativa de ações na execução dos atos, podendo ser aquele que menos executa a prática delitiva.

Nesses casos, são entendidos como sendo o “homem de trás”. A teoria do domínio do fato tem como finalidade atingir não somente aquele autor intelectual do delito, mas também engloba aqueles que contribuíram para que a ação delitiva ocorresse.

De início, vale destacar que a Teoria do Domínio do Fato se associa a imagem do autor, vinculando-se ao *animus actoris*, sendo isso, a vontade do agente em fazer parte de uma determinada organização criminosa. Tal termo está empregado em seu sentido genérico.

No Código Penal Brasileiro, essa teoria se mostrou um tanto quanto insuficiente, uma vez que não se tem a diferenciação, expressa, do autor e partícipe, ficando sob a ótica da doutrina em fazer essa diferenciação.

Por conta disso, se tornou mais delicado o entendimento da atividade hermenêutica, fazendo com que surgissem inúmeras teorias para tal. Assim sendo, discorre Rogério Greco que não há nada pacífico em relação a essa teoria, “na verdade, pelo número de teorias que surgiram ao longo do tempo, percebe-se que o tema nada tem de pacífico” (GRECO, 2013, p. 501).

Dessa forma, destaca-se levando em consideração o conceito de autor, as seguintes teorias.

A Teoria Subjetiva/ Unitária, não há em sua configuração a separação de autor e partícipe, ficando limitada a arrolar o autor como aquele que contribui de algum modo para consecução do delito.

A segunda teoria é a extensiva, apesar de estabelecer graus de autoria e promover causas de diminuição levando em consideração a relevância do ato praticado, não se tem também a distinção entre autor e partícipe.

Tratando da terceira teoria, compreendida como objetiva/ dualista, ela se configura na diferenciação entre o autor e partícipe, que são subdivididos em subteorias:

1) Teoria objetivo-formal, na qual o autor é considerado aquele que realiza a ação nuclear do tipo penal, enquanto o partícipe é considerado aquele que auxilia de maneira diversa para o crime;

2) Teoria objetivo-material, considera o autor aquele que pratica a conduta de forma mais significativa em busca do resultado, enquanto por outro lado o partícipe acaba sendo caracterizado como sendo aquele que as suas ações tem um menor grau de relevância para a consecução do crime.

A teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a Objetivo-Formal, em que o autor é considerado aquele que pratica o verbo nuclear do tipo penal.

Por derradeiro, veio a Teoria do Domínio do Fato, caracterizado pela sua maior amplitude no entendimento de autor. Para Rogério Sanches Cunha, essa teoria veio “para diferenciar com clareza o autor do partícipe, conciliando as teorias objetiva e subjetiva” (CUNHA, 2017, p. 399).

Percebe-se então que uma parte é favorável para a sua aplicação, enquanto outra parte tem uma certa repulsão.

Com o julgamento da Ação Penal 470, ficou constatado tal controvérsia. O Ministro Celso de Mello defendeu a aplicação da Teoria do Domínio do Fato, além disso, sustentou que a mesma pode coabitar com as demais outras teorias. Em suas palavras:

Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato. Na realidade, uma teoria não exclui a outra, pois o reconhecimento de uma ou de outra apenas poderá influenciar no “quantum” a ser definido na operação de dosimetria penal, nos termos do art. 29 do CP. 44 Esse entendimento, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, em face da legislação nacional, da teoria do domínio do fato – cuja aplicação deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade –, reflete-se no magistério jurisprudencial firmado, há décadas, pelo Poder Judiciário brasileiro (JTACrSP, LEX 92/49 – RJTJSP 37/288 – RT 514/302 – RT 375/340) (MELLO, 2014, p. 568).

Discordando de tal entendimento apresentado pelo o Ministro Celso de Mello, o Ministro Ricardo Lewandowski, não teve o mesmo ponto de vista de chegar a um consentimento da incidência da teoria no caso específico, chegando a argumenta que:

Cumprimentando-o pelo aprofundado estudo que Vossa Excelência fez, e sempre fez, mas, na minha modesta intervenção que fiz, eu evidentemente - e certamente Vossa Excelência não me atribuiu isso – eu não disse que a Teoria do Domínio do Fato se aplicaria apenas em momentos de anormalidade institucional. O que eu disse é que ela se aplica a situações excepcionais. [...] O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse o Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelência fará dele com suas honradas mãos, mas estou preocupado com o guarda da esquina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada? Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos (LEWANDOWSKI, 2014, p. 568).

Dessa forma, entende-se que os entraves que se tem para que possa ser aplicado a teoria do domínio do fato em casos práticos, devido a sua complexidade de entendimento.

De forma resumida, a teoria do domínio do fato estabelece que autor pode ser aquele: 1) quem executa o núcleo do tipo por sua própria vontade (autor propriamente dito); 2) quem planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (autor intelectual); 3) ou quem se vale de um não culpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa com o fito de executar o tipo, usando tal pessoa como instrumento (autor mediato).

Para Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito quando citam Roxin, discorrem que:

Somente poderá ser autor de um delito de domínio (Tarherrschaftsdelikte) aquele que se possa afirmar que é a figura central da conduta criminosa, quem decide se e como será realizada. Assim, o domínio do fato pressupõe um conceito aberto, que não se estrutura em torno a uma imperfeita definição ou fórmula abstrata, mas sim de uma descrição (*Beschreibung*) que se ajusta aos vários casos concretos. Este conceito aberto complementa-se com uma série de princípios orientadores. Autor de um delito é aquele que pode decidir sobre aspectos essenciais da execução desse delito, o que dirige o processo que desemboca no resultado. Adota-se um critério material que permite explicar mais satisfatoriamente as diversas hipóteses de autoria e participação. Nos delitos de domínio, o tipo descreve a ação proibida da forma mais precisa possível (o domínio do fato sempre se refere ao tipo). Trata-se de um domínio considerado em sentido normativo (com relação à imputação objetiva) e não de uma perspectiva naturalística (como mero domínio de um processo causal) (OLIVÉ; PAZ; OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 538-539).

Tomando como exemplo o entendimento de Gimbernat Ordeig (2012, p. 106), a teoria do domínio do fato é compatível apenas com aqueles crimes considerados dolosos. Pois, entende-se que os crimes caracterizados como culposos, mesmo que resultem uma determinada lesão, não tiverem a intenção de provocar o resultado pelo o agente.

Bittencourt (2012, p. 382), traz distinções acerca de autor citados pelas doutrinas alemãs. Dessa forma, o autor compreende que, nos crimes configurados como dolosos, o conceito de autor fica mais restritivo, que se basearia nessa teoria, diferentemente dos crimes culposos, em que usaria a teoria unitário do autor, que não a distinção de autor e partícipe.

5.2 APLICABILIDADE AO TRÁFICO HUMANO

Conforme antes mencionado, o crime de tráfico humano esteve presente ao longo de todo período de avanços das sociedades, apesar de se mostrar de diferentes

formas ao longo do tempo, sendo através das escravidões, exploração sexual, servidão, tráfico de órgão e etc.

Entrando, no período do século XX, com a disparada da globalização, a prática de tráfico humano ganhou novas configurações, que acabou se tornando uma prática mais sofisticada e organizada, dificultando o seu combate.

De forma resumida, a manutenção desse tipo de crime, tanto em âmbito internacional como nacional, se dá demasiadamente por tal prática ser organizada ao ponto de as organizações criminosas serem consideradas complexas, em que cada pessoa que integra essa célula criminosa, tem um papel fundamental para o resultado delituoso.

Com esse enfoque, toma a visibilidade a teoria do domínio do fato, por trazer em questão as configurações que possibilitam abarcar as esferas de atuação do autor.

Dessa teoria pode-se chegar a concluir que o autor desempenha variadas funções, sendo: 1) o domínio da ação, ao efetuar o verbo nuclear; 2) o domínio da vontade, em que atua com coação moral irresistível, estimulando terceiros em erro ou mediante supra determinação de vontade, ou estruturando um aparato organizado de poder; e, por fim, 3) o domínio funcional, no qual se pode considerar o autor aquele com o poder determinações dentro da organização.

Pode-se chegar a assegurar que o autor do crime de tráfico humano pode ser tanto aquele que pratica o verbo nuclear, bem como também o autor intelectual, geralmente os líderes das organizações, e além do autor mediato, em que sua atuação é voltada para o exercício do controle final do fato. Claus Roxin substancia o autor considerando-o:

a) Se realiza a ação típica pessoalmente (domínio da ação); b) Se faz executar o fato mediante outro cuja vontade, segundo parâmetros jurídicos, não é livre, ou que não se conhece o sentido objetivo da ação de seu comportamento ou o abarca em menor medida que o sujeito de trás, ou que é substituível à vontade no marco de um aparato organizado de poder (domínio da vontade); c) Se presta na fase executiva uma participação nos fatos funcionalmente significativa (domínio do fato funcional) (ROXIN, 2009, p. 337).

Necessário se faz compreender o que seria então uma organização criminosa. Tomando como ponto de compreensão os dizeres de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, ambos definem como:

Empresas voltadas à prática de atividades ilícitas. Dentre as características principais, deve ser observado a grande especialização dos atos criminosos, estratégia global, flexibilidade, profissionalização, sofisticação” (CERVINI, 1977, p. 274).

Com o avanço do temporal, a conceituação de organização criminosa foi sofrendo alterações na sua definição. A Lei n. 9.034/95 foi a primeira lei que versou sobre tal demanda, na qual estabeleceu em seu art. 1º “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (BRASIL, 1995).

Doutrinadores faziam inúmeras críticas ao dizeres dessa legislação, em que, apesar de possibilitou o incremento de inovações em alguns institutos, não trouxe uma definição concreta e exata a respeito das organizações criminosas. Tanto é que afirma que:

Foi elaborada uma lei de 'combate' (essa é a expressão utilizada pelo art. 4º da lei) ao crime organizado sem identificá-lo inteiramente, isto é, continuamos legislativamente sem saber o que é que devemos entender por crime organizado (*stricto sensu*), dentro da extensa realidade fenomenológica criminal (GOMES; CERVINI, 1997, p. 89).

A Convenção de Palermo foi considerada a segunda evolução legislativa a esse respeito. Isso porque, consigo trouxe ao ordenamento legal brasileiro a conceituação de que o que seria o grupo criminoso organizado, conforme o seu art. 2º:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, 2004).

Vicente Greco Filho (2009) criticou a Lei 9.034/1995 por objetivar apenas em medidas de combate a organizações criminosas sem fornecer uma definição nítida e certa para essas organizações.

O jurista também expos que a definição que o Protocolo de Palermo trouxe seria imprópria, pois não fazia a diferenciação de quadrilha, bando e grupo criminoso, além de que tal conceito fazia com que a funcionalidade prática fosse inflexível, pois entendia que tal conceito deveria “manter-se fluido, como fluido é o próprio modo de ser de uma *societas sceleris*”.

Com a Lei n. 12.964/2012, que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, trouxe em seu bojo o conceito de organização criminosa em seu art. 2º, que foi de salutar relevância para o combate dessas organizações.

A associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2012).

A Lei n. 12.964/2012 ao definir o conceito de organização criminosa, desassociou-se da finalidade econômica presente no Protocolo de Palermo. Tal lei fez a associação da finalidade das organizações criminosas a uma vantagem de qualquer natureza, sendo ela economia ou não.

No entanto, essa lei não trouxe em seus termos a revogação da Lei n. 9.034/95, o que fez a coexistir com a Convenção de Palermo, em que possuía uma conceituação semelhante.

Foi com o advento da Lei n. 12.850/13, como forma de por fim a uma determinada instabilidade conceitual, que não somente trouxe a definição de organização criminosa, como criminalizou a sua prática:

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 anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Como discorre Thalita Ary Carneiro (2009, p. 50), a prática do tráfico humano é realizada de forma que tem um caráter transnacional, em que se percebe que há maiores chances de aumento em razão da fragilidade das fronteiras ocasionadas pela globalização.

Através da teoria em questão, acabou sendo possível observar a atuação de cada integrante da organização criminosa. Quinteiro aponta que:

Alguns mandam recrutadores ou têm acordos com cafetões ou cafetinas no local para procurar potenciais candidatos. Eles procuram menos efeminados vulneráveis e carentes, menores e adultos trans e oferecem a “oportunidade

de ir para São Paulo. Facilitam o transporte, pagando a passagem, normalmente de ônibus (QUINTEIRO; SIQUEIRA, 2013, p. 122).

No mais, ainda é feito um apontamento das vulnerabilidades das fronteiras, em especial na região do Norte brasileiro, em que é um caminho que fortalece o tráfico entre os países da América do Sul e o Brasil:

Na floresta amazônica, que em maior ou menor proporção cobre sete Estados da região Norte do Brasil, muitas vezes é a geografia que determina as rotas internas e internacionais de exploração de crianças e adolescentes. O Rio Amazonas tornou-se um marco divisor. Para quem vive abaixo do Amazonas, fica mais demorada, cara e perigosa uma investida aos países acima da linha do Equador. Daí sujeitar-se à opção mais rápida e barata das fronteiras com a Bolívia, onde se ganha menos dinheiro e as privações são bem maiores (QUINTEIRO; SIQUEIRA, 2013, p. 171).

Thaís de Camargo Rodrigues aponta a associação histórica entre o tráfico humano e o crime organizado desde o século XIX, porém ressalta que as organizações daquela época se diferenciam das dos dias atuais.

A autora destaca que, a organização criminosa denominada Zwig Migdal, citada por Bento de Faria (p. 109-110), com sua origem na Polônia, possuía um vasto capital e ramificações ao longo do mundo, tendo sido instalada em Buenos Aires, até ser fechada no ano de 1930.

Nesse sentido, a autora descreve como funcionava o modo de agir dessa organização, e que cita a não crença de Nelson Hungria na existência dela.

Essa organização era reconhecida pela crueldade no trato com suas escravas e também com seus membros. Seus agentes iam para as aldeias polacas, húngaras, ucranianas, lituanas, onde a miséria chegava a ser lúgubre, e de lá traziam as vítimas, com a promessa de trabalharem em ateliês, companhias teatrais e cabarés. Porém, para Nelson Hungria, a existência da Zwig Migdal nunca foi provada (CAMARGO, 2012, p. 116).

As organizações criminosas possuem uma característica econômica na sua finalidade, pois objetivam ter ganhos materiais. Por conta disso, considerando a formação de uma organização criminosa para esse fim, ou para prática de outras atividades ilícitas, associasse ao crime de lavagem de dinheiro.

No entanto, o tráfico humano não estava inicialmente listado como crime antecedente à lavagem de dinheiro, de acordo com o artigo 1º da Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

Havia duas correntes de entendimento para a aplicação do art. 1º, VII, da lei citada antes. Isso porque, alguns doutrinadores defendiam a aplicação desses dispositivos aos atos praticados pelas organizações criminosas.

Damásio de Jesus (2003, p. 63-68) compreendia uma dificuldade de aplicação desse dispositivo, pois não se tinha uma definição concreta do que seria as organizações criminosas. Assim, autores como Marco Antônio de Barros, tinha a concepção de englobar o tráfico de pessoas no rol de crimes antecedentes.

As organizações criminosas possuem um elevado grau de organização, em que se compreende desde o local de partida das vítimas, geralmente de países subdesenvolvidos, até o seu local de destino, países com um certo grau de desenvolvimento, onde se busca uma melhoria de vida.

No entanto, quando chegam no seu destino, elas são coagidas a fazer parte do mercado da prostituição, ou fazer outro tipo de serviço como forma de quitar absurda para os traficantes.

Tais organizações, cuja finalidade é o tráfico humano, são caracterizadas pela sua sofisticação, de forma que é visto uma forte hierarquia entre seus membros, tendo uma nítida divisão específica de tarefas. Nesse sentido, tais células além de desafiar as legislações pertinentes, acaba se enquadrando também nas ideias da teoria do domínio do fato.

Dessa forma, percebe-se que os traficantes desempenham papéis autor-intelectual do crime, além de carregar para si as atribuições do domínio funcional e da vontade.

Vicente Greco Filho (2009, p. 292-293), em uma de suas obras traz os requisitos que acredita serem imprescindíveis para que uma organização criminosa se configure. Elenca ele os seguintes requisitos:

- 1) Estrutura organizacional, com células relativamente estanques, de modo que uma não tem a identificação dos componentes da outra;
- 2) Especialização de tarefas, de modo que cada um exerce uma atividade predominante;
- 3) A existência de vários níveis de hierarquia, em que os subordinados nem sempre, ou quase nunca, conhecem a identidade da chefia de dois ou mais escalões superiores e, ainda que conheçam, não têm contato direto com ela para não mais poder produzir provas;

4) A possível, e quase necessária, existência de infiltração de membros de organização em atividades públicas, no Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e a corrupção de agentes públicos;

5) A tendência de durabilidade;

6) A conexão com outras organizações, no mesmo ramo ou em ramo diferente, quando não a atividade em vários ramos;

7) A coação, mediante violência, chantagem ou aproveitamento da condição de pessoas não participantes, mas que passam a ser auxiliares ou coniventes e que vivem sob a imposição de grave dano em caso delação;

8) Mais de três pessoas.

Dessa maneira, percebe-se que as organizações criminosas dividem-se em camadas, distinguindo em nível estratégico, nível tático e a camada de nível operacional.

Salienta-se que cada nível citado tem uma característica peculiar em sua função, sendo o primeiro a ser caracterizado pelo poder de decisão, onde são lideradas pelos traficantes.

Já a camada de nível estratégico é caracterizada pelo poder traçar os argumentos necessários para aliciar as mulheres; por fim, o nível operacional é aquele em que os aliciadores entram em contato diretamente com as vítimas, atraindo-as.

Portanto, é inegável a íntima relação existente entre as organizações criminosas e o tráfico humano, e a teoria do domínio do fato tem um papel fundamental no entendimento dessa conexão.

A teoria do domínio do fato serve como base teórica para a operacionalidade das organizações criminosas, que, por sua vez, atuam como o meio pelo qual o tráfico humano é realizado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem sombra de dúvidas, o tráfico humano, independentemente da sua extensão geográfica ou das suas vítimas em potencial, configura um fenômeno a ser debatido não só no âmbito nacional como também no internacional.

Além de ferir direitos humanos imprescindíveis às vítimas, a exemplo da segurança, da liberdade, da integridade física, dentre outros, ainda dá vazão a diversas outras práticas criminosas, como estupro, aliciamento de menores, além da formação de organizações criminosas que, dada a sua organicidade, mostram-se praticamente inatingíveis pelos órgãos de controle nacional e internacional.

Ademais, à medida que tal tema foi discorrido no presente trabalho, foi possível verificar o seu caráter dinâmico, seja em razão de sua legislação que está em constante adequação às contingências sociais seja em razão das vítimas que geralmente são atingidas por tal prática, muitas predominantemente negras e pobres, em todas as idades imagináveis, conglobando inclusive crianças.

Diante de tal cenário, fez-se pertinente introduzir esse tão complexo tema a partir de uma abordagem histórica, com o fito de identificar a partir de estudos doutrinários a gênese tanto da prática do tráfico em si quanto da sua concentração em vítimas socialmente vulneráveis.

É de se ver que o ordenamento jurídico pátrio, apesar da sua deficiência, tem apresentado substancial evolução no sentido de amparar a verdadeira vítima do tráfico humano.

Inicialmente, priorizava a proteção de mulheres brancas europeias, limitando-se apenas ao tráfico sexual. Posteriormente, expandiu-se para salvaguardar a mulher em si, independentemente da etnia ou da condição social, de maneira a finalmente incluir as mulheres negras e pobres. Por fim, passou a abranger a proteção do ser humano de forma universal, desconsiderando gênero ou etnia.

Além disso, dessa vez não mais se considerou apenas o tráfico sexual em si, embora este seja o mais comum, ponderando-se também a existência de outras modalidades de tráfico, a exemplo do tráfico de órgãos, do tráfico laboral etc., em que pese tais modalidades não hajam sido objeto de estudo na pesquisa em apreço.

Diante desse cenário, fez-se oportuno trazer à baila uma discussão a respeito do chamado direito penal sexual. Noutros termos, ponderou-se a existência de um Direito que sempre se deixou amordaçar pela moral sexual vigente em cada época

para deixar de proteger alguns grupos sociais, como é o caso das prostitutas, homossexuais, travestis e congêneres, os quais, dado esse total descaso do Poder Público, tornaram-se vítimas pontuais na prática do tráfico humano.

É notório que o Direito, numa via de mão-dupla, deriva da moral, no entanto, esta não pode justificar o descaso em relação a certos grupos por estes divergirem da moral predominante, eleita como socialmente aceitável.

De mais a mais, na órbita internacional, é salutar garantir o protagonismo da Convenção de Palermo como principal instrumento de combate ao tráfico humano, a qual foi responsável por mobilizar a legislação de diversos países, no sentido de não apenas punir o tráfico sexual mas também todas as formas de tráfico.

Foi a partir do seu advento que o tráfico humano passou a ser alvo de preocupação da comunidade internacional, pois, além de ser uma prática repugnante que em muito se assemelha a uma forma de escravidão moderna, é a principal prática atualmente responsável pela coisificação do ser humano, fenômeno esse inadmissível em meio a todo o aparato internacional orquestrado com o fim de proteger os direitos humanos.

Outrossim, dados os aspectos históricos e legislativos a respeito do tráfico humano, sob uma perspectiva geral, houve a sua contextualização com a teoria do domínio do fato, teoria essa edificada no estudo do concurso de agentes e que tem se mostrado como principal ferramenta para explicar os grupos criminosos organizados.

Graças à visão holística que essa teoria deu à noção de autor, foi possível criar mecanismos para desvelar o funcionamento das organizações responsáveis por dar continuidade ao tráfico humano, as quais são marcadas por uma percuciente hierarquia, além de uma clara distribuição de funções, mas, acima de tudo, são lideradas por indivíduos com alto poder persuasivo e aquisitivo, além de astúcia suficiente para se esquivar da ação das instâncias de persecução penal.

Assim sendo, o combate ao tráfico humano se mostra eficaz não só a partir do robustecimento da legislação aplicável, como também na compreensão de que tal fenômeno tem raízes históricas calcadas no preconceito social e racial, de forma que, assim como à época da escravidão, tende a se perpetrar em meio a discursos autoritários, baseados em valores morais deturpados que de forma velada visam a alijar socialmente grupos indesejáveis e cuja prosperidade não é do interesse dos setores dominantes do poder.

A partir de tal abordagem histórico-social, evita-se a precarização de tais grupos de maneira a não os tornar vítimas em potencial não só do tráfico humano, como também de outras condutas atentatórias à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Traduzido por Ricardo Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marco Antonio de. **Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual e adoção internacional fraudulenta**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/handle/26501/1883>>. Acesso em: 22 set. 2023.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

BOIX REIG, Javier (dir.). **Derecho penal: parte especial**. Madrid: Iustel, 2010. v. 1.

BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico internacional de seres humanos**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

BRASIL, **Lei n. 12.964/2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12964.htm>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL, **Lei n. 9.034/1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção; Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Diário Oficial, Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão da Ação Penal 470. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 18 set. 2023.

CARNEIRO, Thalita Ary. **O tráfico de pessoas em três dimensões**: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. Brasília. 2009. Dissertação de Mestrado UNB. Acesso em: 18 set. 2023.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. *In*: Cartilha Ministério da Justiça: Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília: 2007.

CASTRO, Edna. Processos de trabalho e relações de poder no Carajás. *In*: **Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.

CASTRO, José Carlos. Cidade e Cidadania. *In*: **Amazônia e a crise da modernização**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.

D'INCAO, Maria Ângela. Sobre o amor na fronteira. *In*: ALVARES, Maria Luzia Miranda et al (Org.). **A mulher existe? Uma contribuição ao estudo da mulher e gênero na Amazônia**. Belém: GEPEM, 1995.

DIAS, Guilherme Mansur; SPRANDEL, Marcia. **A temática do tráfico de pessoas no contexto brasileiro**. REMHU (Brasília), Ano XVIII, nº 35, Políticas Migratórias, jul/dez, 2010, p. 155-170.

FILHO, Vicente Greco. **A entrega vigiada e o tráfico de pessoas**. *In*: Tráfico de Pessoas. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Buchatsky, 1959. v. 3.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: Formação da família brasileira. 48. ed. São Paulo: Global, 2008.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal: projeto de lei 236/2012 do Senado Federal. *In*: **Revista Liberdades**, edição especial, reforma do código penal. IBCCrim, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1.

HART. H. L. A., **Direito, liberdade e moralidade**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Tradução do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lavagem de dinheiro proveniente do tráfico internacional de mulheres e crianças não constitui crime**. Revista da AJUFE, Brasília, v. 21, n. 73, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974.

KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200003>. Acesso em: 22 set. 2023.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.

MENEZES, Lená Medeiros de. **O tráfico internacional de mulheres no *debut* e *fin-de-siecle***. In: Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro: Freitas Basyos, 1997, p. 171-178.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. **O direito penal sexual**: conteúdo e limites. Coimbra: Almedina, 1985.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, Wilian Terra de, BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: RT, 2011.

ORDEIG, Enrique Gimbernát. **Autor e cómplice en derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **A escravidão e a interpretação viciada da lei.** Revista do Curso de Mestrado em Direito na Faculdade Integradas Toledo, Araçatuba, v. 4, n. 1, p. 43 a 80, jul. 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RODRIGUES, Patrícia Dantas. **A nova concepção do trabalho escravo e a atuação da legislação para evitá-lo.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32549/31762>>. Acesso em: 02 out. 2023.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento.** 2012. 204 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Ebe Campinha dos. **Tráfico e Gênero:** a moralização do deslocamento feminino. 2012, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21456/21456>>. Acesso em: 18 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.* Madrid: Tecnos, 2001.

SILVA, Marina. **Mulheres na Amazônia:** a intimidade exposta. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/marinasi/amulher.htm>>. Acesso em: 03 out. 2023.

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

SIQUEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs.). **Tráfico de Pessoas:** Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro? São Paulo: Ideias & Letras, 2013,

SIQUEIRA. Galdino. **Direito penal brasileiro**, v. II. Brasília: Senado Federal, 2003.

SOCORRO, Andreza do; SMITH, Pantoja de Oliveira. **Tráfico de pessoas para exploração sexual.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas.** Revista de Estudos Criminais, nº 56. São Paulo: ITEC, 2015.

TRISTAN, Flora. **Paseos en Londres.** Lima: Biblioteca Nacional del Perú, Biblioteca Digital Andina, 2009.

UNIDAS, Organização das Nações – **ONU**, Protocolo de Palermo, 2003.

XAVIER, Lúcia. **Implicações do racismo no tráfico de pessoas**. Tráfico de pessoas: uma abordagem política. Publicação do SMM – Serviço à Mulher Marginalizada. 10/2007.