

O MARCO LEGISLATIVO NO BRASIL: análise da legislação e propostas de reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

RESUMO

Afirma que o tratamento dado ao tráfico de pessoas e exploração sexual atualmente é tido como crime organizado, novo paradigma para o Direito Penal.

Examina a legislação penal brasileira no que diz respeito ao tráfico de mulheres, à entrega de filho menor à pessoa inidônea, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, à Lei n. 9.975/2000 dentre outros, dispositivos estes que geram dificuldades de aplicação bem como de resolução das questões, por não serem suficientes para lidar com a variedade de problemas concernentes ao tráfico e à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Referencia as sugestões surgidas nas discussões na Associação Internacional de Direito Penal, como forma de demonstração da necessidade de alteração da legislação penal vigente sobre essa matéria nos Códigos Penal e de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE

Código Penal; Código de Processo Penal; exploração sexual; criança; adolescente; crime organizado; Estatuto da Criança e do Adolescente; tráfico; Associação Internacional de Direito Penal.

* Conferência proferida no "I Seminário Nacional sobre Tráfico e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 17 e 18 de setembro de 2003, no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, Brasília – DF.

O tema é atual e urgente e ganhou importância sobretudo a partir da última década do século XX. Nos últimos anos, a comunidade internacional passou a revisar e a rediscutir documentos internacionais elaborados, em grande monta, nas décadas de 1930 e 1940 do passado século. Apenas a título exemplificativo, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Palermo, em 2000, foi complementada pelo Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente de mulheres e de crianças, e pelo Protocolo contra o Contrabando de Pessoas. Também, foi previsto pelo Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, incorporado à legislação brasileira pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, e que institui o Tribunal Penal Internacional, o qual estabeleceu que este terá competência sobre crimes contra a humanidade. E afirma, em seu art. 7º, que, entre estes, estão a *agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável*.

O tratamento dispensado ao tráfico de pessoas, especificamente de crianças e adolescentes, e a sua exploração sexual é visto, contemporaneamente na seara do crime organizado. Nos Estados Unidos, a partir do advento da sua legislação para combater as organizações criminosas, o chamado "*Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act*" (*RICO*)¹, passou a incluir o tráfico de pessoas e os delitos relacionados com a prostituição entre aqueles que caracterizam esse grupo². Na legislação norte-americana, não existe uma definição do crime organizado, mas uma extensa enumeração de crimes característicos das organizações criminosas.

Nesse contexto de relação com as organizações criminosas, alguns paradigmas que até então vigiam, passaram a ser vistos de maneira diversa. O crime organizado é considerado como um novo paradigma para o Direito Penal. A percepção que alguns fenômenos criminais tinham anteriormente deve ser modificada, pois os ilícitos deixaram de ser comportamentos meramente individuais e se tornaram parte de uma engrenagem mais ampla. Assim, houve uma grande expansão das normas penais, para lidar com o fenômeno da crescente criminalidade, em que pesem todas as críticas sobre esse fenômeno.

Dessa maneira, os Estados têm sido instados a rever seus dispositivos legais que tratam da questão do tráfico de pessoas, em um mundo onde a livre circulação destas é mais cotidiana e presente na estrutura de globalização.

A legislação penal brasileira, de uma maneira geral, foi elaborada em período anterior a muitos dos documentos internacionais que lidam com o problema ora enfocado. De um lado, o Código Penal brasileiro data de 1940 e o de Processo Penal de 1941. De outro, a legislação específica a tratar de crianças e de adolescentes, a Lei n. 8.069, é de 1990. Assim, torna-se premente a discussão das normas vigentes sobre a matéria, para que as diversas perplexidades possam ser debatidas.

O Código Penal brasileiro dispõe, em seu art. 231, sobre a figura do tráfico de mulheres, referente à hipótese de mulher que venha ao território nacional, ou dele saia, para exercer prostituição. Assim, por possuir como elementares mulher e prostituição, não se refere especificamente à criança e ao adolescente, além de não fazer menção ao tráfico interno.

Também pode-se mencionar o art. 245, definido como entrega de filho menor à pessoa inidônea, que significa aquela cuja companhia saiba ou deva saber que o menor ficará moral ou materialmente em perigo. Também há menção ao caso do agente o delicto com o intuito de obter lucro, se o menor é enviado para o exterior, assim como quem auxilie a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui 18 tipos penais, os quais têm a criança e o adolescente como sujeito passivo. Nenhum deles especificamente trata do tráfico, embora, ao menos, três condutas têm incidência no caso³.

A primeira delas é a prevista no art. 239, que prevê *promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de crianças e adolescentes para o exterior com a inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro*.

Já o art. 238 estatui que é punível a promessa ou entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou promessa de recompensa. Trata, também, em seu parágrafo único, de quem oferece ou efetiva pagamento ou recompensa.

Por fim, o art. 244-A, incluído por força da Lei n. 9.975/2000, prevê,

como crime, submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual.

Os dispositivos legais vigentes não se mostram suficientes para lidar com a variedade de problemas relacionados com o tráfico e a exploração sexual de crianças e de adolescentes. Há, em tramitação no Congresso Nacional, mais de 50 matérias referentes ao tema, seja com propostas penais e não-penais, por exemplo, os concernentes a crimes praticados por meio de *internet*, como alterações no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei dos Crimes Hediondos, de lavagem de dinheiro e de turismo sexual.

Existe, de maneira geral, nestes projetos, a preocupação com a modificação da expressão "tráfico de mulheres", para se utilizar a expressão "tráfico de pessoas", que seria mais abrangente. Também, a de incluir esses delitos entre os chamados "crimes hediondos", assim como relacionar essas atividades com aquelas características do crime organizado e da lavagem de dinheiro.

Neste contexto de tentativa de lidar com o problema e de modificação legislativa, torna-se relevante trazer algumas das sugestões surgidas nas discussões dentro da Associação Internacional de Direito Penal.

A primeira diz respeito à questão das migrações, consequência direta da disparidade da distribuição, seja em termos locais, nacionais ou internacionais. A falta de políticas mais claras e bem definidas para tratar do assunto, seja em nosso País, seja principalmente em países desenvolvidos cria uma espécie de mercado para o tráfico de pessoas. Dessa maneira, desde já, deve-se fazer menção à necessidade de regras claras para lidar com essa questão, quanto à não-discriminação e ao apelo aos migrantes.

Ademais, também devem ser frisadas estratégias multidisciplinares, de curto ou de longo prazo para combater o tráfico e a exploração sexual de crianças e adolescentes.

Por certo, nas chamadas "iniciativas estruturais", deve-se buscar criar oportunidades para promover o desenvolvimento socioeconômico naquelas regiões ou grupos populacionais menos favorecidos e que costumam ser mais facilmente vitimizáveis, além de campanhas ou programas de informação sobre os riscos de abusos praticados por contrabandistas e traficantes.

No que se refere às medidas de natureza penal, devem ser somente utilizadas como *ultima ratio*, naquelas hipóteses em que seja indispensável a sua utilização e na medida de sua necessidade. Assim, iniciativas, como as em curso, no sentido de ampliar a aplicação da lei dos crimes hediondos, não são necessariamente as mais acertadas. O advento da Lei n. 8.072/90 não foi responsável por diminuição nos índices de criminalidade, e a partir do aumento do tempo de encarceramento e das dificuldades para se obter benefícios, parece ainda ter piorado a situação carcerária. A década de 1990 e os primeiros anos do novo século caracterizaram-se por uma crescente tensão nos estabelecimentos penais e não me parece que a utilização do endurecimento do sistema penal, por si só, será responsável por qualquer modificação.

No que se refere às figuras criminosas, é relevante fazer menção à distinção entre contrabando e tráfico de pessoas, conforme mencionado pelo Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente de mulheres e de crianças, e pelo Protocolo contra o Contrabando de Pessoas, relacionados à Convenção contra o Crime Organizado Transnacional.

Considerou-se o tráfico e o contrabando de pessoas como práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana e, por essa razão, merecedoras da reprimenda penal.

Sugere-se que a definição do crime de "tráfico de pessoas" deva abranger o conceito de exploração à prostituição e outras formas de exploração sexual, incluindo a pornografia, e ainda o trabalho forçado e práticas similares à escravidão, a exemplo da servidão por dívidas, do casamento forçado, e da utilização de tecidos ou órgãos do corpo humano.

No crime de tráfico de pessoas são elementos constitutivos o uso de ameaça, violência física ou outra forma de coerção, o seqüestro, a fraude, o engano, o abuso de poder ou da posição de vulnerabilidade da vítima, o oferecimento ou recebimento de qualquer vantagem com vistas a obter o consentimento de quem tem o controle sobre outra.

O debate sobre a possibilidade de consentimento da vítima tem gerado imensas controvérsias sobre a questão. De um lado, há aqueles que sustentam ser de todo inaceitável. De outro, os defensores dos direitos humanos afirmam terem os tra-

A legislação penal brasileira, de uma maneira geral, foi elaborada em período anterior a muitos dos documentos internacionais que lidam com o problema ora enfocado. De um lado, o Código Penal brasileiro data de 1940 e o de Processo Penal de 1941. De outro, a legislação específica a tratar de crianças e de adolescentes, a Lei n. 8.069, é de 1990. Assim, torna-se premente a rediscussão das normas vigentes sobre a matéria, para que as diversas perplexidades possam ser debatidas.

balhadores do sexo direitos como quaisquer outros trabalhadores. Os primeiros mencionam a idéia de que o consentimento para se prostituir seria resultado da coação econômica ou do abuso da situação de vulnerabilidade econômica da vítima. Por outro lado, há quem defenda que o indivíduo pode livremente optar por se tornar trabalhador sexual e essa escolha deve ser respeitada. De qualquer modo, o consentimento de menores é inadmissível. A questão concerne à idade para poder se falar em consentimento, o que acaba por se distinguir de região para região do globo. No caso brasileiro, considere-se irrelevante o consentimento de pessoa menor de 18 anos.

A definição do crime de tráfico de pessoas deve necessariamente abranger o tráfico interno e o internacional, prescindindo do intuito de lucro, o qual deveria ser considerado apenas para eventual agravamento da pena, assim como a presença de organização criminosa.

Tendo em vista características próprias de natureza legal, cultural ou religiosa, de cada Estado nacional, pode-se descriminalizar formas não-coercitivas ou não-abusivas de exercício da prostituição ou da organiza-

ção da prostituição envolvendo pessoas adultas. Não parece, todavia, adequado deixar de reprimir a exploração sexual e a prostituição de crianças e adolescentes.

Considera-se também que, no contexto do tráfico de crianças e de adolescentes, deve-se criminalizar a pornografia infantil com a finalidade de prevenir e punir abusos sexuais. Visa, ainda, a tutela da integridade física, moral e psicológica de crianças e adolescentes como sujeitos de condição peculiar de desenvolvimento, para situações de abuso e exploração sexual.

A posse de material pornográfico, por si só, ainda que envolvendo criança e adolescente, sem fins de comercialização ou de distribuição, não deve ser criminalizada.

No que se refere à chamada "pseudopornografia infantil", onde, embora o indivíduo seja maior, aparenta e sugere ser menor, também tem havido defesa de sua criminalização, pois a sua finalidade seria a proteção da moral pública ou da moralidade sexual, além de evitar que a exploração sexual de crianças e adolescentes possa se tornar socialmente aceitável. A sua punição deve ser menos gravosa que a da primeira figura, onde há um abuso real.

A idéia de contrabando, por seu turno, é de menor relevância para o tema em questão, pois pressupõe a idéia de que se ultrapassem ilegalmente fronteiras nacionais, o que é afetado pela ausência de consentimento válido por crianças e adolescentes. Tem, pois, um caráter exclusivamente internacional, diferindo do tráfico, que pode ser também interno. A grande relevância diz respeito a casos em que a pessoa levada para um outro Estado nacional se submete, por força de débitos financeiros, a restrições físicas e violência psicológica. Nesse ponto, o contrabando e o tráfico muito se aproximam. De toda sorte, na definição do crime de contrabando de migrantes, é essencial o intuito de lucro.

O tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes devem ser criminalizados independente das condutas que, por si só, constituem outros crimes, tais como os de falsidade material e ideológica, furto e corrupção, entre outros.

As sanções penais para os crimes de tráfico de pessoas e de contrabando de migrantes podem consistir, sem prejuízo das comumente utilizadas, em penas pecuniárias, perda de bens, interdição de estabe-

lecimentos, suspensão ou proibição de direitos e proibição de contratar com organismos públicos.

No que pertine ao processo penal, por força do art. 6º do Protocolo sobre Tráfico da ONU, ressalta-se a importância da criação de um *status* processual próprio para as vítimas de tráfico de pessoas, especialmente quando cooperam com a Justiça.

Os direitos da vítima no curso do processo devem ser desenvolvidos e ampliados, mediante a participação das ONGs no processo criminal, em nome das vítimas, para pleitear indenizações, bem como mediante permissões de trabalho, apoio financeiro, abrigo e atendimento social, médico e psicológico.

Programas de Proteção a Testemunhas devem ser desenvolvidos e implementados, assim como políticas para sensibilização, treinamento e conscientização das autoridades (policiais e funcionários da imigração, promotores e juízes), e, ainda, assistentes sociais, médicos e advogados.

Deve ser providenciada a residência temporária ou permanente para vítimas de tráfico, independente de sua cooperação com a Justiça. Não se pode sequer imaginar que a escravidão seja um problema do passado. Ao contrário, a sociedade pós-moderna e o mundo globalizado contribuem enormemente para a expansão da circulação de pessoas, responsável pelo desenvolvimento de um mercado mundial para a exploração humana.

Esse fenômeno, entretanto, padece da falta de dados, pela sua difícil mensuração, mas não pode e não deve ser desconsiderado. Deve ser discutido, como tem sido feito no Brasil, para que soluções possam ser buscadas e encontradas.

Essa foi uma rápida contribuição que, espero, seja útil para atuais e futuras discussões sobre tema tão importante para o nosso País.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Promulgado dentro do *Organized Crime Control Act of 1970 (OCCA)*, Título IX, 18 USC, §§ 1961 a 1968.
- 2 BLAKESLEY, Christopher. The criminal justice systems facing the challenge of organized crime: Section II - Special Part. *Révue Internationale de Droit Penal*. Toulouse: Érès, 1999. v. 67. n. 3-4. p. 596.
- 3 JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e de crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 252.

ABSTRACT

The author states that the treatment given to traffic and sexual exploitation of people has been considered nowadays as an organized crime, which constitutes a new paradigm to the Criminal Law.

He examines the Brazilian penal laws regarding the traffic of women, the delivery of the minor child to a person of not good repute, the Statute of the Child and Adolescent, the Law n. 9,975/2000, among others. These provisions have generated difficulties of application as well as of resolution of questions, since they are not sufficient to deal with the variety of problems concerning traffic and sexual exploitation of children and adolescents.

He makes reference to the suggestions arisen from the discussions at the International Association of Criminal Law, as a way of demonstrating the need to alter the criminal current law related to this subject within the Penal and the Criminal Proceeding Codes.

KEYWORDS – Penal Code; Code of Criminal Proceeding; sexual exploitation; child; adolescent; organized crime; Statute of the Child and Adolescent; traffic; International Association of Criminal Law.

Carlos Eduardo Adriano Japiassú é Professor de Direito Penal e Secretário-Geral Adjunto do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro – RJ.