



Jurisprudência em destaque

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelada: MLLB

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ART. 231 DO CÓDIGO PENAL. CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS E DO LENOCÍNIO E PROTOCOLO FINAL. 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. STATUS HIERÁRQUICO DE TRATADOS E CONVENÇÕES QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. CONSENTIMENTO E VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS.

1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão sobre o *status* hierárquico legal de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, que tenham sido submetidos ao *quorum* qualificado de aprovação pelo Congresso e daqueles instrumentos que assim não o tenham sido, seja porque foram promulgados antes da emenda constitucional, seja porque deliberadamente não foram aprovados com o rito especial. A corte constitucional

lapidou a inteligência de que os tratados e convenções não submetidos ao *quorum* qualificado do Congresso se encontram em um grau intermediário de hierarquia, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

2. Encontram-se correntemente em vigor no Brasil, em relação à criminalização do tráfico de pessoas, a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final 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 Mulheres e Crianças, assim como o preceito do art. 231 do Código Penal. Ambas as Convenções não foram submetidas à aprovação por quórum qualificado do Congresso Nacional, razão por qual se encontram no referido grau intermediário de hierarquia legislativa, *id est*, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

3. Os fatos denunciados pelo Ministério Público Federal exigem, para sua holística compreensão e adequado julgamento, a convergente interpretação do art. 231 do Código

Penal com a Convenção de 1959 e o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, subordinados à Constituição Federal.

4. Materialidade, autoria e dolo comprovados através de documentos apreendidos e gravações de intercepções telefônicas.

5. A interpretação conjunta dos dois instrumentos internacionais com o art. 231 do Código Penal permite deduzir que o consentimento das vítimas não afasta a ilicitude das ações do agente. O consentimento da vítima só é aceitável como causa supralegal de exclusão de antijuridicidade em casos em que a lesão perpetrada atinge objeto jurídico disponível. Há de serem sopesados, nessas situações, o interesse e a liberdade do indivíduo (*i. e.* a vítima) e o interesse do estado (ou seja, da coletividade).

6. As vítimas do crime de tráfico de pessoas, na maior parte das vezes, se encontram em um país estrangeiro, onde não conhecem a língua e as leis locais, em condições de clandestinidade, como imigrantes ilegais, e, por essa razão, despidos de direitos e garantias fundamentais. Submetem-se, nessa condição, à prostituição ou outras formas de exploração sexual, correndo o risco de serem detidas e deportadas pelas autoridades locais ou aliciadas e subjugadas por oportunistas a diferentes formas de escravidão, sob ameaças de lesões corporais ou de morte. Não raramente, são obrigadas a consumir ou vender drogas. Estando presente

a vulnerabilidade da vítima, o seu consentimento não é hábil a excluir a ilicitude das condutas do agente. A vulnerabilidade, contudo, não deve ser presumida, sob risco de atribuir responsabilidade objetiva ao agente. Deve haver provas suficientes de sua existência, que pode tomar variadas formas, dependendo das circunstâncias particulares da vítima.

7. Vulnerabilidade comprovada.

8. Apelação do Ministério Público Federal provida, para condenar a ré pelo crime de tráfico de pessoas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, para condenar MLLB a 3 (três) anos e quatro meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor individual de 1/2 (um meio) do salário-mínimo à época do fato, por cometer o fato típico previsto no art. 231 do Código Penal c/c inciso II, do art. 14, do Código Penal, substituindo-a por duas penas restritivas de direito, sendo a primeira de prestação de serviços à comunidade em entidade benéfica e a segunda de prestação pecuniária à entidade com destinação social, no valor de 01 (um) salário-mínimo ao mês, durante todo o período de condenação, conforme especificadas pelo juízo da execução, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de abril de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

“A valoração, então, se volta para qual seria o conceito de “vulnerabilidade”. (...) A vítima, aqui, tem sua plena capacidade de autodeterminação, ou esta não pode ser exercida de forma completa? A finalidade do tipo do artigo 231 do Código Penal é, exatamente, proteger pessoas que não têm condições, afinal, de exercer com plenitude sua capacidade de reger seus próprios movimentos.”

(José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira)

“uma diferença importante deve ser destacada para que não se confunda a aplicação interna de normas internacionais com a admissão pura e simples da responsabilidade objetiva, na medida em que não é isso que está disciplinado nos tratados internacionais que regulam a matéria”.

(Silvio César Arouck Gemaque)



Em destaque



José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira

Juiz Federal. Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Processual Penal pela PUC. Bacharel em Direito pela USP.

Vamos direto ao cerne da questão do caso concreto: o indivíduo que é transportado, com sua anuência, para o exterior e para fins de prostituição, não teria completo livre-arbítrio e, portanto, seria um “vulnerável”, e a pessoa que intermedeia sua viagem pode ser considerada, por consequência, uma traficante de pessoas?

Que o livre-arbítrio não existe como categoria físico-biológica, isto já é fato. É uma ficção útil, talvez imprescindível, mas ainda assim uma ficção. Experimentos com ressonância magnética cerebral mostraram, à farta, que a região encarregada da coordenação motora no cérebro apresenta atividade elétrica antes da pessoa examinada ter consciência do que escolheu, pois “a maioria das decisões é tomada muito antes do momento de sua execução, na mente consciente”, como diz o neurocientista Antonio Damásio.¹ Também se verificou que, se estimularmos a área “motora” do cérebro com um eletrodo, logo

em seguida o sujeito vai ter vontade de, por exemplo, levantar a mão.

Dito isto, deve-se ter em mente que não podemos abandonar a idéia de livre-arbítrio, mesmo que ela não corresponda a uma realidade neurológica. Sem esta idéia, sem responsabilização pelos próprios atos, não temos com o que governar a sociedade,² que de há muito já abandonou os Deuses como regentes. Como diz o neuropsicólogo Steven Pinker, “O livre-arbítrio é uma idealização que torna possível o jogo da ética”.

Sem o conceito de autodeterminação, criamos terreno propício para o totalitarismo, para a relativização da liberdade. Alguns podem se dizer mais “conscientes” que outros e gostarão de mandar nestes últimos. Este raciocínio foi várias vezes usado na história, com resultados desastrosos, como o século XX não cansou de demonstrar.

¹ *E o cérebro criou o homem*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 334.

² *Idem*, p. 328. Diz o autor que “se fatores que nosso raciocínio consciente desconhece influenciam a forma de nossos atos, seremos realmente responsáveis por nossas ações?”.

É fundamental, pois, que mantenhamos o conceito de livre-arbítrio. Mas a constatação de sua inexistência ontológica é dessacralizante. Já não podemos mais nos apoiar nesta idéia com o fervor quase religioso de antes. O conceito não pode ser ignorado, mas não podemos também fazer pouco do fato de que ele é uma criação humana que se mede pela utilidade/inutilidade. Os menores de 18 anos, em nosso país, são inimputáveis, e esta idade é determinada porque é necessário que assim seja. Sabemos que existem pessoas com menos de 18 anos capazes de se autodeterminar e outras que nunca o serão, na vida toda. Mesmo assim, temos que estabelecer um marco, e este é fixado em 18 anos por uma construção muito próxima da arbitrariedade.

Não deixemos de considerar o conceito de autodeterminação, essencial ao funcionamento da sociedade, mas, no momento de brandir sua aplicação, não argumentemos com a intensidade emocional daqueles que de tudo têm certeza.

O livre-arbítrio era e é chamado ao debate como se fosse uma entidade própria, de subtrato quase ideológico.

Basicamente, não podemos perder a noção de que os limites do que é ou não livre-arbítrio são lindes construídos. Eles não “existem” mas, ao contrário, são convencionados. Penso que tais limites conceituais não podem ser construídos/usados em desfavor da liberdade humana, mas somente, ao contrário, em seu favorecimento.

É este o caso do acórdão ora comentado.

E não se diga que, com esta construção, estaríamos dando amplitude demasiada ao tipo do artigo 231 do Código Penal, pois os tipos penais não são estabelecidos segundo

alguma lei mecânica, matemática.

Tipo é a descrição de um crime imantada de carga valorativa. Ele é criado a partir da observação de condutas portadoras de tipicidade embrionária³ às quais é adicionado o componente axiológico.

Os tratados internacionais mencionados no acórdão (“Convenção de 1959 das Nações Unidas para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final” e o “Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”)⁴ devem servir de via interpretativa do mencionado artigo 231 do Código Penal, pois sua criação pelo legislador atendeu ao reclamo destes diplomas internacionais, que se encontram acima da legislação no plano ordinário.⁵

“Os tratados internacionais mencionados no acórdão devem servir de via interpretativa do mencionado artigo 231 do Código Penal, pois sua criação pelo legislador atendeu ao reclamo destes diplomas internacionais, que se encontram acima da legislação no plano ordinário.”

Assumindo tal densidade axiológica, voltemos ao acórdão de condenação por infração ao artigo 231 do Código Penal. A valoração, então, se volta para qual seria o conceito de “vulnerabilidade”. Recomendando mentalmente qual seria esta noção do ser vulnerável te-

remos condição de preencher (ou não) o tipo concreto.

3 É a lição de REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 136.

4 Define o tráfico de pessoas o artigo 3º, a, do Pacto de Palermo: “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, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos”.

5 STF, RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe 05/06/2009.

Nesta situação, a construção do conceito de livre-arbítrio que deve ser considerada é aquela necessária para garantir o máximo de liberdade aos cidadãos com o mínimo de interferência destas medidas garantidoras na esfera íntima destes últimos.

A vítima, aqui, tem sua plena capacidade de autodeterminação, ou esta não pode ser exercida de forma completa? A finalidade do tipo do artigo 231 do Código Penal é, exatamente, proteger pessoas que não têm condições, afinal, de exercer com plenitude sua capacidade de reger seus próprios movimentos. Não se trata de coação (estar sob a mira de uma arma, por exemplo), mas de situação intermediária entre esta e o pleno exercício da liberdade, diferenciação sutil todavia imprescindível para tratamento do ocorrido. Tal diferenciação é legítima, já que a medida da autodeterminação dar-se-á em cada caso concreto, por se tratar de conceito que se constrói com objetivos de sustentabilidade do pacto social.

O tráfico de pessoas, portanto, não subentende a existência de vítimas incapazes, pois também pode ser realizado com vítimas em situação de vulnerabilidade. O abuso de vulnerabilidade, para a Organização das Nações Unidas “é entendido como qualquer situação em que a pessoa em questão não tem alternativa real e aceitável senão submeter-se ao abuso”.⁶

⁶ A/55/383/Add. I, parágrafo 63, citado em português em: *Guia legislativo para a implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças*. Lisboa: Centro da Nações Unidas para a prevenção internacional do crime, novembro de 2003, p. 26. Disponível em: www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf.

A carta remetida pela vítima à sua aliciadora é por demais evidente em afirmar a vulnerabilidade daquela primeira. Note-se o tom permanente de súplica e as declarações de afeição sempre feitas a partir da assunção de uma situação de inferioridade. A subordinação psicológica permeia a fala da vítima. Não bastasse isto, na mesma epístola ainda temos, de forma concreta e insofismável, a narração da situação vulnerável a que a vítima restou “entregue” no exterior: se diz em determinado momento, que estava bêbada e drogada “o tempo todo”, e, atualmente, depois de fazer quimioterapia, estava presa na Itália, onde “ninguém dava apoio” (sic).

“Com a prática da intermediação de seres humanos em condições mais que precárias, está cometido o crime de tráfico de pessoas, vítimas estas não tinham outra alternativa social, naquele momento e situação, a não ser servir de ‘mercadoria’ para aliciadores inescrupulosos.”

Seria difícil imaginar uma narrativa mais explícita de vulnerabilidade. Toda a miséria da condição humana perpassa por aquelas linhas endereçadas à aliciadora, ré do processo. Mais que suficientemente provada a vulnerabilidade, entendo que o tipo foi preenchido em seu conteúdo

axiológico. É exatamente este tipo de situação que o tipo penal do artigo 231 do Código Penal, imantado pelas necessidades da comunidade internacional, busca evitar. Com a prática da intermediação de seres humanos em condições mais que precárias, está cometido o crime de tráfico de pessoas, vítimas estas não tinham outra alternativa social, naquele momento e situação, a não ser servir de “mercadoria” para aliciadores inescrupulosos. O preenchimento do tipo, neste caso, atende inclusive a um conceito de livre-arbítrio voltado para a proteção da liberdade individual, desde já prejudicada, em se pensando em seu exercício pleno, no caso das vítimas vulneráveis. Andou bem o acórdão em reformar a sentença para condenar a ré.



Silvio César Arouck Gemaque

Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito pela USP. Professor da Graduação do IMES e da Pós-Graduação da Universidade Gama Filho e do curso Flávio Monteiro de Barros.

É muito interessante o assunto abordado na Apelação Criminal em destaque e permite algumas considerações a respeito de importante tema hoje no direito penal e também no processo penal modernos, isto é, da influência de tratados internacionais no direito interno dos países.

Em suma, a matéria examinada no voto do eminente Desembargador Federal Cotrim Guimarães e, posteriormente, versada em acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região diz respeito à responsabilidade penal pela prática do crime previsto no artigo 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoa).

Em que medida se pode admitir a responsabilidade penal de acusada que auxiliou na colocação de pessoas (travestis e transexuais) no exterior para a prática de prostituição, quando esses são maiores e capazes de entender a situação? Quais os limites dessa situação e a eventual responsabilização das pessoas por desvios morais? Estaria o direito penal invadindo seara alheia ao seu campo de atuação? Enfim, são essas algumas das questões analisadas no acórdão.

Divergiu o relator do pronunciamento da Juíza Federal de 1ª Instância que entendeu no sentido da inviabilidade da responsabilidade penal da acusada, uma vez que justamente não encontrou o requisito do vício de

consentimento das vítimas a sustentar o juízo de reprovação da conduta da autora. Decidiu a magistrada pela existência de desvio moral insuficiente a alicerçar, por sua vez, eventual responsabilidade penal.

Sustentou o relator que haveria provas da hipossuficiência de uma das vítimas, conforme correspondência desta para a acusada, colhida em busca e apreensão, em que constavam diversos elementos de prova no sentido de sua situação de vulnerabilidade, sendo este o argumento principal que embasou a reforma da sentença absolutória pela Corte de Apelação.

Como substrato desta discussão, há ainda a questão dos limites da influência de tratados internacionais no âmbito do direito interno, mais especificamente, no caso concreto, da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final 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 Mulheres e Crianças.

Em ambas as instâncias, entendeu-se pela aplicação da referida legislação; no entanto, divergiu-se quanto ao âmbito de validade do consentimento para afastar ou não a responsabilidade.

Assim, um primeiro aspecto que gostaria

de destacar é a aplicação dos tratados e outras normas internacionais no âmbito interno dos países e de quanto esse tipo de influência é importante e tem sistematicamente sido esquecida ou pouco valorizada pelo sistema jurídico nacional.

Neste sentido, já tivemos oportunidade de dizer em tese de doutorado, quando dividimos metodologicamente essas influências em diretas e indiretas:

Já na hipótese de cooperação com o Tribunal Penal Internacional ou vertical, da leitura do Estatuto de Roma e das regras de prova observa-se a existência de situações em que os países membros são chamados a colaborar, mediante a produção de determinadas provas, com o tribunal, que se chama de cooperação vertical. Assim, na medida em que o procedimento quanto à produção de tais provas esteja previsto no Estatuto de Roma, e os direitos fundamentais envolvidos e maneira pela qual deverão ser respeitados também o estejam, não resta margem de manobra ao Estado para cooperar em sentido diferente, devendo fazê-lo nos moldes estabelecidos pelo tribunal; daí a influência direta. Outras hipóteses de cooperação vertical, além da probatória, poderão também ocorrer. Quanto à influência indireta, pode-se falar na influência indireta na solução de lacunas existentes em nosso direito, tratando-se de uma influência no Processo Penal interno como um todo. Essa influência ocorre, a partir da aceitação de que o Processo Penal brasileiro, conforme prevê o art. 3º do Código de Processo Penal, pode ser utilizar da analogia e dos princípios gerais de direito para a solução de lacunas normativas e interpretativas.¹

No caso presente, há tanto influência direta quanto indireta, na medida em que

os tratados internacionais que sustentam a solução penal do caso têm plena eficácia no direito interno brasileiro, eis que assinados, aprovados, promulgados e publicados segundo as normas constitucionais previstas no país. Além disso, no caso de eventuais lacunas, servem para solucioná-las nos termos previstos no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Uma segunda questão também bastante interessante trazida no acórdão é a forma pela qual ocorre a internalização desses tratados internacionais em matéria de direitos humanos no âmbito interno, havendo pelo menos três correntes quanto a isso.

Para uns, adeptos da chamada teoria dualista, haveria um âmbito internacional de normas e outro interno, espaços normativos que não se confundiriam. Em uma divisão dessa corrente doutrinária, há aqueles que entendem pela supremacia das normas de direito internacional sobre as do direito interno e aqueles que defendem a supremacia das normas deste em relação àquele.

Já para os adeptos da teoria monista, haveria um só âmbito de aplicação das normas, sejam internas ou internacionais, sendo que estas contariam com a supremacia no âmbito interno.

Não é o caso aqui de esmiuçar todas as derivações desses raciocínios, mas o exemplo pertine à discussão ora travada, na medida em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como citado no voto, que:

(...) os tratados e convenções não submetidos ao *quorum* qualificado do Congresso se encontram em um grau intermediário de hierarquia, isto é, abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária.

Deve-se destacar, nesse ponto, que tal discussão restringe-se àqueles tratados e convenções que digam respeito a direitos humanos ou direitos fundamentais no plano interno, e não – é claro – a normas constantes de trata-

¹ GEMAQUE, Silvio César Arouck. *A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro*. Série Monografias do CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2011, p. 20.

dos que são mais repressoras, pois toda a discussão resulta da nova redação dada ao artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. No entanto, no caso concreto, em que se discute a repressão ao tráfico de pessoas, há direitos individuais das possíveis vítimas de tais crimes, havendo aí o cabimento da classificação como direitos humanos. Todavia, fica o registro apenas para que não seja ampliado demasiadamente o conceito de “tratados internacionais de direitos humanos”.

Quanto ao posicionamento hierárquico desses tratados internacionais de direitos humanos, entendemos, ao contrário, que outra deveria ter sido a solução adotada, pois, tal como Flávia Piovesan, pensamos que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser tidos como normas constitucionais no plano interno². Contudo, diante da redação que foi conferida ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, pelo menos, aqueles tratados publicados antes do advento da atual redação, deveriam ser tidos como normas constitucionais propriamente ditas.

Neste sentido, também já tivemos oportunidade de dizer:

Infelizmente, apesar do intuito de colaborar com o desate de grave controvérsia jurisprudencial, o constituinte derivado, para complicar a questão, fez inserir novo parágrafo no art. 5º, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “§ 3º. Os tratados e convenções inter-

“O Supremo Tribunal cunhou um *tertius genus* de natureza jurídica de norma, entre o plano de constitucionalidade e de legalidade, ou seja, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos posicionam-se em um ‘limbo’ entre o âmbito da Constituição e o da lei ordinária.”

nacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Poucas vezes talvez se produziu entre nós um dispositivo constitucional tão infeliz como esse, pois deverá promover verdadeira balbúrdia jurídica, na medida em que, primeiro, assume a existência de duas ordens normativas diferenciadas, justamente o que a teoria monista – na concepção mais atualizada – abomina, segundo, afasta, de plano, o entendimento doutrinário e também jurisprudencial que se formava no sentido de que, à vista de sua especificidade, os

tratados e as convenções sobre direitos humanos teriam assento constitucional, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 5º.

Teria sido melhor ter deixado com antes.

De qualquer sorte, quer-nos parecer, enquanto não se retire referido dispositivo, que é o que se propugna, para que o país deixe de continuar a

ser infrator contumaz no plano internacional, por não cumprir o princípio basilar do “pacta sunt servanda”, que pelo menos os tratados internacionais plenamente vigentes antes da entrada em vigor da referida emenda constitucional tenham assento constitucional independentemente do “quorum” de sua aprovação, “quorum” este que somente passaria a ser exigido aos tratados assinados após o advento da Emenda.³

Justamente, seguindo parte desse raciocínio indicado, para salvar a mencionada solução constitucional, o Supremo Tribunal

² PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³ GEMAUQUE, Silvio César Arouck. *Op. cit.*, p. 112.

cunhou um *tertius genus* de natureza jurídica de norma, entre o plano de constitucionalidade e de legalidade, ou seja, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos posicionam-se em um “limbo” entre o âmbito da Constituição e o da lei ordinária. Tal construção, de discutível cabimento doutrinário, pelo menos é uma solução eficaz para a solução do impasse que restou colocado.

Assim, portanto, resta estabelecida uma posição hierárquica superior desses tratados sobre a legislação ordinária brasileira.

Uma terceira questão tratada no acórdão refere-se aos limites da responsabilidade penal. Em outras palavras, em que medida a acusada realmente praticou um fato típico penal, antijurídico e culpável ou praticou mero fato imoral.

Lembro, neste ponto, os balizantes princípios que sustentam o direito penal: intervenção mínima e *ultima ratio*. Com efeito, o direito penal é a última alternativa para solução dos conflitos humanos, devendo ser utilizado apenas quando outros instrumentos falharem ou quando a gravidade for de tal ordem que, *de per si*, fundamente o cabimento da repressão penal. Outrossim, escolhido o instrumento penal, este deve ocorrer apenas excepcionalmente e na medida mínima necessária à resposta social. É isso que dizem, em poucas palavras, ambos os institutos referidos.

Neste sentido, Ferrajoli:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao

delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas, arbitrária, “punitiva mais não penal” – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem a ameaçada e infligida não apenas “ne peccetur”, mas também “ne punietur”. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais, públicas ou privadas.⁴

“O direito penal é a última alternativa para solução dos conflitos humanos, devendo ser utilizado apenas quando outros instrumentos falharem ou quando a gravidade for de tal ordem que, *de per si*, fundamente o cabimento da repressão penal”

Neste sentido, é que seríamos forçados a concluir tal como a magistrada de 1ª Instância decidira, ou seja, pela absolvição da acusada, não fosse o fato bem delineado pelo ilustre Desembargador relator que apontou prova existente nos

autos, consistente em carta endereçada por uma das vítimas à acusada em que aquela deixava bastante clara sua situação de vulnerabilidade:

É de se deduzir, pois, que o mero consentimento da vítima, estando presente sua comprovada condição de vulnerabilidade, não afasta a ilicitude dos atos praticados pelo agente. No presente caso, a condição de vulnerabilidade da vítima (...) e da consciência de (...) sobre tal condição restaram cabalmente comprovadas.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

Portanto, temos que uma diferença importante deve ser destacada para que não se confunda a aplicação interna de normas internacionais com a admissão pura e simples da responsabilidade objetiva, na medida em que não é isso que está disciplinado nos tratados internacionais que regulam a matéria.

Com efeito, referidos tratados mencionam a necessidade de proteção especial a pessoas que, em situação de vulnerabilidade, sejam vítimas de tráfico de pessoas, sendo que nesses casos entende-se como comprovada a prática penal independentemente do consentimento expresso das mesmas.

Portanto, a questão gira em torno da comprovação ou não dessa elementar do tipo penal, que neste caso é complementada pela

norma internacional – lei de *status* superior entre nós – como decidido, conforme visto, pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso em análise, em suma, teve-se pela comprovação da mesma e isso não quer dizer que isso sempre ocorrerá, devendo o juiz cuidadosamente atentar para a situação específica de modo a verificar se o grupo objeto de tráfico é ou não vulnerável. Não é o simples fato de haver o tráfico de pessoas em situação de prostituição ao exterior que configurará o crime, sob pena de se estar diante da responsabilidade objetiva e do mero juízo moral, insuscetíveis de receber juízo de reprovação penal, como se viu. É o caso concreto que ditará as situações de cabimento ou não da tutela penal, conforme restou verificado no presente exemplo.

