

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO POSSÍVEL EXCLUDENTE DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

THE CONSENT OF THE OFFENDED AS POSSIBLE GROUND FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY IN HUMAN TRAFFICKING

*Lorena Góes Pimenta de Pádua Andrade **

*Shevah Ahavat Esberard ***

Resumo: *A modalidade sexual do crime de tráfico de pessoas apresenta particularidades em relação a como o consentimento do ofendido opera perante seu tipo penal. Diante disso, tem-se o objetivo deste artigo revisar como a doutrina e a jurisprudência tratam do tema. Para tanto, foi usada a metodologia de análise bibliográfica e jurisprudencial. Como resultados, concluiu-se que, a partir do marco teórico adotado, o consentimento do ofendido poderia excluir a tipicidade do tráfico sexual. Porém, na prática, a jurisprudência pátria exige também que inexistam vícios de consentimento, dentre eles, a vulnerabilidade. Este fator invalida o consentimento da maior parte das vítimas desse crime, de modo que, via de regra, é pouco expressiva - embora possível - a aplicação do referido instituto, sendo preferível desconsiderar o consentimento do ofendido, mesmo que isso implique excesso na proteção jurídica.*

Palavras-chave: Tráfico sexual; Vulnerabilidade social; Consentimento do ofendido.

Abstract: *Sex trafficking presents particularities regarding how the consent of the offended operates according to the criminal type. Therefore, this article aims to review how the legal doctrine and the brazilian jurisprudence deal with the theme. In order to do so, the methodology of bibliographic and jurisprudential analysis was used. As a result, according to the theoretical framework adopted, the consent of the victim excludes the typicality of sex trafficking. However, in practice, brazilian jurisprudence also requires that there are no vices of consents, such as the victim's vulnerability context. This criterion invalidates the consent of most victims of human trafficking. Thus, generally, the consent of the offended is only possible exceptionally. In case of doubts on the validity of one's consent, it is preferable to disregard it, even if it implies an excess of legal protection.*

Keywords: Sex trafficking; Social vulnerability; Consent.

* Graduanda em Direito pela UFMG.

** Graduanda em Direito pela UFMG.

Palavra Seca

INTRODUÇÃO

De acordo com dados do Ministério da Justiça¹, entre 2014 e 2016, 408 brasileiros foram traficados. Essa cifra, já tão alarmante, pode ser ainda maior em decorrência da subnotificação dos casos e das dificuldades em manter bases de dados sobre esse crime. Um dos aspectos reforçadores dessa perspectiva está na estatística de que, somente em 2018, 80 mil brasileiros desapareceram, de acordo com levantamento do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018. O Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Pessoas cita a precariedade na coleta de dados como uma das principais dificuldades para melhor direcionar políticas públicas nesse âmbito.

Além da escassez de dados, outro fator complicador reside em estabelecer um critério de tráfico de pessoas. Historicamente, a conceituação desse crime teve variações a partir de diferentes vertentes ideológicas e jurídicas. A recapitulação desse histórico feita por Ela Wiecko V. de Castilho demonstra que, inicialmente, o tráfico humano estava relacionado à prostituição de meninas e de mulheres brancas², vista como preocupante pela moral europeia do século XIX. A expansão do conceito veio somente após avanços como a abolição da escravatura e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesse sentido, outra virada semântica aconteceu com a inclusão de diferentes tipos de finalidade do tráfico, saindo da esfera unicamente sexual presente nos tratados anteriores sobre o assunto. Essa nova concepção foi consagrada pelo Protocolo de Palermo em 2000, ratificado pelo governo brasileiro em 2004. A principal inovação desse instrumento jurídico foi aumentar o escopo tanto das possíveis vítimas do crime de tráfico de pessoas, bem como das finalidades e dos meios de atuação da conduta tipificada. Se anteriormente somente mulheres e crianças brancas eram vítimas em potencial, agora o tráfico de pessoas constituiu um perigo a qualquer ser humano, independentemente de gênero, idade ou etnia, dada sua violação direta à dignidade humana.

Para firmar o campo de análise pretendida neste artigo, adotaremos o conceito previsto no Artigo 3º do referido Protocolo de Palermo, a saber:

Artigo 3.º

(...)

a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter

¹ Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Pessoas, 2016, p. 35.

² CASTILHO, 2021, p. 1.

Palavra Seca

o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a extração de órgãos;

Juntamente com tal definição, os julgados analisados mais adiante estão de acordo com a alteração do crime de tráfico de pessoas, dada pela lei nº 13.344, de 06/10/2016. A partir dessa modificação no artigo 149-A do Código Penal, a redação ficou da seguinte maneira:

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

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Diante da diversidade de finalidades reconhecidas para a prática de tráfico de pessoas, foi escolhida a exploração sexual - uma modalidade muito frequente - como recorte temático para o artigo. Nesse âmbito, a maioria das vítimas é do sexo feminino, sendo que 50% delas possuem entre 10 e 29 anos, de acordo com o Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Pessoas (2014-2016).

Dada a percepção moralista que permeia o trabalho sexual no Brasil, frequentemente as fronteiras entre a prostituição e a exploração sexual advinda do tráfico possuem delimitações tênues. Uma das chaves de compreensão e diferenciação desses dois fenômenos recai no consentimento dos sujeitos envolvidos. Dessarte, a presente análise evoca aspectos legais e teóricos acerca do ato de consentir, seus requisitos de validade e seus respectivos impactos na tipificação do crime de tráfico de pessoas.

Neste artigo, utilizaremos o recorte do tráfico de pessoas com finalidade sexual, visando a explorar as fronteiras entre tráfico sexual, prostituição internacional, e, principalmente, entender se o consentimento do ofendido pode descaracterizar a definição de tráfico de pessoas para essa natureza de exploração. Para tanto, a metodologia consiste na análise bibliográfica e permeia tanto a doutrina sobre o assunto, quanto a jurisprudência nacional, de forma a visualizar a problemática nas esferas dogmática e empírica.

Palavra Seca

I- O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O Código Penal Brasileiro em vigor não aborda o consentimento do ofendido como causa excludente de crime. Porém, entre os doutrinadores nacionais, é ampla a sua aceitação como causa supralegal, sobretudo no que tange a lesões a bens jurídicos próprios. Embora a excludente possa ser aplicada a crimes dolosos ou culposos, o presente artigo não se propõe a explicar o seu funcionamento em casos de modalidade culposa, uma vez que o crime de tráfico de pessoas, tema abordado, não possui previsão para tal modalidade.

De maneira geral, o consentimento do ofendido consiste no ato da vítima em concordar de modo inquestionável com a lesão ou com o perigo de lesão a bem jurídico disponível do qual é o titular ou agente expressamente autorizado a dispor sobre ele. A depender da descrição do tipo penal em questão, o consentimento do ofendido pode ser aplicado como excludente de tipicidade ou de ilicitude. Segundo Fernando Galvão, o consentimento configura excludente de tipicidade nos tipos penais caracterizados pela divergência entre a conduta praticada e a vontade da vítima³.

Recentemente, tem sedimentado a tendência a considerar como excludente de tipicidade as situações em que se verifica consentimento válido do ofendido. Como será demonstrado a seguir, a jurisprudência brasileira está em consonância com esse entendimento e acolhe o consentimento da aparente vítima de tráfico sexual como excludente da tipicidade do crime.

II- REQUISITOS DE EFICÁCIA DO CONSENTIMENTO

Para que o consentimento do ofendido seja válido, é necessário que sejam atendidos os requisitos de eficácia do consentimento, uma vez que somente é possível admitir o consentimento nos limites da liberdade individual do titular do bem jurídico, ou seja, em conformidade com os pressupostos de eficácia do consentimento⁴. Essa análise será conduzida a partir do marco teórico proposto por Rogério Greco, que defende que no consentimento válido devem estar presentes e acumulados os seguintes três pressupostos: capacidade do ofendido para consentir, disponibilidade do bem sobre o qual recai a conduta e anterioridade do consentimento (ou ao menos simultaneidade) em relação à prática.⁵

Nesse sentido, a fim de apurar a possibilidade de aplicação do consentimento do ofendido como causa excludente em condutas de tráfico

³ GALVÃO, 2013, p. 264

⁴ GALVÃO, 2013, p. 321.

⁵ GRECO, 2011, p. 368.

Palavra Seca

sexual, analisaremos se um eventual consentimento da vítima de tráfico sexual atenderia a cada um dos requisitos mencionados.

A. Ofendido capaz

A capacidade do ofendido é requisito de extrema relevância para aferir a validade do consentimento, pois este está, em primeiro lugar, relacionado à capacidade de consentir. Logo, somente aquele que é civilmente capaz de consentir poderá ter um consentimento juridicamente válido e, como consequência, suficiente para a exclusão da tipicidade do crime em que parece ser ofendido.

A capacidade de fato consiste na aptidão genérica para ser titular de direitos e de deveres na esfera civil. Esse conceito é próximo ao da autonomia da vontade, ou seja, da possibilidade de o sujeito fazer normas para si mesmo e de escolher segundo sua própria vontade.

Assim, o consentimento pressupõe o discernimento necessário para avaliar as implicações que daquela convivência podem resultar e, se assim desejar, optar pela disposição do bem jurídico em questão. Para isso, é preciso que o autor do consentimento possua capacidade em termos psíquicos e morais, de compreender o significado e o alcance daquilo que renuncia ao consentir.⁶

A legislação brasileira fixa a maioria penal em 18 anos de idade, segundo o art. 27 do Código Penal. Presume-se, então, a capacidade de discernimento para todos os adultos, exceto as situações – permanentes ou transitórias – de doentes mentais, ébrios, enfermos, que podem diminuir ou anular a capacidade de discernimento.

Nesse sentido, a capacidade de fato, de exercício da autonomia da vontade, pode ser percebida a partir do entendimento dos artigos 1º a 5º do Código Civil Brasileiro, segundo o qual são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, os enfermos ou deficientes mentais desprovidos do discernimento necessário ou os que, ainda que transitoriamente, não puderem exprimir sua vontade. Ademais, são relativamente incapazes aqueles entre 16 e 18 anos de idade, os alcoólicos habituais ou viciados em tóxicos e os deficientes mentais com discernimento reduzido, entre outros.⁷

Dessa forma, os casos que não foram descritos acima podem ser assumidos como relativos à capacidade. Ou seja, nos crimes de tráfico sexual, pessoas maiores de 18 anos dotadas de saúde mental são consideradas capazes e, caso ofendidas, atendem ao primeiro requisito de eficácia do consentimento com o tráfico de pessoas.

B. Consentimento anterior ou simultâneo

⁶ GALVÃO, 2013, p. 322.

⁷ MAGGIO, 2017, p. 8.

Palavra Seca

Por fim, a validade do consentimento está condicionada à sua anterioridade - ou ao menos simultaneidade - em relação ao cometimento da conduta lesiva. Isso significa que, objetivamente, a análise da atipicidade da conduta reside no fato de que, quando realizada a ação, o bem jurídico não estava sob proteção jurídica, devido à sua renúncia pelo ofendido.

Como o agente apenas será beneficiado pela excludente se agir consciente do consentimento do ofendido, é evidente que isso não acontece nas hipóteses de consentimento posterior e, logo, não pode ser admitido. Segundo Fernando Galvão, uma mera autorização que sucede a conduta lesiva não configura consentimento, mas somente perdão diante do ocorrido.⁸

Portanto, nas condutas de tráfico sexual de pessoas, é possível que este requisito seja satisfeito, desde que o consentimento da vítima seja dado prévia ou simultaneamente à ação lesiva descrita no tipo.

C. Bem jurídico disponível

Contemplados os requisitos da capacidade e da anterioridade, para que o consentimento do ofendido seja válido, também é preciso que se trate da disposição de um bem jurídico disponível. Assim, o debate sobre os limites do consentimento válido dialoga com as discussões sobre a disponibilidade dos bens jurídicos. A existência dessa correlação se dá a partir da possibilidade de o consentimento ser aceito ou não como justificativa para um sujeito renunciar ao exercício de um direito seu.

Para reconhecer a eficácia justificante do consentimento do ofendido, é necessária a admissibilidade jurídica da renúncia à proteção jurídica que o consentimento importa. Ou seja, deve-se verificar se o ofendido pode abrir mão daquele bem jurídico. Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso aponta que:

Bem jurídico disponível é aquele exclusivamente de interesse privado (que a lei protege somente se é atingido contra a vontade do interessado). O consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo.⁹

Tal disponibilidade dos bens jurídicos geralmente é evocada nos estudos sobre os direitos da personalidade. Nessa seara, interpretações recentes como a de Anderson Schreiber na obra “Direitos da Personalidade” prezam pela liberdade pessoal como elemento fundamental na construção da personalidade humana¹⁰. Nisso, a livre disponibilidade de bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade é fundamental para que, com o

⁸ GALVÃO, 2013, p. 322.

⁹ FRAGOSO, 2003, pp. 192, 193.

¹⁰ SCHREIBER, 2011, p. 5, 6.

Palavra Seca

devido consentimento e escolha pessoal, os indivíduos consigam trilhar seus caminhos de singularidade e de construção identitária.

Porém, na esfera penal, dado o princípio da intervenção mínima somente em *ultima ratio* os bens jurídicos devem ser protegidos penalmente, como leciona Luiz Regis Prado:

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.¹¹

Tem-se, portanto, que os bens amparados por essa área do direito são os mais valorizados socialmente, de forma que tratar da disponibilidade deles requer análises mais específicas, de acordo com cada bem jurídico e caso em questão.

Diante disso, verificar a disponibilidade do bem jurídico tutelado no crime de tráfico de pessoas constitui o primeiro passo para verificar se o consentimento do ofendido exprime sua concordância válida com a violação do direito.

No entanto, a questão não é simples, porquanto em muitos casos há dúvida quanto à disponibilidade do bem jurídico. Para além das situações de evidente interesse coletivo, como proteção à vida, a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis não se orienta por critérios rígidos, havendo significativa variação de tratamento entre as legislações dos diversos países.¹²

Primeiramente, deve-se definir qual bem jurídico é tutelado pelo tipo penal em questão. Na versão do antigo artigo 231, no qual constava a previsão do crime de tráfico de pessoas para a finalidade exclusivamente sexual, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual. Com a Lei 13.344/16, esse artigo foi revogado e substituído pelo 249-A, que amplia as finalidades possíveis do crime de tráfico. Nele, fica posto como bem jurídico a liberdade individual, ou seja, um bem mais generalizado do que na versão anterior, haja vista a diversidade das modalidades de tráfico. Outros crimes com o mesmo bem jurídico correspondente são a condição análoga à de escravo, o sequestro e o cárcere privado.

Tal liberdade individual é altamente valorizada pela sociedade e, portanto, pela legislação penal. Entretanto, há divergências teóricas sobre sua disponibilidade. Parte da doutrina considera que a utilidade social constitui um critério de disponibilidade dos bens. Ou seja, um bem disponível seria aquele com utilidade apenas para o indivíduo titular, de forma que a esfera social ao seu redor não é diretamente impactada pela sua escolha em como dispor desse bem¹³. Da mesma maneira, um bem indisponível apresentaria

¹¹ PRADO, 2010, p. 88.

¹² GALVÃO, 2013, p. 322.

¹³ HORMAZABAL, 1992, p. 14.

Palavra Seca

utilidade para além do portador de sua titularidade, impedindo a livre disposição de acordo com apenas a vontade do titular.

Por um lado, existem vertentes defensoras do livre exercício e da disposição da liberdade individual no caso do tráfico sexual, haja vista que os indivíduos envolvidos livremente optaram pelo trabalho sexual, sendo ele desprovido de exploração ou abuso. Como exemplo, o estudo de Adriana Piscitelli¹⁴ demonstra que parte das trabalhadoras sexuais deportadas para o Brasil sob o pretexto de tráfico de pessoas exerciam suas atividades de maneira livre e consentida. Segue um dos relatos coletados pela pesquisadora, reforçando a possibilidade de casos em que os envolvidos de fato estavam consentindo e exercendo a própria liberdade:

“Eu gosto de trabalhar na prostituição. Há pessoas que dizem que é um dinheiro fácil. Não é que é um dinheiro fácil. Mas, pelo menos você tem mais oportunidade de conseguir mais dinheiro. Se você quer mais dinheiro, você trabalha mais horas. Nossa vantagem é que você é livre. Você faz o que você quer!”

“Ele (o dono do clube) cobrava a diária e o resto o que você fizesse era seu. Eles cobravam 40 euros a diária. [...] Eu cheguei a fazer 400 em uma noite. [...] Porque para mim era até uma diversão, tenho até umas amigas e sempre falamos nisso, que a gente perdeu muito dinheiro porque a gente se sentava e passava toda a noite conversando”.

“Você fazendo a prostituição aqui você aprende muita história, muita cultura diferente. A mim me encanta. Porque você convive também com os franceses, com os ingleses, com alemães, com os gregos. Então, quando eu saio daqui e vou para o Brasil e você começa a conversar com as pessoas, você vai vendo a grandeza que você tem em termos de cultura”.

Por outro lado, há vertentes que consideram a liberdade individual como bem indisponível. No artigo “A Irrelevância do Consentimento do Ofendido para a Caracterização do Crime de Tráfico de Pessoas”, de Danilo Alves de Souza e Gabriela Dantas da Silva, os autores abordam como a vulnerabilidade serve como impeditivo para que a liberdade individual seja um bem disponível, de forma que não seria possível, no crime de tráfico de pessoas, as vítimas disporem desse bem a partir do consentimento¹⁵. Consoante a essa concepção, consta a jurisprudência nacional, por exemplo em Habeas Corpus exarada pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

¹⁴ PISCITELLI, 2016, p. 34.

¹⁵ SOUZA; SILVA, 2020, p. 15.

Palavra Seca

HC – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – DESISTÊNCIA – O HABEAS CORPUS, AÇÃO CONSTITUCIONALIZADA, VISA A PROCESSAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO, AMEAÇADO, OU AFETADO POR ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER (CONST. ART. 5., LXIX). A DESISTÊNCIA É ADMISSÍVEL, SALVO SE PREJUDICIAL AO PACIENTE. A LIBERDADE É INDISPONÍVEL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. ADEMAIS, CUMPRE AO JUDICIÁRIO EXPEDIR A ORDEM DE OFÍCIO UMA VEZ CARACTERIZADOS SEUS PRESSUPOSTOS. (STJ – HC: 3287 RJ 1995/0009046-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 18/04/1995, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.06.1995 p. 18747 RSTJ vol. 81 p. 367, DJ 19.06.1995 p. 18747 RSTJ vol. 81 p. 367)

Diante dessa divergência acerca da disponibilidade da liberdade individual, é essencial compreender como a jurisprudência pátria se comporta. Afinal, caso seja atestado que se trata de um bem jurídico indisponível, o consentimento não é válido por não atender a todos os requisitos de validade mencionados. Porém, caso esse bem jurídico seja tratado como disponível, os critérios adotados na prática são divergentes daqueles explanados pela doutrina.

Para visualizar qual das hipóteses correspondem à realidade jurisprudencial sobre o tráfico sexual e a validade do consentimento, o próximo tópico tratará de como os tribunais decidem sobre essa questão.

III - AS CAUSAS DE INVALIDADE DO CONSENTIMENTO SEGUNDO A LEI E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Para além dos já informados requisitos gerais para o consentimento, no caso do tráfico de pessoas, a nova redação da legislação brasileira especificou alguns critérios para tal. Antes da Lei 13.344/16, o Código Penal tratava do crime de tráfico de pessoas internacional no artigo 231, cuja redação lia-se:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2o A pena é aumentada da metade se:

(...)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Palavra Seca

Nessa antiga redação, notava-se a previsão do emprego da violência (física ou moral) ou de fraude como majorante de pena. Diante disso, a interpretação doutrinária concluía que o consentimento da vítima não interferia na tipificação do crime, mas somente na aplicação da pena. Porém, com a referida alteração legislativa em 2016, essas condutas deixaram de constar como majorantes e partiram para a execução alternativa do crime de tráfico de pessoas, passando a integrar o tipo penal. Dessa forma, sem violência, coação, fraude ou abuso não há crime de tráfico de pessoas caracterizado.

Esse entendimento é coerente com a visão do Protocolo de Palermo: no seu artigo 3º, o consentimento dado pela vítima, tendo em vista qualquer tipo de exploração, “será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer dos meios [ilícitos] referidos”. Assim, caso a pessoa manifeste consentimento inicialmente, de forma válida e sem ações coercitivas, exploratórias, enganadoras ou abusivas, não há conduta típica de tráfico.

Consoante a essa interpretação, analisaremos a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da apelação criminal nº 0005165-44.2011.4.01.3600/MT. Esse caso ocorreu em 2005, tendo como resultado três sujeitos condenados a tráfico internacional de pessoas porque promoveram o deslocamento de três brasileiras para a Espanha, onde foram exercer a prostituição. Na época, ainda estava em vigor o antigo artigo 231 do Código Penal em termos de tráfico sexual, que foi revogado com a atualização de 2016. Porém, devido à continuidade normativo-típica, a conduta em questão continuou tipificada, ainda que de forma diversa daquela prevista anteriormente. Essa continuidade ocorre quando uma conduta presente em legislação já revogada continua a ser tutelada por um novo dispositivo legal e, por isso, não deixa de ser criminosa¹⁶.

Sob a ótica dessa mudança no Código Penal, o Tribunal proferiu que não houve conduta tipificada, já que as três brasileiras consentiram livre e validamente com a viagem e com a instalação na Espanha para exercício da prostituição, bem como não houve sinal de exploração de qualquer natureza, tampouco fraude ou dolo por parte dos agenciadores. A partir da interpretação mais benéfica do novo artigo 149-A, restou que o consentimento delas afastava o crime de tráfico, pois este contém como elementares a violência, a grave ameaça, a fraude, a coação ou o abuso. A argumentação do julgamento sumariza que:

Há que se considerar em cada caso, nessa linha de raciocínio, se o consentimento foi viciado ou que tenha ocorrido o ingresso no comércio sexual em decorrência de uma situação de vulnerabilidade, de modo que as mulheres pratiquem a prostituição num contexto opressivo. Na nova redação do artigo 149-A do CP dada pela Lei 13.344/2016, a violência, a grave ameaça, a fraude, a coação

¹⁶ GRECO, 2011, p. 111.

Palavra Seca

e o abuso estão incluídas como circunstâncias elementares do novo tipo penal, de modo que, se elas não ocorrem, não se configura a tipicidade da conduta.

Equivale dizer, especialmente com relação ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, que uma vez verificada a existência de consentimento válido, sem qualquer vício, resta afastada a tipicidade da conduta.

Portanto, não há que se falar na configuração do delito de tráfico internacional de pessoas, consoante a interpretação dada ao art. 149-A, se o profissional do sexo voluntariamente entrar ou sair do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade. (TRF-1 - APR: 0005165-44.2011.4.01.3600. Relator: Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data de Julgamento: 23/07/2019, Terceira Turma, Data de Publicação: 09/08/2019.)

A jurisprudência brasileira segue linha argumentativa similar acerca da atipicidade da conduta a partir do consentimento válido da vítima e da ausência de exploração da vulnerabilidade. Essa tendência pode ser observada nos seguintes julgados recentes:

DIREITO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ART. 231, § 1º, DO CP. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CP. FRAUDE E ABUSO NÃO CONFIGURADAS. ABSOLVIÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS.

1. O tipo penal do artigo 229 do CP passou a prever como elementar do crime a exploração sexual. 2. Exploração sexual ocorre quando a pessoa que está se prostituindo, que passa a ser vítima de hipótese de abolitio criminis, incidindo o artigo 2º do Código Penal., não o faz por vontade própria, mas por estar sendo ludibriada em sua vontade e boa-fé. Não comprovados nos autos ardil, violência ou grave ameaça, inexistente delito. 3. A atual redação do crime de tráfico de pessoas, no artigo 149-A, exige grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. 4. Com o consentimento válido da vítima, inexistente crime.

(TRF-4 - ACR: 50009820620134047216 SC 5000982-06.2013.4.04.7216, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de Julgamento: 06/06/2018, OITAVA TURMA)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ULTRA-ATIVIDADE DO ART. 231 DO CP E ADEQUADA

Palavra Seca

INTERPRETAÇÃO DO ART. 149-A DO CP. LEI N. 11.344/16. ABOLITIO CRIMINIS.

1. Após o advento da Lei n. 13344/16, somente haverá tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, em se tratando de vítima maior de 18 anos, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual. 2. A prostituição, nem sempre, é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. No Brasil, a prostituição individualizada não é crime e muitas pessoas seguem para o exterior justamente com esse propósito, sem que sejam vítimas de traficante algum. 3. No caso, o tribunal a quo entendeu que as supostas vítimas saíram voluntariamente do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade (violência, grave ameaça, fraude, coação e abuso). Concluir de forma diversa implica exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súm. n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1625279/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020)

Nesses casos expostos, os indivíduos em questão estavam cientes e concordavam plenamente com a atividade sexual a ser desenvolvida no exterior, fator responsável por afastar a tipificação do crime de tráfico.

A partir da jurisprudência apresentada, é possível perceber que os julgadores buscam verificar, para determinar a eficácia do consentimento, se as possíveis vítimas estavam em situação de vulnerabilidade que compromettesse ou viciasse seu pleno exercício da vontade. Essa percepção visa a reconhecer casos em que o consentimento proferido é manipulado, de forma que as vítimas não soubessem das condições adversas e abusivas que estariam por vir. Nesses casos, não é possível caracterizar o consentimento do ofendido como motivo de exclusão da tipicidade, haja vista a invalidade do ato de consentir em relação às consequências de fato sofridas pela vítima, induzida por meio de alguma coação, dolo ou fraude, hipóteses contempladas no próprio texto do código para tipificar esse delito.

O estado vulnerável interfere na validade do consentimento e o vicia. Segundo Pedra & Barbosa¹⁷:

Vulnerabilidade é situação individual ou de um grupo, pré-existente ou criada, que significa fragilidade e, por isso,

¹⁷ PEDRA; BARBOSA, 2014, p. 79.

Palavra Seca

potencializa a possibilidade da pessoa de se encontrar em situações de risco ou de exploração.

Isso implica que as condições anteriores ao consentimento da vítima devem ser consideradas, uma vez que o contexto de vulnerabilidade ao qual estava submetida pode ser um fator que vicie seu consentimento, que em regra, não fosse isso, seria válido.

Consoante a essa definição, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) ressalta que mulheres, crianças, adolescentes, migrantes, minorias étnicas, indígenas, pessoas com deficiência e população LGBT podem estar em situação de vulnerabilidade mais facilmente¹⁸. No tráfico sexual, percebemos que, de fato, essas populações estão mais propensas a serem vitimizadas devido ao acesso mais reduzido à informação, educação formal e perspectivas de emprego e sustento próprio, conforme demonstram dados do Relatório Nacional de Dados sobre Tráfico de Pessoas (2014-2016).

Dessa forma, é de se esperar que, na maioria dos casos de tráfico sexual, a vítima estivesse em situação de vulnerabilidade no momento da aparente concordância com a disposição do seu bem jurídico, o que invalidaria o consentimento de parte significativa das pessoas afetadas por esse crime. Logo, é possível presumir que a situação de vulnerabilidade do ofendido impossibilita qualquer esforço teórico no sentido de excluir a tipicidade do tráfico sexual humano na grande maioria dos casos

Entretanto, na prática, não é o que se verifica. Nos casos selecionados, percebemos que os julgadores não reconheceram tal situação vulnerável, de forma que o consentimento dos indivíduos envolvidos foi plenamente validado pelos tribunais. Conforme exposto, os julgados relataram casos de trabalhadores sexuais que “voluntariamente” foram ao exterior em busca de melhores condições e de empreendimentos profissionais. Desse modo, nos casos abordados, dados por satisfeitos os requisitos de consentimento válido, os juízes reconheceram nesses casos a validade do consentimento das vítimas. Como consequência, constatou-se a atipicidade do fato e, por fim, a ausência de crime de tráfico de pessoas.

Nesse contexto, cabe refletir sobre a dificuldade em apontar as situações de vulnerabilidades, sobretudo diante de limites tênues do pleno exercício da liberdade individual e sexual. A intenção, por um lado, é evitar que traficantes se aproveitem das situações de vulnerabilidades das vítimas e, por outro, evitar uma visão paternalista que limite a liberdade de escolha de cada um. Assim, é de grande relevância a sensibilidade do julgador no momento da análise do caso concreto e das suas nuances próprias, visando dosar liberdade pessoal e proteção jurídica ao identificar possíveis vícios, com base nas provas e no acesso ao inteiro teor da cada processo.

¹⁸ UNODC, 2012, p. 88.

Palavra Seca

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que, em teoria, o consentimento do ofendido poderia excluir a tipicidade do crime de tráfico de pessoas, desde que presentes e acumulados os seguintes requisitos: capacidade do ofendido, a disponibilidade do bem jurídico “liberdade sexual” - debate ainda não pacificado e com diversas interpretações- e a anterioridade do consentimento.

Contudo, para além desses requisitos da doutrina, a jurisprudência brasileira entende ser necessária a inexistência de vícios de consentimento, relacionados à fraude, à violência, à coação e ao abuso. Para identificá-los, é preciso uma análise do contexto do ofendido previamente ao possível consentimento, a fim de avaliar se o autor do crime se aproveitou da vulnerabilidade da vítima para obter o consentimento e, em caso afirmativo, o aparente consentimento do ofendido é inválido, irrelevante, de modo que resta reconhecido o crime de tráfico de pessoas.

Dessa forma, os julgados brasileiros estão em concordância com o entendimento lecionado no Protocolo de Palermo, que reconhece o crime de tráfico de pessoas quando o sujeito passivo é induzido ao engano e, em erro, consente. Como na maioria dos casos de tráfico sexual as vítimas estavam em situação de vulnerabilidade, pode-se afirmar que o consentimento -de fato livre- do ofendido exclui o crime em uma minoria dos casos. Assim, embora possível, a aplicação desse instituto, de maneira geral, mostra-se pouco expressiva no que tange aos crimes de tráfico de pessoas para fins sexuais.

Portanto, cabe ao julgador do caso específico ter sensibilidade para perceber aspectos tão subjetivos, que desafiam os tênues limites entre liberdade e vulnerabilidade, ou seja, entre consentimento válido e viciado. Nesse sentido, os casos concretos desafiam a percepção de até que ponto o Estado deve interferir e punir o fato, mesmo que o faça contra a aparente vontade da pessoa lesada.

Dessa forma, uma vez que parece impossível uma análise perfeitamente objetiva a respeito do consentimento - devido à subjetividade dos fatores que a compõem - defendemos que é mais adequado desconsiderar o consentimento do ofendido. Se for o caso, é preferível pecar pelo excesso de proteção jurídica, a fim de garantir que tenha amparo estatal para a maioria das pessoas que concorda com o tráfico sexual não por livre vontade e consentimento válido, mas por necessidade e por vulnerabilidade socioeconômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf. Acesso em: 09/01/2021.

Palavra Seca

Código Penal. Decreto Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. In: Vade mecum penal e processual penal. 3ª ed. Niteroi, Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**. 13ª ed. Rio de janeiro: Impetus, 2011.

HORMAZABAL, Hernán. **Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)**. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p.14.

LIMA, R. S., BUENO, S. **Anuário brasileiro de segurança pública**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2018.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Novo crime de tráfico de pessoas, Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/392610608/novo-crime-de-trafico-de-pessoas>. Acesso em: 09/01/2021.

PEDRA, Alline & BEZERRA, Joana. **A tríade ocasional: vulnerabilidade, migração e tráficos de pessoas**. In Michelle Guerardi, (org.) Cadernos Temáticos sobre Tráfico de Pessoas. vol. 2. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2014

PISCITELLI, Adriana. **Sujeição ou subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha**. In: Revista Histórias e Perspectivas, n. 35. Uberlândia, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Protocolo de Palermo. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. ONU, 2000. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf> . Acesso em: 11/01/2021. Acesso em: 09/01/2021.

Palavra Seca

Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas: dados 2014 a 2016, Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados.pdf>. Acesso em: 09/01/2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, São Paulo, Atlas, 2011.

SOUZA, Danilo Alves; SILVA, Gabriel Dantas. **A irrelevância do consentimento do ofendido para a caracterização do crime de tráfico de pessoas**. Revista científica semana acadêmica, Fortaleza-CE, Edição 202, V. 8, 2020.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). Issue Paper on Abuse of a Position of Vulnerability and Other Means within the Definition of Trafficking in Persons, 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html?ref=menuaside> Acesso em: 09/01/2021.