

O consentimento da vítima no tipo penal do tráfico de pessoas



Louise Vilela Leite Filgueiras Borer

Juíza Federal. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

*Quero dos deuses só que me não lembrem.
Serei livre — sem dita nem desdita,
Como o vento que é a vida
Do ar que não é nada.
O ódio e o amor iguais nos buscam; ambos,
Cada um com seu modo, nos oprimem.
A quem deuses concedem
Nada, tem liberdade.¹*

¹ Fernando Pessoa como seu heterônimo Ricardo Reis: “Quero dos deuses” in “Odes”.

RESUMO: O artigo analisa o consentimento da vítima como elemento do tipo penal do crime de tráfico de pessoas e a importância atual de se considerar a vulnerabilidade da vítima para alcançar tal caracterização, especialmente em face das alterações legislativas operadas em nosso sistema penal ao longo do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de pessoas. Tipicidade. Consentimento da vítima. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The article provides the analysis of the victim's allowance as an element of the legal description of the felony of human traffic, and the current importance of considering the victim's vulnerability situation to characterize it, due to the changes operated in time in Brazilian criminal law.

KEYWORDS: Human trafficking. Legal description. Victim's consent. Vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução legislativa e o problema do consentimento da vítima. 3. Moralidade e exploração sexual. 4. Do consentimento da vítima como elemento negativo do tipo penal do tráfico de pessoas. 5. Consentimento e vulnerabilidade: em busca da identificação. 6. Conclusões. Referências.

1. Introdução

Falar do tráfico de pessoas é falar do direito à liberdade, de sua proteção e de sua supressão. É falar da dignidade humana, essa que não existe sem a liberdade. É falar da regulamentação do exercício desse direito, dos limites de sua disponibilidade e das fronteiras entre a autodeterminação do indivíduo e a escravidão.

É consabido que o Direito existe para regular as relações sociais: *ubi societas, ibi ius*, no brocardo Ulpiano. Modifica-se, na medida em que a sociedade se transforma, que os costumes se alteram e novas situações, não regulamentadas, passam a exigir a intervenção do Estado para discipliná-las, ou para adequar a sua disciplina ao que a realidade social já consolidou.

Não é diferente com o tráfico de pessoas, cuja regulamentação passa a abranger, com o tempo, novas formas de comércio de seres humanos, para além da original figura do tráfico de mulheres para exploração sexual. Por um lado, conceitos morais tradicionalistas cedem à necessidade de consideração de fatos socioeconômicos reais movidos pela autonomia da vontade. De outra parte, os criminosos se especializam em aproveitar-se das mais variadas situações de vulnerabilidade social para cooptar presas fáceis e utilizá-las como mercadoria de consumo e obter lucro. A escravidão em suas diversas formas é uma chaga histórica, aberta desde a antiguidade, mas ainda viva, pois novas formas de submissão e exploração do ser humano são adaptadas aos tempos atuais, e persistem.

A questão do consentimento da vítima com sua exploração pelo aliciador é bastante tormentosa. Até que ponto é dado a uma pessoa permitir ser explorada? Em que medida o legislador deve interferir nessa exploração? Todo trabalho não carrega em si uma forma de exploração do indivíduo, de suas forças, físicas, intelectuais, criativas, de seu tempo de vida? Até que ponto é ilícito e, mais ainda, deve ser criminalizada a atitude do terceiro que agencia essa exploração, desejada pela vítima? Quando estaremos diante de situação de consentimento viciado apesar de a própria vítima acreditar ter exercido plenamente sua liberdade e autonomia da vontade? Há situações em que se deva presumir absolutamente o vício do consentimento? Há situações em que o consentimento é irrelevante?

Coloco desde o início essas questões, mas devo já alertar o leitor de que não tenho a pretensão de dar as respostas, minha intenção é provocar o debate e colocar alguns pontos que entendo importantes para, nos casos concretos, identificar uma situação de tráfico de seres humanos *nos termos da lei*, e dar a ela o tratamento penal adequado.

Assim, o recorte que faço nesse artigo é no sentido de trazer um panorama das alterações do tratamento dado ao tráfico de pessoas pela legislação penal brasileira, com foco na questão do consentimento da vítima, de modo a problematizar a questão da tipicidade da conduta.

Trabalhando questão do consentimento, trataremos da questão da vulnerabilidade como indicador de seu vício, da configuração do abuso, elementar do tipo penal atual, e da necessidade de cuidado na produção da prova, essencial para desvendar esses aspectos fáticos específicos que compõem o quadro da situação de tráfico.

2. Evolução legislativa e o problema do consentimento da vítima

Se traçarmos um breve histórico, veremos que na redação original do Código Penal não havia um tipo penal específico para o tráfico de pessoas, conduta que hoje está descrita em seu artigo 149-A.

O artigo 231, em sua redação original, tratava apenas do “tráfico de mulheres”, “para exercer a prostituição”, e estava incluído no Capítulo V, “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”, no Título VI, “Dos crimes contra os costumes”.

Art. 231. 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.
Pena- Reclusão de três a oito anos.

Em 2005, a Lei nº 11.106 alterou a redação daquele artigo, ampliando a proteção do tipo penal a todas as pessoas, não somente às mulheres traficadas internacionalmente para a prostituição, e acrescentou o tipo penal do artigo 231-A, ao que subdividiu as condutas incriminadas em tráfico internacional de pessoas e tráfico interno de pessoas, cominando àquele primeiro pena mais grave:

Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

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

§ 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Tráfico interno de pessoas

Art. 231-A. 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:

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

Note-se que a finalidade do tráfico de pessoas, não mais de mulheres apenas, continuava limitada à finalidade de exercer a prostituição. Em 2009, sobreveio nova alteração na redação do artigo, pela Lei nº 12.015, que suprimiu a ação de “intermediar” do tipo, e acrescentou à finalidade específica “exercer a prostituição” a formula mais genérica “ou outra forma de exploração sexual”. Acrescentou uma figura equiparada, a do § 1º, detalhando as ações de agenciar, aliciar, vender, comprar, transportar, transferir ou alojar a pessoa traficada, núcleos em que se inserem semanticamente à conduta de intermediar.

A alteração trouxe também quatro causas de aumento de pena (§ 2º), e uma figura qualificada pela multa (§ 3º), confira-se:

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

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.

§ 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

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

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Manteve-se a subdivisão entre tráfico internacional e interno e a mesma lógica da alteração do artigo 231 (supressão de um dos núcleos do tipo, criação de figuras equiparadas, causas de aumento e figura qualificada) foi aplicada ao 231-A:

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la

§ 2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

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

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Pois bem. Da leitura dos artigos transcritos acima, observa-se que, até o momento dessa alteração legislativa, a lei penal não continha em seu texto elemento expresso sobre o consentimento da vítima para a tipificação do crime.

Os núcleos dos tipos penais utilizados, promover, intermediar, facilitar, agenciar, vender ou comprar, transportar, transferir ou alojar *pessoa* para a exploração *sexual* indicam condutas que se consumam independentemente de o agente atingir a finalidade desejada, qual seja a efetiva exploração sexual da vítima e, bem assim, independentemente de ter ou não obtido o consentimento desta pessoa para a prática dessas ações. Para o crime, bastava a realização daquelas ações com a finalidade de exploração sexual.

O conteúdo das causas de aumento acrescidas evidencia que o vício do consentimento era tão somente uma causa de agravamento da pena e, assim, não influiria na tipificação do crime.

Com efeito, a menoridade e o desenvolvimento mental incompleto, enfermidades ou quaisquer fatores que prejudicassem seu necessário discernimento, situações em que se presume a incapacidade plena de consentir, eram consideradas situações *mais graves* pela lei, o que, a *contrario sensu*, levava à conclusão de que, *em qualquer caso*, a pessoa maior e capaz que fosse levada por outrem a se prostituir fora do território nacional (ou mesmo em virtude de deslocamento interno) ou aquela estrangeira que para o Brasil viesse fazê-lo, trazida por outrem, era vítima de tráfico de pessoas, independentemente de sua capacidade plena (presumida) de consentir com a ação do aliciador.

Portanto, na vigência da redação do artigo 231 anterior à Lei nº 13.344/2016, não havia que se perquirir sobre eventual consentimento da vítima para dar-se por aperfeiçoada a conduta típica.

Dentro dessas diretrizes legais, o Decreto instituidor da Política Nacional então vigente assinalava expressamente que o consentimento dado pela vítima era irrelevante para a configuração do tráfico de pessoas (§ 7º do art. 2º da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas aprovada pelo Decreto nº 5.948/2006).

Tal acepção facilitava a persecução penal e colocava a pessoa aliciada na posição de vítima em qualquer caso, o que, evidentemente, tinha a intenção de facilitar a proteção dessas pessoas.

Apesar disso, a disciplina legal deixava a desejar, pois, no universo das situações reais, havia aquelas em que a suposta vítima, de fato, era plenamente capaz, realizava a própria exploração sexual como atividade econômica por opção, vez que tinha decidido livremente fazê-lo. Além disso, achava justa a remuneração que recebia, consideradas as outras opções de atividades remuneradas que teria. Essas pessoas não estavam submetidas a qualquer tipo de cárcere privado ou a maus-tratos e não tinham a menor intenção de interromper o exercício dessa atividade lucrativa.

Nesse contexto, ainda na vigência do artigo 231 do Código Penal, a doutrina debatia se o consentimento pleno, válido, da pessoa maior e capaz que se submetia às ações ali descritas, excluiria o crime, por atipicidade material, a despeito de a lei não tratar da questão, pois a conduta não teria violado, nesses casos, o bem jurídico protegido pela norma, a liberdade sexual.

Como bem apontou Daniel de Resende Salgado ao tratar da questão do consentimento ainda sob a vigência daquele artigo:

[...] a manifestação da liberdade sexual, bem jurídico tutelado pela norma prevista no art. 231 do Código Penal, deve ser avaliada e valorada levando-se em consideração a escala de referências axiológicas da sociedade, tendo, como plano de fundo, o caráter estigmatizante e criminógeno da prostituição. *Adicionado a isso em cada caso concreto de potencial tráfico internacional de seres humanos, deve-se procurar perceber a situação econômica/psicológica/social/familiar (condições básicas para o exercício da tal liberdade) das indigitadas vítimas envolvidas nas redes de traficância*, ou seja, se já foram vitimizadas pela ausência de oportunidades, pelas esperanças desfeitas e sonhos nunca realizados e se tais fatores foram explorados pelos traficantes para revitimizá-las (destaquei) [...] Vale dizer: *se o valor tutelado pela norma é disponível e exonerador da responsabilidade penal, seu titular deve ter condições de dispor do bem jurídico por meio de uma manifestação de vontade sem vícios, totalmente livre e consciente*. Se assim não entendermos, o risco de a percepção comum afastar o indivíduo da condição de

vítima primária é concreto. Em consequência, a vitimização terciária e autovitimização secundária, ou seja, a culpabilização (social e individual) pela prática criminosa, são intensificadas, o que impulsiona, em um pacto perverso, a aproximação da vítima com seu algoz, dificultando, dessa forma, o cabal enfrentamento do tráfico internacional de seres humanos.²

Note-se que, à época, o crime se inseria no Título VI, “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, no Capítulo I, “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”, mudança operada em 2009, que redefiniu o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar o bem jurídico *Dignidade Sexual* e não mais os *Costumes*.

A modificação já sinalizava uma separação entre conceitos que diziam respeito apenas à moral daquilo que é jurídico e penalmente relevante, rumando-se à proteção da liberdade individual, na esteira do que já vinha preconizando a disciplina internacional da matéria. Esse movimento se intensificou e resultou na alteração seguinte, feita em 2016, quando se deslocou o crime de tráfico de pessoas para o Título I do Código Penal, “Dos Crimes Contra a Pessoa”, Capítulo VI, “Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”, Seção I, “Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”.

Com efeito, o apelo moral refletido na tipificação de condutas contra os costumes foi gradualmente abandonado pela legislação em matéria de tráfico de pessoas para a exploração sexual, até o presente momento legislativo, em que o aspecto da liberdade individual e capacidade de autodeterminação do indivíduo prevalece sobre aqueles aspectos mais subjetivos.

3. Moralidade e exploração sexual

Em que pese o abandono gradual de apelos morais pela legislação, é importante também considerar o fato de que remanescem tipificadas as condutas de manter casa de prostituição, favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual e rufianismo, incriminando a exploração pelo intermediário da liberdade sexual de outrem, ainda que isso soe, para muitos, anacrônico.

Em matéria de tráfico de pessoas, porém, a nova lei, como veremos, considera relevante o consentimento da vítima, e assim retira da esfera do Direito Penal as condutas daqueles que agenciam, aliciam, recrutam, transportam, transferem, compram, alojam ou acolhem pessoa com a finalidade de exercer a prostituição, ou outras formas de exploração sexual (ou de outro modo servil) do indivíduo, ali descritas, desde que fruto de uma escolha livre, feita de forma válida, não viciada. É o que se infere da nova redação do artigo 149-A do Código Penal.

Porém, paradoxalmente, para as figuras que punem o explorador direto, o consentimento da vítima continua irrelevante, como nos citados crimes de *rufianismo* (art. 230), no *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* (art. 228), e no caso da *redução à condição análoga a de escravo* (art. 149).³

2 SALGADO, Daniel Rezende de. Tráfico internacional de seres humanos, prostituição e vulnerabilidade: análise conceitual e empírica. In: ANJOS, Fernanda Alves dos (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 306.

3 Já os Crimes contra a Organização do Trabalho (CP, arts. 197 a 207) envolvem sempre uma elementar de violência ou grave ameaça ou fraude, revelando que, nesses casos, também é relevante a investigação do consentimento de eventual vítima pessoa física. A exceção é a figura do artigo 207 do CP, “Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do

Sobre essa contradição interna da disciplina penal dos crimes contra a liberdade e dignidade sexual, que evidencia a persistência da imbricação de conceitos puramente morais, advindos dos antigos crimes contra os costumes, confira-se a importante síntese realizada pelo magistrado Márcio Assad Guardia em sentença proferida no Processo nº 0003031-36.2013.4.03.6181 da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo:

De todo modo, resta evidente que a Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2013 passou a explicitar que o dissenso do eventual ofendido é inerente à figura típica, de sorte que o seu consentimento válido, não viciado, implica necessariamente a atipicidade da conduta, visto que inseriu como parte integrante do tipo objetivo constante do art. 149-A do Código Penal as elementares grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Nessa toada, a doutrina já aventava a necessidade de adequação das figuras típicas envolvendo a prostituição às premissas do Direito Penal, de molde a eliminar o conteúdo puramente moral, adstringindo-as às condutas que efetivamente violam a dignidade sexual da pessoa, violando a sua autodeterminação sexual.

Nos dizeres de Renato de Mello Jorge Silveira, as situações envolvendo a prostituição “não tem mais lugar em uma construção afastada da moral. Assim, crimes como a mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227 do Código Penal), favorecimento a prostituição (art. 228 do Código Penal), casa de prostituição (art. 229 do Código Penal) e rufianismo (art. 230 do Código Penal) não têm mais espaço na lei. Além de não violarem a autodeterminação sexual nem se utilizarem, em termos gerais, de violência ou grave ameaça, somente se justificam se houver uma perspectiva histórica de repressão ao que se considera impudico. Desta feita, as condutas devem ser afastadas de qualquer sorte de previsão penal.”

No mesmo passo, assinala César Roberto Bitencourt acerca do tipo inserto no art. 228 do CP: “Contrariamente a um legislador que pretende proteger a liberdade sexual individual, que é a finalidade que este texto se atribui (Lei 12.015/2009), criminaliza, ao mesmo tempo, o exercício dessa liberdade. Com efeito, tratando-se de prostituição entre adultos, sem violência ou grave ameaça, temos dificuldade em aceitar que o legislador tenha legitimidade para criminalizar exatamente o exercício livre da sexualidade de cada um (art. 5º, X e LXI).”

Por seu turno, quanto ao art. 229, o supracitado penalista assevera: “[...] paradoxalmente o legislador penal proíbe a exploração de uma atividade, que é permitida e, confundindo moral com direito, ‘condena’ a prostituição a realizar-se nas ruas, guetos, clandestinamente”.⁴

De fato, existe uma contradição de fundo, essencial, no conjunto de disposições da lei brasileira, enquanto admite que o indivíduo explorado consinta com a prática de figuras proibidas para o explorador, e que, por outro lado, pune o explorador por promover atividades que reputa lícitas. Ao buscarmos coerência nessa disciplina, chegamos à conclusão de

território nacional”: “Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental”, no que difere da figura do “Aliciamento para o fim de emigração”, que exige a elementar da fraude: “Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

4 GUARDIA, Márcio Assad. *Operação Garina*. Processo nº 0003031-36.2013.4.03.6181. 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-investigacao-mpf-prostituicao.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

que se fundamenta na ideia segundo a qual não se deve incriminar a inflição de dano contra si mesmo, e que nesses casos, de prostituição ou servidão, não há um dano social envolvido que exija a interferência do legislador penal.

Disso se extrai que o legislador manteve a noção de que a prostituição é um mal, e a indução a ela e sua exploração é digna de criminalização, por implicar em grave dano causado a terceiro e à sociedade em geral. Tal conclusão decorre logicamente do fato de que as intermediações e agenciamentos de outras atividades lucrativas de exploração do indivíduo, de sua força de trabalho, de sua imagem, e assim, ainda que reflexamente, de seu corpo, não são proibidas, aliado ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que reserva para si a punição das condutas mais graves dentre todas aquelas que sejam ofensivas aos interesses sociais e individuais.

4. Do consentimento da vítima como elemento negativo do tipo penal do tráfico de pessoas

Seguindo em nossa análise dessas modificações legais, e na esteira do já exposto, lembremos que, para além da modificação topográfica, o legislador inseriu no tipo penal as importantes elementares “fraude, coação, ameaça ou abuso” que implicam na necessária investigação sobre o consentimento válido da vítima para caracterizar-se a tipicidade da conduta.

Com efeito, neste caso, quis o legislador que o consentimento válido da vítima, se presente, excluísse a tipicidade da conduta, e não sua ilicitude, pois não o arrolou como uma de suas causas excludentes, como o estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal. Em sua essência, o consentimento da vítima no tráfico de pessoas se comporta como elemento negativo do tipo,⁵ é dizer, aquele elemento que, se presente, segundo a respectiva teoria, exclui a configuração da tipicidade.

Porém, mesmo se considerarmos, no caso, o consentimento como excludente de ilicitude, a despeito de situado no tipo penal, teremos a exclusão da antijuridicidade da conduta e, conseqüentemente, do crime.

5 Essa a teoria que melhor explica o raciocínio para a aferição da tipicidade que se deve fazer para essa figura, especialmente. Seria esse um indicativo de que a teoria dos elementos negativos do tipo convive no nosso Código Penal com a teoria finalista? É sabido que a doutrina afirma que teoria dos elementos negativos do tipo não é abarcada pelo nosso Código Penal, que separa a tipicidade da ilicitude, adotando a teoria finalista da ação. Segundo a primeira, as excludentes da ilicitude seriam elementos negativos do tipo, pois, se presentes, excluiriam a tipicidade. Segundo os que a defendem, como José Cirilo Vargas, o tipo penal seria um tipo de injusto, que engloba a ilicitude: “Nosso ponto de vista, portanto, se alia, primeiramente, à teoria da ‘ratio essendi’, portadora da valoração jurídico-penal que o juízo da antijuridicidade exprime. Seja usando expressões como ‘tipo de injusto’, ‘tipo de ilicitude’, ‘injusto típico’, ‘ilicitude tipificada’, ‘tipo total’ ou outra de idêntico significado, o certo é que houve uma superação do tipo meramente indiciador da antijuridicidade, mas o seu verdadeiro portador. Nas palavras de Edmund Mezger, ‘la decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, “típica”. Para nosotros todo el peso de la valoración jurídico-penal’ e que ‘dicho tipo es el próprio portador de la desvaloración jurídico-penal que el injusto supone’ (Tratado de Derecho penal I. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 364-367). A teoria em questão recebeu numerosos adeptos, contando com outros nos dias atuais. Mas por seu renome e autoridade, deve ser lembrado Wilhelm Sauer, que ensinava: ‘tipicidade é ilicitude tipificada. O tipo é somente uma forma de aparecimento da ilicitude, e, certamente, uma de suas duas subsunções: a positiva, enquanto a outra, negativa, compõe as causas justificativas.’ SAUER, Wilhelm. *Allgemeine strafrechtslehre*. Berlin: Gruyter, 1955, p. 69, *apud* VARGAS, José Cirilo. Os elementos negativos do tipo penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 287 - 304, jul./dez. 2012.

De qualquer modo, dada a relevância do consentimento da vítima para o legislador, e, bem assim, pelo fato de que a prostituição não é proibida, nos é dado afirmar que, no ordenamento jurídico pátrio, atualmente, a liberdade sexual situa-se na esfera da autodeterminação do indivíduo, submetida ao princípio de que ninguém pode ser punido por causar dano a si mesmo.

Portanto, respeitada a autonomia da vontade, a liberdade sexual, aspecto da liberdade pessoal, é um *bem disponível* para o legislador, que exclui o crime nas hipóteses em que se verificar um consentimento válido do sujeito passivo.⁶

Importante conferir a tipificação dada pela Lei nº 13.344/2016 ao do tráfico de pessoas:

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

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal;
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º. A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Essa modificação se explica também pelo esforço do legislador brasileiro para se adequar às normas internacionais, pois, desde 2004, com o Protocolo de Palermo, no âmbito internacional, tais situações validamente acordadas entre as partes não se caracterizavam como tráfico de pessoas. Confira-se a redação do artigo 3º do citado Protocolo,⁷ que define o tráfico de pessoas no âmbito internacional:

a) 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

6 No tráfico de pessoas para extração de órgãos entendo que a situação em relação ao consentimento é específica e diversa, apesar de não haver previsão expressa do legislador: há proibição do comércio de órgãos e partes do corpo humano, assim, trata-se de bem indisponível. Apesar de constar no *caput* do referido artigo as elementares relativas aos vícios de consentimento e a finalidade estar relacionada nos incisos, indicando correlação entre esta e os elementos normativos que nos remetem à ausência de consentimento, nessa hipótese, por interpretação sistemática dos artigos 149-A e artigo 15 da Lei nº 9.434/1997, entendemos que é irrelevante o consentimento da vítima. O mesmo raciocínio se aplica à supressão absoluta do direito de liberdade, como na redução à condição análoga à de escravo (art. 149).

7 Trata-se do “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” promulgado pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

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;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

A similaridade entre o *caput* do artigo 149-A do Código Penal e o artigo 3º de referido protocolo é grande. O legislador brasileiro definiu como núcleos do tipo as mesmas condutas da definição do artigo 3º do Protocolo de Palermo: recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas, apenas acrescentou ali o aliciamento e o agenciamento, o que de qualquer forma já se incluiria na expressão “recrutamento” e seria desnecessário.

Seguiu-se descrevendo o elemento subjetivo do tipo, o dolo específico da conduta, finalidade visada pelo agente com as ações do *caput*, que deve ser uma dentre aquelas descritas nos incisos, as quais não mais se reduzem ao tráfico para exploração sexual, mas incluem o trabalho escravo ou qualquer tipo de servidão, a extração de órgãos e a adoção ilegal, o que também se coaduna com as normas do Protocolo de Palermo.

Quanto às elementares relativas ao vício do consentimento, da mesma forma, houve reprodução daquele artigo 3º da Convenção Internacional, que define como tráfico de pessoas aquelas ações, desde que praticadas “recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou de 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 tem autoridade sobre outra, para fins de exploração.”

É fácil notar que foi na trilha das diretrizes do Protocolo Adicional que o legislador ordinário brasileiro estabeleceu, por meio da Lei nº 13.344/2016, os princípios norteadores da política de enfrentamento ao tráfico de pessoas, definiu os seus principais eixos (prevenção, repressão e acolhimento às vítimas), descreveu as modalidades finalísticas do tráfico, fundiu as figuras do tráfico internacional e interno, tornando mais grave a ação transnacional.

Em relação ao consentimento da vítima, insta observar que o legislador, ao descrever as formas em que o agente obtém o consentimento viciado: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, utiliza-se da redação do Protocolo, mas a reduz, pois na redação da Convenção Internacional se fala em ação em que se recorre ao abuso de autoridade, à situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra.

Tal redução, ao nosso entender, não é de ser interpretada como um limitador o âmbito de abrangência da norma penal brasileira em relação à norma internacional para excluir tais situações, ao contrário, o amplia para nela incluir qualquer forma de abuso de uma situação privilegiada que implique em facilitação do exercício do poder do agente

sobre a vítima. Ao estabelecer o “abuso” como elemento normativo do tipo, alarga-se a *moldura Kelseniana*⁸ do quadro do tráfico de pessoas, do tipo penal, que passa a comportar e a exigir a valoração pelo juiz da situação concreta, a identificar se houve tal abuso.

Portanto, ao inserir no tipo penal o vício de consentimento decorrente de abuso, de forma genérica, a lei nos remete inexoravelmente à necessidade de identificação da situação de *vulnerabilidade* do indivíduo aliciado, recrutado, agenciado, transportado, transferido, comprado, alojado ou acolhido, ou seja, da potencial vítima de tráfico de pessoas, e não apenas a identificar se a tal pessoa seria, formal e legalmente, capaz de consentir com seu recrutamento para as atividades proscritas pela norma penal.

5. Consentimento e vulnerabilidade: em busca da identificação

A constatação da situação específica de *vulnerabilidade* é indicativo forte de que a escolha feita pelo indivíduo *economicamente orientada*,⁹ em que pese aparentar o exercício livre de uma opção, fora, na verdade, viciada.

Nesse ponto, releva ressaltar que qualquer indivíduo que submete à exploração a sua força de trabalho em troca de remuneração (nela incluídos o uso do corpo, mente e tempo de vida) faz uma escolha economicamente orientada, na acepção de Weber. A questão é estabelecer quando a ação economicamente orientada decorre de uma escolha livre, e quando, ao contrário, apesar de aparentá-lo, decorre de fatores externos que viciam o pleno exercício da liberdade por parte daquele que a exerce.

É claro que plena liberdade é uma utopia. Todos nós, em certa medida, abrimos mão dela através das escolhas que fazemos na vida. A liberdade de fazer essas escolhas é a única verdadeira liberdade, mas até em situações de aparente ausência de fatores externos determinantes delas, agimos influenciados por situações que dizem respeito aos outros, ao que nos é exterior e não nós mesmos.

Portanto, não seria incorreto afirmar que nossas vulnerabilidades ao meio, enquanto seres humanos, são frequentemente motivadores psíquicos de nossas escolhas individuais. Resta saber em que medida essas vulnerabilidades específicas são capazes de dar causa a um vício do consentimento, tornando-a, em relação a uma situação da vida, incapaz de reagir propriamente na defesa de seus interesses essenciais e submeter-se ao jugo de um terceiro.

De acordo com o relatório publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), as crianças constituem 25% a 30% do total de pessoas em situação de tráfico identificadas, o segundo maior grupo de afetados depois das mulheres no período analisado. A circulação das vítimas cresce anualmente, estimando-se que, só no Brasil, existam 241 rotas do tráfico nacional e internacional da exploração sexual de mulheres e adolescentes. As regiões com maior número de rotas são as mesmas com os maiores índices na proporcão de pobreza.¹⁰

8 “[...] o direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

9 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Karen Elsabe Barbosa e Regis Barbosa. 4. ed. 3. reimp. Brasília: Universidade de Brasília, 2012, p. 37.

10 POLITIZE! *Tráfico de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo?* Disponível em: <<https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

A finalidade mais comum dessas ações criminosas é a exploração sexual, que chegou a impressionantes 86% em 2018, em sua maioria de mulheres e meninas, seguida da exploração para trabalhos forçados (14%) e de outras modalidades finalísticas, como extração de órgãos, casamentos ou serviço militar forçados. Porém, podem ser variadas as formas de submissão do indivíduo à servidão praticadas em todo o mundo, segundo dados da *Counter-Trafficking Data Collaborative (CTDC)*.¹¹

Assim, para o tráfico de pessoas, é dado dizer que crianças e mulheres na faixa dos 18-20 anos de idade são mais vulneráveis, e que dentre os homens essa vulnerabilidade se acresce nos grupos de maior idade. À vulnerabilidade pelo fator idade se soma a relativa à baixa escolaridade¹² e, é claro, às condições econômicas precárias.

Migrantes, em geral, ou aqueles que desejam migrar, em busca de uma situação melhor de vida, vindos de outros países ou regiões de um mesmo país, fugindo de guerras, ou de situações de violação de direitos humanos, de ausência de oportunidades de trabalho e sobrevivência, que sofreram perdas relevantes em virtude de catástrofes ambientais, são grupos vulneráveis ao aliciamento do tráfico de pessoas em geral, principalmente para trabalho escravo e outros tipos de servidão.

Identificada uma situação de vulnerabilidade do aliciado, por fatores socioambientais, psíquicos ou mesmo físicos, aliada a um quadro de privação de direitos, ou à intenção por parte de terceiro de submeter o indivíduo a tal privação, verificado haver obrigações evidentemente iníquas entre as partes, jornadas exaustivas sem direito ao lazer, dentre outras situações de desequilíbrio “contratual”, estaremos muito provavelmente diante de uma situação de tráfico de pessoas.

Nessa esteira, pode-se afirmar que a situação vulnerabilidade da vítima em face do ofensor, à qual ele recorre para o aliciamento, gera uma presunção relativa, *iuris tantum*, de que o consentimento fora viciado.

Por outro lado, seria incorreto dizer que quaisquer indivíduos que se submetem ao agenciamento para a exploração sexual ou ao trabalho não regulamentado sejam incapazes de consentir com situações limítrofes, em que a exploração do trabalho irregular ou do sexo existe, mas não se configuram objetivamente o cárcere privado e outras situações de supressão de direitos de todo o gênero, ao menos não para além das privações suportadas pela população economicamente carente.

Segundo Ela Wiecko:

[...] o termo vulnerabilidade vem sendo utilizado por vários campos de conhecimento e incorporado em outros textos legais e administrativos. Assim, a exemplo, detectamos as expressões: vulnerabilidade social, vulnerabilidade socioambiental, vulnerabilidade

11 Há algumas similaridades entre os setores laborais para os quais crianças e adultos são traficados, por exemplo, trabalho doméstico e hotelaria. Enquanto adultos são mais traficados para agricultura e manufatura, crianças são mais traficadas para mendicância, para uso como vendedores ambulantes e para a prática de atividades ilícitas. Traficantes costumam mandar crianças para a as ruas para mendigar ou vender objetos ou empreender furtos e outros crimes. CTDC. *Age of victims: children and adults*. Disponível em: <<https://www.ctdatacollaborative.org/story/age-victims-children-and-adults>>. Acesso em: 01 jun. 2019. CTDC. *Exploração de vítimas: tendências*. Disponível em: <<https://www.ctdatacollaborative.org/story/exploitation-victims-trends>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

12 Quase metade das crianças identificadas como vítimas de tráfico tinham completado a escola primária ou elementar. Quase um quarto delas frequentou o ensino fundamental, enquanto apenas poucas (2%) completaram o ensino médio. Mais de 10% não teve nenhuma educação. *Ibidem*, tradução livre.

psíquica, vulnerabilidade a doenças, vulnerabilidade ao HIV-AIDS, vulnerabilidade do consumidor, vulnerabilidade institucional, vulnerabilidade de redes e sistemas.

No âmbito dos direitos humanos, a ideia da vulnerabilidade vem sendo expressa em vários documentos internacionais referida a grupos vulneráveis (*vulnerable groups*). Na perspectiva dos direitos humanos algumas perguntas emergem: ser vulnerável é alguma característica intrínseca de determinadas pessoas ou de determinados grupos sociais? Ou é uma categoria relacional para determinada situação? Para que serve a categorização da vulnerabilidade? A atribuição de vulnerabilidade acarreta estigma ou assegura proteção?

Possivelmente o primeiro documento importante a utilizar o conceito foi a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25/06/1993. No item 24 consta que grande importância deve ser dada a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis, como o dos trabalhadores migrantes, visando à eliminação de todas as formas de discriminação contra os mesmos e a ao fortalecimento e implementação mais eficaz de direitos humanos existentes. [...]

Os trabalhadores migrantes estão mencionados novamente nos itens 33 a 35, que fazem parte da letra “b”, denominada “Igualdade, Dignidade e Tolerância”, no destaque a pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e indígenas.

O texto do Programa de Viena deixa claro que não há pessoas vulneráveis por si mesmas, elas “se tornam” vulneráveis em determinados contextos. Um deles é o das minorias.¹³

Portanto, o trabalho de identificação da vulnerabilidade é complexo. Muito se tem estudado o tema nas ciências sociais, ambientais e na área da saúde. Em relação às vulnerabilidades *sociais* expõem Cançado, Souza e Cardoso que,

A compreensão da vulnerabilidade, portanto, deve considerar os elementos dinâmicos e estruturais que perpassam a oferta de oportunidades. A geração de oportunidades é diferenciada segundo contexto histórico e características socioeconômicas de cada região. O desenvolvimento econômico desigual numa sociedade extremamente competitiva exige maior preparação dos indivíduos para o mercado de trabalho e maior escolarização. Há redução de oportunidades no mercado de trabalho e conseqüente surgimento de tipos sociais não integrados, considerados desviantes. Muitas dessas vulnerabilidades se reproduzem e se combinam limitando as potencialidades dos indivíduos como atores do desenvolvimento e limitando seu estatuto de sujeitos de direito. [...] Uma análise totalizante, portanto, deve compreender a relação entre o contexto de oferta de oportunidades e sua interação com os ativos que indivíduos e grupos possuem para desfrutá-las.¹⁴

Fruto desse relevo que tem ganhado o termo, muito em razão da ideia hoje difundida de que vivemos em uma *sociedade de risco*¹⁵ e que, portanto, a nossa vulnerabilidade é constante em diversos aspectos de nossa existência, busca-se inclusive a definição de um método científico para a constatação da vulnerabilidade de determinados indivíduos ou grupos,

13 CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas, em tráfico de pessoas, uma abordagem para os direitos humanos. In: ANJOS, Fernanda Alves dos (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 138-139.

14 CANÇADO, Taynara Candida Lopes; DE SOUZA, Rayssa Silva; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. *Trabalhando o conceito de vulnerabilidade social*. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

15 Conceito desenvolvido por Ulrich Beck. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010

como se observa com Daniel Joseph Hogan e Eduardo Marandola Jr., que defendem sua aferição partir dos fatores que interagem em um do espaço *geográfico*:

Pelo fato de a “ciência da vulnerabilidade” ser reflexiva (BECK, 1992), Cutter afirma que ela aprende da experiência e da antecipação, perscrutando sobre as mudanças futuras na vulnerabilidade. Utiliza uma visão pragmática, mas procura conectá-la a um campo teórico mais amplo e a uma arena de ação política comprometida com a justiça social e ambiental. Além disso, como já assinalado, promove a necessidade da confluência dos conhecimentos sobre as dinâmicas naturais e sociais, sendo imprescindível para seus diagnósticos e prognósticos. Assim, “vulnerability science is one path that leads to understanding what makes people, places, and societies vulnerable to a range of environmental threats” (CUTTER, 2003 p. 9). [...] Além disso, o estudo de uma “ciência da vulnerabilidade” deve primar pelo enfoque espacial. A dimensão geográfica dos fenômenos é fundamental, na medida em que permite uma melhor compreensão do “jogo de escalas” e das interações regionais e locais. Conceitos como lugar e região, abordados a partir da geografia, recebem uma dimensão mais robusta, contribuindo decisivamente na busca da “totalidade do sistema”. E, neste caso específico, a geografia pode ter um papel importante, por ter em seu escopo tradicional, moderno e contemporâneo, a tradição de tratamento de realidades de diferentes naturezas num mesmo projeto ontológico e epistemológico. A unidade da geografia existe precisamente na interface sociedade-natureza. Ela pode, então, contribuir tanto para a ampliação do diálogo entre as ciências em geral como para a construção de novos paradigmas e métodos ontológicos e epistemológicos cuja finalidade seja a operacionalização da ciência da vulnerabilidade.¹⁶

De fato, o critério geográfico traz dados relevantes sobre a vulnerabilidade das populações ao tráfico: o mapa global realizado com os dados coletados pela International Organization for Migration (OIM) mostra as principais regiões de origem das pessoas traficadas e sua finalidade, o que pode ser um critério para identificar a vulnerabilidade de uma população.

Grosso modo, e em que pese não serem os dados absolutos em virtude da dificuldade de obtê-los, pois nem sempre são reportados, mais de dois terços das vítimas traficadas nas Américas experienciam exploração sexual, mais de 80% das vítimas são do sexo feminino e quase um terço são crianças. As vítimas traficadas na África são quase em iguais proporções, do sexo masculino e feminino e mais da metade é de crianças. A maioria das vítimas de tráfico na Europa é de adultos, e são destinadas ao trabalho, em uma leve maior proporção em relação àquelas traficadas para a exploração sexual. A maioria das vítimas exploradas na Ásia é traficada para a exploração do trabalho, e particularmente para trabalhos domésticos. Esses dados também são agrupados em sub-regiões, no referido mapa global elaborado pela OIM.

As estatísticas da OIM elencam também os meios de controle utilizados sobre as vítimas, apontando que é possível que uma vítima específica seja objeto de múltiplos modos de controle, dentre os elencados no estudo: restrição de acesso a meios financeiros, uso de crianças (ameaça aos filhos, p. ex.), substâncias psicoativas, abuso sexual, ameaça de aplicação da lei (prisão, deportação, expulsão), restrição de cuidados médicos, privação de ne-

16 Para uma conceituação interdisciplinar da vulnerabilidade: HOGAN, Daniel Joseph; MARANDOLA JR, Eduardo. *Para uma conceituação interdisciplinar da vulnerabilidade*. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/vulnerabilidade/arquivos/arquivos/vulnerab_cap_I_pgs_21-50.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

cessidades básicas, escravidão por dívida, retenção de documentos, excesso de horas trabalhadas, abusos físicos, confisco de ganhos, ameaças, falsas promessas, abusos psicológicos e restrição do direito de locomoção.

Segundo a pesquisa, adultos são controlados majoritariamente através de restrições de sua liberdade de locomoção e abuso psicológico. Os meios de controle mais usados pelos traficantes em crianças são similares àqueles usados em adultos, porém crianças são controladas mais através de abusos físicos e substâncias psicoativas que adultos. Evidentemente, tais meios de controle podem ser utilizados tanto para aliciar quanto para manter a vítima sob exploração.

Apesar da possibilidade de se considerar alguns grupos de pessoas mais vulneráveis que outros, como nas hipóteses apontadas, a vulnerabilidade capaz de viciar o consentimento deve ser aferida no caso concreto. As estatísticas elencam fatores de vulnerabilidade *in abstracto*, que isoladamente não permitem concluir pelo vício do consentimento, mas que se intercomunicam, e dessa interação poderá surgir uma vulnerabilidade *in concreto*. Por essa razão, não é possível estabelecer fórmulas legais genéricas e abstratas que facilitem, por mera subsunção, esse trabalho de identificação de fato da vulnerabilidade da vítima para a modalidade específica de tráfico.

A esse ponto, fica fácil perceber que a figura típica, na medida em que se apoia em elementos normativos, valorativos, de textura aberta,¹⁷ torna maior o desafio para seu intérprete, aplicador ou concretizador, o juiz. Permite uma carga maior de discricionariedade judicial da valoração da prova, fator indesejável em matéria de direito penal por implicar em maiores doses de subjetivismo na aplicação da lei, mas que por outro lado torna possível uma adequação mais justa à realidade da sanção penal.

Não é exagero dizer que a hipótese normativa do artigo 149-A do Código Penal nos traz enorme desafio no momento da valoração da prova, para a correta subsunção da verdade formal dos fatos, aquela contida nos autos, ao tipo penal. Consequentemente, a conformação da norma impõe às partes muito cuidado na produção da prova, de acordo com os respectivos ônus.

Na medida em que tais elementares de textura aberta, relativas aos vícios do consentimento, foram inseridas no tipo penal, a produção da prova no processo e a colheita de elementos informativos na fase investigatória torna-se mais problemática e deve ser quanto mais cuidadosa. O desenvolvimento de técnicas mais apuradas para a colheita do depoimento das vítimas, com vistas ao seu acolhimento e proteção, evitando-se a sua exposição e julgamento moral, são essenciais para se chegar a verdade dos fatos.

Ao indivíduo aliciado, que se encontre na posição de vítima, *a priori*, deve ser garantido e esclarecido sempre desde a fase investigatória, que não se lhe imputa qualquer crime e que o sigilo necessário a sua proteção lhe será garantido. Seu direito a não se autoincriminar deve ser esclarecido desde as investigações e respeitado.

O temor de uma eventual deportação deve ser afastado, assegurando-se a essas pessoas a permanência no país, sem o que dificilmente denunciarão a rede de tráfico.

Nesse passo, a eficiência e confiabilidade de sistema de proteção às vítimas é um pon-

17 HART, H. L. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

to extremamente importante, na medida em que o risco de represálias às pessoas que denunciam e colaboram com a repressão – e às suas famílias – é muito alto. O Estado não se mostra suficientemente aparelhado para garantir a segurança dessas pessoas, que não acreditam que terão asseguradas a sua incolumidade física e a de seus entes queridos.

Outra questão importante tange à exposição dos envolvidos. Tais pessoas devem ser protegidas da hipereposição e, nesse passo, o sigilo dos autos é de rigor. O julgamento moral, tanto do ponto de vista externo, do estigma social, quanto aquele interno da vítima, que se envergonha de sua situação, também é um óbice à colaboração plena daquele que está inserido na rede do tráfico de seres humanos.

É sabido que a vítima, muitas vezes, não se vê como explorada mesmo em situações claras de abuso, ou se vê como partícipe de uma ação que para ela mesma é moralmente condenável, e pode ter criado vínculos com o explorador de toda sorte. Esses aspectos, aliados ao temor de represálias, influenciam e prejudicam demasiadamente a produção da prova, seja na colheita de elementos pela investigação policial e/ou posteriormente em Juízo, e dificultam sobremaneira a apuração da verdade dos fatos para um julgamento que reflita a resposta penal adequada à realidade.

Portanto, o desenvolvimento de técnicas narrativas para a abordagem à vítima é essencial e precisa ser objeto de estudo mais aprofundado, sem o que a sua colaboração com a justiça restará prejudicada ou inviabilizada. Considerando-se o consentimento válido como elemento negativo do tipo, excludente da tipicidade, recrudescer a importância de se analisar a fundo o contexto da vítima nesses casos, para a correta subsunção do fato à norma penal.

6. Conclusões

A liberdade de escolha é o bem maior do ser humano. Até a vida pode perder o sentido sem a possibilidade do exercício do direito à liberdade. Nunca plena, nunca ideal ou utópica, a liberdade encontra diversos limites nas normas de convívio social e jurídicas.

O direito procura regulamentar a esfera de disposição dessas liberdades, de forma a proteger o indivíduo da sua subtração por terceiro, de forma a impedir que seja induzido ou coagido a entregá-la e, nessa situação, impedido de reavê-la.

Afastando-se de conceitos morais, a evolução do tipo do tráfico de pessoas passou a inserir o consentimento da vítima como elemento negativo, aquele que precisa estar ausente para que o fato se subsuma à hipótese abstrata, o que se deu pela inclusão das elementares “mediante, grave ameaça fraude, coação ou abuso” no *caput* do artigo 149-A do Código Penal.

Tais elementares são conceitos normativos, expressões de textura aberta, que comportam definição jurídica, interpretação e valoração fática, e inserem na operação de tipificação a investigação sobre a vulnerabilidade específica da pessoa apontada como em situação de tráfico.

A categorização como vulnerável de certo grupo de pessoas, ao qual pertence o indivíduo, deve ser levada em consideração como indicativo forte de que o consentimento do indivíduo seja inválido, viciado, mas configura uma vulnerabilidade *in abstracto*, apenas.

Outros elementos devem ser somados a essa análise para que se identifique a situação

de abuso, de forma a caracterizar uma real e específica situação de fragilidade que tenha abalado a capacidade de resistência da vítima e permitido, dessa forma, a ação danosa de um explorador, o que chamaria de vulnerabilidade *in concreto*, capaz de viciar o consentimento do indivíduo.

A prova dos autos é a fonte das respostas nos casos concretos e por isso exige extrema atenção e cuidado, diante das especificidades dessa modalidade de delito. A disposição da pessoa em situação de tráfico em colaborar deve ser preservada, mediante correto acolhimento, assegurando-lhe o Estado todos os meios para que possa declarar a verdade sem julgamentos morais ou temor de sua própria incriminação, ou de consequências legais como a deportação e, principalmente, de represálias por parte de seus algozes.

Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- CANÇADO, Taynara Candida Lopes; DE SOUZA, Rayssa Silva; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. *Trabalhando o conceito de vulnerabilidade social*. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas, em tráfico de pessoas, uma abordagem para os direitos humanos. In: ANJOS, Fernanda Alves dos (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- CTDC. *Age of victims: children and adults*. Disponível em: <<https://www.ctdatacollaborative.org/story/age-victims-children-and-adults>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- _____. *Exploração de vítimas: tendências*. Disponível em: <<https://www.ctdatacollaborative.org/story/exploitation-victims-trends>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- GUARDIA, Márcio Assad. Operação Garina. Processo nº 0003031-36.2013.4.03.6181. 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-investigacao-mpf-prostituicao.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- HART, H. L. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HOGAN, Daniel Joseph; MARANDOLA JR, Eduardo. *Para uma conceituação interdisciplinar da vulnerabilidade*. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/vulnerabilidade/arquivos/arquivos/vulnerab_cap_I_pgs_21-50.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- POLITIZE! *Tráfico de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo?* Disponível em: <<https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- SALGADO, Daniel Rezende de. Tráfico internacional de seres humanos, prostituição e vulnerabilidade: análise conceitual e empírica. In: ANJOS, Fernanda Alves dos (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- VARGAS, José Cirilo. Os elementos negativos do tipo penal. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 287 - 304, jul./dez. 2012.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Karen Elsabe Barbosa e Regis Barbosa. 4. ed. 3. reimp. Brasília: Universidade de Brasília, 2012.