

O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO TRÁFICO DE PESSOAS: ATÉ ONDE O ESTADO INTERVENTOR INTERFERE NA AUTONOMIA DA VONTADE

THE VICTIM'S CONSENT IN THE PERSON'S TRAFFICKING: UNTIL WHEN THE INTERVENING STATE INTERFERES IN THE AUTONOMY OF THE VICTIM'S WILL

Guilherme Dalbon Barbosa*

Paulo César Corrêa Borges**

* Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2018). Possui pós-graduação, de grau Especialista, em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Dom Bosco. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atualmente cursando Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, com início no ano de 2021, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, seguindo a linha de pesquisa da Tutela Penal dos Direitos Humanos.

** Possui graduação em Direito pela UNESP (1990), é mestre (1998) e doutor (2003) em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla (Departamento de Filosofia del Derecho) - Espanha (2012) e na Universidade de Granada (Departamento de Derecho Penal). Atualmente é Professor Assistente-doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Público da UNESP; ex-Presidente da Comissão Permanente de Pesquisa da F.C.H.S./UNESP (2017-2019); foi Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP (2010-2017); é membro do Conselho de Departamento de Direito Público, do Conselho de Curso de Graduação em Direito, do Conselho de Pós-graduação em Direito, da Comissão Permanente de Pesquisa, e da Câmara Central de Pós-graduação da UNESP; é presidente do Conselho Editorial da Revista de Estudos Jurídicos UNESP (2010/2015); é parecerista de projetos de extensão da PROEX e de iniciação científica da PROPE; da CCGP ? Câmara Central de Pós-graduação da Unesp e da Comissão de Revalidação de Títulos; é Parecerista “Ad Hoc” da FAPESP, do CNPq, do SciELO (FAPESP - CNPq - BIRENE - FapUNIFESP); é membro do IBCCRIM, AIDP e MMPD; e é Promotor de Justiça do MPESP. Foi membro do CONDEP/SP, representando a UNESP, e do CEAC - Conselho Editorial Acadêmico da Fundação Editora UNESP (2008/2011). É membro de Corpo Editorial de revistas jurídicas e revisor de periódicos jurídicos. Foi Coordenador Acadêmico do 1o. e do 7o. Núcleos Regionais da E.S.M.P. É professor convidado do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da ESMP - Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Criminologia, pesquisando principalmente os seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos, Tráfico de Pessoas, Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo, Ministério Público, Violência em geral, Violência sexual e doméstica, Violência de gênero, Crime organizado, e Tutela penal dos direitos humanos.

Artigo recebido em 01/02/2022 e aceito em 06/12/2022.

Como citar: BARBOSA, Guilherme Dalbon; BORGES, Paulo César Corrêa. O consentimento da vítima no tráfico de pessoas: até onde o Estado interventor interfere na autonomia da vontade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 73, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Referencial Teórico. 2.1. O Poder do Estado e o Direito estatal como única forma de Justiça. 2.2. O Tráfico de Pessoas. 2.2.1 O Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual. 3 O Consentimento da vítima e a atuação estatal à sua revelia. 4 Observações Críticas. 5 Conclusão.

RESUMO: O Estado enquanto ente interventor é conhecido do meio jurídico. A sua própria natureza de detentor do monopólio da violência no território fundamenta a sua atuação para a pacificação, mediação de conflitos e imposição de sanções ante a situações de violação. Com o Direito Penal, não é diferente. No entanto, há um grande ponto de discussão que se apresenta como problemática do presente artigo: o consentimento da vítima em relação a determinados tipos penais, em especial o de tráfico de pessoas para os seus diversos fins, com enfoque no de exploração sexual. Ou seja, até que ponto o poder do estado, via Direito formal estatal, pode colocar a própria vontade do ser humano de lado para fins de punir ou ignorar uma conduta, relevando não apenas a realidade daquela pessoa, mas também as próprias falhas que levam a diversas violações e fomentam um terreno fértil para a atuação de criminosos. Tal ponto, além do problema, é o objeto de pesquisa. Como referenciais teóricos, tem-se a atuação estatal enquanto titular do poder jurídico. Também, a legislação sobre o tema e a questão do Direito e de situações e regras que surgem da própria sociedade e que podem se contrapor ao Direito Estatal. A metodologia será a análise qualitativa de fontes bibliográficas como a legislação em vigor, os tratados internacionais, doutrina, artigos sobre o tema e jurisprudência. Ao final, busca-se esclarecer as principais posições, as questões de conflito em relação ao tema e, também, efetuar uma análise crítica quanto a atuação Estatal à revelia das pessoas objeto do Tráfico de Pessoas.

Palavras-chave: tráfico de pessoas; consentimento; Direito Penal; sociedade; Estado.

ABSTRACT: *The State as an intervening entity is known to the legal environment. Its very nature as the holder of the monopoly of violence in the territory justifies its action for pacification, conflict mediation and imposition of sanctions in cases of violations. With the Criminal Law, it is no different. However, there is a major point of discussion that presents itself as a problem in this article: the consent of the victim in relation to certain types of crime, especially Persons's Trafficking, for its most diverse purposes, with a focus on Persons's Trafficking for the purpose of sexual exploitation. In other words, to what extent can state power, via formal state law, put the human will aside for the purpose of punishing conduct, ignoring not only that person's reality, but also the very failures that lead to various situations of violations and foster fertile ground for criminals to act. This point, in addition to the problem, is the object of research. As theoretical references, there is State action as the holder of legal power. Also, legislation on the subject and the issue of Law outside the State scope and situations and rules that arise from society itself, through its conduct and thoughts, can oppose the State Law. The methodology will be the qualitative analysis of bibliographic sources such as current legislation, international treaties, doctrine, articles on the subject and jurisprudence. In the end, it seeks to clarify the main positions and the main issues of conflict in relation to the theme and, also, to carry out a critical analysis regarding the State action in the absence of the people object of Persons's Trafficking.*

Keywords: *person's trafficking; consent; Criminal Law; society; State.*

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ferramenta multifacetada do ponto de vista filosófico e social em relação aos seus fins. Explica-se: enquanto sociedade, desde os primórdios da organização humana em grupos que levavam mais do que a “família” como componentes, havia o exercício de poder de um,

ou de alguns, sobre os demais, para pacificar conflitos, dirimir disputas, punir condutas divergentes e orientar as ações do grupo em busca de um fim comum ou de objetivos definidos.

No início, essa relação era mais simples pela composição dos grupos humanos, porém, a medida em que o ser humano se afastou do isolamento e da vida bucólica em pequenos núcleos para sociedades mais organizadas e complexas, a situação demandou uma mudança na relação de poder, o que de fato ocorreu e que gera reflexos nas relações interpessoais e entre o Estado e os indivíduos até os dias de hoje.

As interações e imposições de vontade com as expressões de poder, com a alteração da dinâmica nas relações, extrapolavam os limites próximos fixados por famílias, por grupos ou por pequenas localidades e se dirigiam a maiores agrupamentos, como cidades, estados e países que hoje formam a organização de Estados que se tem no mundo.

Dessa forma, os limites, as normas e a aplicação de sanções se transformou de uma mera adequação comportamental em âmbito familiar ou grupal à uma autêntica questão de sobrevivência da estrutura de domínio e poder e manutenção do *status quo* entre o leviatã estatal e os cidadãos que nele vivem e a ele se submetem.

Porém, a fundamentação da aplicação desse poder mudou ao longo do tempo e se alterou o fato sobre o que “justificaria” este poder de um ou de algum perante os demais justamente por conta das alterações sociais e pessoais.

Inicialmente, o motivo para o exercício do poder era uma justificativa de força física, de imposição de vontade advinda do mais apto para liderar e controlar; depois, era uma aplicação de poder vinda dos “deuses” ou de um “Deus” para um representante na terra exercer, como na idade média, com o domínio da igreja; passou-se ainda por uma figura de um monarca absolutista e nobre, dando lugar em sequência ao poder econômico personificado e, em paralelo, ao poder “do povo” em revoluções socialistas como a de 1917 e as complexas alianças políticas posteriores.

De qualquer forma, várias foram as fundamentações para que, dentro de um organismo social, alguém, ou algum grupo, exercesse sobre os demais um poder que fixasse limites e impusesse sanções e regras para que a vida em sociedade fosse possível e operável.

Nos dias de hoje, o que se tem de mais comum no mundo globalizado composto por sociedades organizadas em Estados nacionais que se relacionam uns com os outros por meio de tratados, acordos,

comércio e cultura, é o chamado Estado Democrático de Direito, com uma primazia da norma, que deve ser observada tanto pelo Estado nacional quanto pelos cidadãos que vivem nos seus territórios.

O Estado democrático de Direito é um conceito tão caro às nações atualmente que mesmo países que nitidamente são ditaduras, autocracias ou que assumem uma face democrática meramente de fachada alegam, em comunidade internacional ou perante a própria sociedade, a alcunha de “Estado democrático”, para passar uma boa impressão ou ser aceito, mesmo que apenas por governos similares, na comunidade internacional.

Como consequência disso, muitos autores e muitas obras consideram o Poder do Estado exercido por meio do Direito como sendo o principal problema ou a principal questão da relação entre o Estado e a sociedade, via aplicação do Direito, com uma grande questão a se responder: seria o Direito uma forma de dominar o povo ou de protegê-lo de violações?

Isso, pois, embora o Estado deva respeitar os limites fixados pelo Direito no seu território e em relação as pessoas ali presentes, da mesma forma que as pessoas devem respeitar o Direito estatal e os seus limites, há uma marcante e incisiva diferença entre o indivíduo e o Estado sobre a aplicação do Direito.

Tal diferença se dá em relação até que ponto as normas podem ir e até onde elas se chocam com outros fatores internos ou externos ao âmbito jurídico. Em outros termos, até quando o Estado pode ser alterado pela aplicação do Direito e até quando o indivíduo é submetido a aplicação do Direito (e pode alterá-lo).

Observa-se, para tanto, que, enquanto o cidadão ou qualquer indivíduo está submetido ao poder Estatal exercido via Direito de forma constante e pode influenciar na sua aplicação em poucas e taxativas situações previstas na própria norma. Entre elas, quando o cidadão é provocado a integrar a relação jurídica ou é o objeto de um processo (vítima, autor, testemunha), isso em regra. Ou, em relação a alterações diretas, por propostas de iniciativa popular para alterar a lei, plebiscitos e referendos, estas mais raras.

Lado outro, o Estado pode, literalmente, mudar o Direito, suspender a eficácia de normas, alterar as prescrições, as condutas vedadas e as sanções impostas, pela via política, quando feita da forma “correta” ou, ainda, por vias autoritárias, em golpes de Estado que criam Direito sem qualquer compromisso com a ordem jurídica anterior.

Pensa-se que a modificação, pelas vias legislativas regulares, é legítima e, em tese, formada por vontade popular de representantes eleitos, mas não necessariamente será um reflexo do que a sociedade espera e, mesmo que seja uma manifestação de vontade em linha com relação a maioria, acaba, por vezes, não abrangendo nem considerando realidades e microcosmos de grupos vulneráveis específicos, como é o caso das mulheres vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tema do presente artigo.

Basta observar as formações recentes do Congresso Nacional brasileiro para se observar que apesar de serem representantes eleitos, não necessariamente representam a sociedade como ela é fielmente.

Ocorre que ao longo do tempo, conforme a sociedade foi se tornando mais complexa e as unidades de convivência e ações humanas foram aumentando e demandando maiores estruturas de organização e poder, o indivíduo (e suas singularidades) foi sendo afastado do centro processo decisório.

E há um agravante, ao longo da história, o domínio do poder estatal foi e ainda é muito ligado ao patriarcado, a figuras masculinas, heterossexuais e brancas que impõem a sua visão, suas aspirações e suas vontades e, não raro, acabam transportando os direitos das mulheres e de outros grupos vulneráveis a uma posição de submissão ou simples tutela por terceiros, longe de uma autêntica tutela por direitos, conforme se espera.

Portanto, as mulheres têm um desafio ainda maior do que o restante da sociedade quanto a intervenção e tutela do Poder estatal para consigo, uma vez que seus Direitos e suas aspirações não são, muitas vezes, tratados e ouvidos partindo do seu ponto de vista, mas sim de homens que ocupam lugares de poder no Estado.

De qualquer forma, o Estado tem um papel duplo quando se trata de tutela dos direitos do indivíduo: ele deve intervir e sancionar quem viola o direito ou garantia, mas, ao mesmo tempo, deve observar as liberdades e a autonomia do indivíduo na aplicação da norma que tutela aqueles direitos e garantias. Tal perspectiva é, além de extremamente delicada, também de concretização bastante difícil.

Observa-se que a vontade, o lugar de fala e de influência individual e o próprio consentimento das pessoas envolvidas em uma situação que demanda uma análise e a intervenção do poder de Estado via Direito acaba sendo ou afastada ou delegada a função informativa e simbólica, sem real poder de influência, muitas vezes, no resultado do processo. O Direito Penal é a forma mais emblemática de se ilustrar este problema.

A vontade da vítima no Direito Penal, e das pessoas envolvidas em relações jurídicas como um todo, não são exatamente o ponto central de atenção dos legisladores quando da elaboração de uma nova lei ou de uma alteração legislativa, muito embora o objetivo declarado do Direito seja tutelar a sociedade e protegê-la de infrações de uns sobre outros e do Estado sobre todos.

Porém, muitas vezes tal caminho não é o trilhado, seja no momento da produção da norma, seja no momento de sua aplicação, utilizando-se como justificativa a proteção do bem jurídico eleito alheio a própria autonomia da vítima que sofre a violação do bem jurídico no caso concreto.

O poder econômico, o “mercado”, a sociedade política e interesses outros, ainda que efêmeros, acabam por ditar episodicamente os rumos do Direito estatal e suas alterações. Basta usar como exemplo algumas recentes reformas como a Trabalhista e a da Previdência Social.

Guiados, não raro, por eventos que escandalizam e tem grande repercussão na sociedade, são feitas alterações que agravam penas, criminalizam condutas e aumentam o poder punitivo estatal à revelia da sociedade, em especial de integrantes de grupos vulneráveis, sob o pretexto de dar uma satisfação e uma maior resposta a criminalidade, como nos casos do Direito Penal, e intervir nas relações interpessoais horizontais ou não, no âmbito privado.

As mulheres, em especial, são consideradas muitas vezes objetos de tutela que precisam ser unicamente protegidas e não ouvidas, o que traz uma proteção jurídica dos seus bens jurídicos, inclusive de sua liberdade, deficiente, com uma perspectiva paternalista e interventiva que não se enquadra nas funções modernas de Estado democrático, muito menos em expectativas igualitárias e feministas. (CISNE; GURGEL, 2008)

As alterações legislativas são propostas a toque de caixa sem a efetiva participação popular e dos setores jurídicos diversos, como o próprio Poder Judiciário, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e setores representativos das minorias e grupos vulneráveis que seriam atingidos pelas modificações, seja com um aumento da tutela pós-violatória interventiva (pena), seja por um afrouxamento das ferramentas protetivas.

No caso específico das mulheres e do crime de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, o consentimento da vítima, ou da pessoa que acaba sendo o sujeito passivo direto do crime em questão, ou seja, da pessoa que é traficada, corre o risco de ser ignorado ou ter seu valor elevado ao extremo, permitindo uma distorção do espírito da norma e dos

fatos tanto para punir, como para absolver o autor da conduta à revelia da manifestação da vontade da pessoa traficada.

Há um grande problema quanto ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual que espelha o problema da tutela jurídica do Estado para os grupos vulneráveis em geral: a visão patriarcal da sociedade em relação a mulher como não um sujeito de direitos e deveres, mas como um objeto de tutela.

Acaba-se, com isso, tirando o lugar de fala e o poder de decisão das mulheres, já que a autonomia fica em segundo plano para dar lugar ao poder punitivo (ou mesmo a situação de absolvição) imposto pelo Estado.

Diga-se que o papel do feminismo nesta realidade é de fundamental importância, justamente pensando na perspectiva de um Estado que tutela os direitos, mas não pode (ou não deveria) intervir na autonomia de vontade dos indivíduos, principalmente quanto as mulheres, que já integram um grupo vulnerável que tem seus direitos e prerrogativas constantemente atacados e violados pela sociedade patriarcal. O protagonismo que deveria ser garantido as mulheres nas situações de violação é sequestrado pelo Estado que pune ou absolve a revelia da manifestação das traficadas e de suas razões, causas e realidades.

Conforme Cisne e Gurgel (2008), a primeira expressão do movimento feminista ocorreu na França, durante a revolução, com as mulheres que, pela primeira vez, de forma organizada e defendendo seus interesses, reivindicaram igualdade e se manifestaram pela liberdade. Desde então o movimento ocupa os espaços e traz a discussão suas pautas, não somente face a sociedade, mas também face ao próprio poder estatal.

E, neste cenário, a autonomia da vítima e o seu consentimento são ignorados e a sua versão, sua apresentação dos fatos, são utilizadas como instrumentos de concretização a todo custo ou, em outro extremo, de isenção do poder punitivo estatal, a ponto de levar a uma descaracterização do delito na aplicação do Direito pelo Estado, no julgamento e na própria delimitação do crime, por vezes mesmo em choque com o definido no Protocolo de Palermo em relação a situações de vulnerabilidade e abuso por parte dos autores da conduta considerada criminosa.

Diga-se que também para Cisne e Gurgel (2008) há uma grande problemática, mesmo dentro do movimento feminista e de suas expressões, sobre como atuar face ao Estado e, principalmente, como resguardar a autonomia das mulheres, em especial as vítimas de violência e outras

formas de violação, face a necessidade de se ocupar lugares de fala, espaços de discussão e integrar as fileiras do Estado para a defesa dos Direitos.

O dilema acaba sendo que o movimento feminista, com seus expoentes, ocupa ou busca ocupar as estruturas do Estado para fazer valer suas premissas mas, ao mesmo tempo, não pode deixar de observar as suas raízes, suas origens e o Direito das ruas, das origens do movimento e das mulheres que o compõem.

Diante disso se constrói a importância da comparação realizada mais adiante, da consideração de outras situações e características, de outras falas e de outros “Direitos”, sejam eles oriundos de diplomas outros, com o próprio protocolo de Palermo, sejam eles oriundos das camadas mais vulneráveis da sociedade e das comunidades que estas formam, como as mulheres que voluntariamente e conscientemente buscam atuar na prostituição em países estrangeiros, chocando-se com a moral e, por vezes, com o próprio Direito brasileiro.

A última expressão seria traduzida, em uma análise mais extensa, em um “Direito achado na rua” que, em choque ou em conjunto com o Direito estatal, poderia levar a soluções mais justas e de melhor aplicabilidade no caso concreto, com um melhor processo hermenêutico considerada a vontade e a autonomia do ser humano que sofre a conduta dita criminosa no caso em concreto. Inclusive e principalmente das mulheres vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

No entanto, o Estado muitas vezes impõe a vítima e aos demais afetados pela conduta um tratamento exclusivamente de narrativa de fatos e de objeto de delitos, seja na condição de próprias vítimas, seja, alternativamente, como testemunhas, de forma a embasar a aplicação do Direito estatal seja em condenação, seja em absolvição.

Em específico quanto a intervenção do estado em relação aos direitos e tutela da mulher, Alecrim, Silva e Araújo (2014) afirmam, em linha com o exposto também por Cisne e Gurgel (2008), que:

Neste contexto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado. [...] Com base nestes ensinamentos da doutrina, é pontual salientar que a autonomia da mulher sobre o seu corpo não deve sofrer limitações de forma arbitrária. Em todo o aparato jurídico encontram-se normas, limitando a autonomia das

peçoas sobre o seu próprio corpo, tanto no que se refere à sexualidade, quanto no tocante à vida e à morte. (ALECRIM, SILVA e ARAÚJO, 2014, p. 161)

Ou seja, tutelar um direito e garantir que a integridade dos bens jurídicos se mantenha é tarefa do Estado que, no entanto, não pode, sob o pretexto de fazer isso, interferir de forma tão incisiva a suprimir a autonomia das pessoas, inclusive da vítima.

As mulheres traficadas, portanto, devem ser ouvidas não apenas para punir ou absolver um autor do tráfico de pessoas, mas, para entender o que levou aquela situação, qual a sua realidade, qual a sua vontade em se submeter ao tráfico de pessoas e o motivo da atitude.

Para agravar a situação, a legislação interna não é expressa em relação ao tema ou mesmo clara quanto ao consentimento, ao contrário do Protocolo de Palermo, que se debruça e esmiúça mais as possibilidades em que o consentimento da vítima é irrelevante ou que deve ser considerado de uma maneira mais preponderante.

Até por conta disso, no âmbito interno e em relação a legislação e jurisprudência brasileiras, resta a tarefa de valorar e considerar este fator e os demais no momento decisório ao Juiz da causa, que também integra a estrutura de poder Estatal, por natureza patriarcal.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar este poder Estatal desigual exercido por meio do Direito em relação as pessoas que estão sobre a esfera de influência e decisão, em especial quanto as mulheres no crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e seu consentimento em relação a conduta criminosa, para além de como tal concordância afeta ou não a atuação estatal nestes casos.

Finalmente, busca-se analisar até onde o poder Estatal vai (ou pode ir) em relação ao fato criminoso levando, ou não, em consideração a autonomia da vítima ou da pessoa objeto da ação delituosa.

A metodologia será guiada por uma leitura e por uma análise qualitativa de fontes bibliográficas como a legislação em vigor, os tratados internacionais, artigos pertinentes ao tema, doutrinas em relação a matéria e, também, alguns aspectos da jurisprudência.

Ao final, busca-se esclarecer as principais posições e as principais questões de conflito em relação ao tema da consideração do consentimento da vítima em crimes desta natureza e, também, efetuar uma análise crítica quanto a atuação Estatal à revelia das pessoas que sofrem e são objeto, do tráfico de pessoas, com enfoque na finalidade de exploração sexual.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 O poder do Estado e o direito estatal como única forma de justiça

Inicialmente, é importante destacar no referencial teórico do “Poder de Estado”, a questão da sua importância na tutela e na previsibilidade de Direitos, que, conforme indicado no início deste artigo, colocam o atual momento da humanidade, no pós-Segunda guerra mundial, na chamada “Era de Direitos” (BOBBIO, 2004).

E, em relação ao poder do estado, em termos gerais, é preciso fazer uma pontuação e uma exploração inicial para indicar, nos dias de hoje, o que leva a ser a força máxima no âmbito jurídico e executivo, com força de coerção e determinando a solução de conflitos e a aplicação de penalidades.

Há várias linhas sobre o que seria o poder de Estado, sendo uma delas, liderada por Burdeau, defendendo que o Estado não possui um poder, pois, ele mesmo, seria o poder e, portanto, trazendo para a linha do presente artigo, o próprio Estado seria o Direito aplicado em sua totalidade, como sinônimo de poder.

Nesta linha, seguindo os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado não se traduziria em nada além de uma mera institucionalização do Poder, organização do poder, que deveria agir pela sua continuidade e pela manutenção do *Status quo*. Tal seguimento encontra bases fortes em relação ao Direito, uma vez que, apesar de ser uma forma de garantias, inegavelmente, é uma forma também de preservação do próprio Estado e da ordem social no seu território. (DALLARI, 2011, p. 113-117)

Sendo o próprio Estado o poder, inclusive o jurídico, ele teria uma força que incidiria sobre o povo e obrigaria os cidadãos ao cumprimento de certas condutas e respeito de determinados limites fixados na norma, de uma maneira, no entanto, que seria abstrata e geral, sem o nível de personalidade ou influências singulares no seu exercício – isso garantiria, em tese, que o Poder do Estado não seria afetado pelas alterações sofridas pelos agentes de Estado nem pelos governantes que se alternariam e sucederiam em uma democracia.

Sabe-se, contudo, que não é assim. O corpo legislativo e a figura do executivo, para não dizer mesmo a própria formação do poder judiciário e as demais funções essenciais à justiça, influenciam de maneira

significativa na aplicação do Direito e na concepção deste ramo do poder do Estado em sua atuação sobre a população.

Isso, uma vez que uma linha ideológica no campo político e uma determinada formação acadêmica somada a uma experiência profissional prévia no campo jurídico e pessoal podem, sem dúvidas, influenciar na aplicação do Direito e no exercício do poder do Estado, inclusive punitivo. Dois juízes podem decidir de maneira diversa sobre uma mesma situação mediante o seu livre convencimento motivado.

No entanto, apesar da linha apresentada e ainda seguida por muitos da concepção de que o Estado é um Poder em si, a maioria dos modernos autores e estudiosos classifica o Poder de Estado ou como sendo um elemento de Estado ou como sendo uma característica marcante do Estado. Não mais, no entanto, como sinônimo do próprio Estado.

Há, no entanto, uma necessidade de se dissecar um tanto quanto mais a matéria, uma vez que se utiliza, neste momento, da qualificação de poder estatal geral para ilustrar a situação da intervenção do estado via Direito no âmbito pessoal, (des) considerando a vontade pessoal, o consentimento e a autonomia dos indivíduos que habitam e são chamados de cidadãos do Estado.

O poder do estado não se confunde, apesar de se aproximar bastante, da questão da soberania estatal. Para buscar distinguir de alguma maneira o poder de estado da soberania do estado, alguns autores, como Jellinek apontam que poder há algumas marcantes diferenças em relação a Soberania, em especial a questão da dominação.

Dalmo de Abreu Dallari, citando Jellinek, afirma que seriam duas as espécies ou formas de poder dentro de uma nação, o poder de estado, que seria o dominante, e o poder das outras formas de sociedade, como a família, a religião, a moral individual, que seria não dominante. (DALLARI, 2011, p. 114)

Trazendo para a questão que é o foco do presente artigo: o estado detém o poder dominante que exerce, entre outras formas, por meio do Direito, enquanto o cidadão, por mais que queira, detém, no máximo, uma influência não dominante por sua moral, por sua esfera de conhecimento acadêmico e por suas experiências de vida.

Tais influências não dominantes podem ser exercidas no âmbito processual, o que não quer dizer que sejam preponderantes ou mesmo que sejam consideradas no momento decisório.

No caso das pessoas que integram grupos vulneráveis, como as mulheres que são vítimas ou objeto do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o tratamento dispensado acaba sendo de uma consideração de poder “ainda menos dominante” pelo Estado.

Isso, ainda que a mulher consinta e queria exercer a prostituição de maneira voluntária ou, ainda que esteja em situação de extrema vulnerabilidade e queria a qualquer custo sair da localidade e do jugo de uma vida sem perspectivas de melhora.

Tal atitude coloca tal grupo em uma posição ou de tutela absoluta e passividade total, como alguém sem quaisquer condições de expressar sua vontade ou defender sua posição ou, lado outro, em uma posição de abandono estatal que não atua de forma alguma em sua proteção jurídica, se baseando em uma autonomia exacerbada e ignorando o impacto do meio social e das vulnerabilidades na efetivação do tráfico de pessoas.

E, ademais, o poder de Estado, que é o dominante, teria como características ser originário, uma vez que nasceria e seria intrínseco ao próprio Estado, e irresistível, pois a coerção e a força impositiva do Poder Estatal não podem ser desviadas – o extremo oposto do poder individual, que seria delegado a uma mera influência, quando muito, em especial nos casos de grupos vulneráveis – que seriam ainda menos ouvidos.

Mas, há um problema maior ainda seguindo tal pensamento, pois, se o poder de Estado é dominante, originário e irresistível, raros seriam os limites para sua incidência – daí porque o próprio Jellinek e muitos outros autores buscam colocar o caráter jurídico como forma de limitação e fronteira para até que ponto poderia ir o poder estatal. (DALLARI, 2011, p. 115)

Ainda haveria uma outra forma de interpretar o Poder do Estado, seja ele como um Poder Político ou como um Poder Jurídico em si, com o poder político não encontrando limitações consideráveis, uma vez que pode até mesmo alterar a norma jurídica, salvo proteção constitucional especial, e ainda seria também irresistível conforme a característica de poder dominante de Jellinek.

Hans Kelsen, contudo, rechaça a ideia de um poder apenas político ou predominantemente político, afirmando, por sua vez, que o poder de estado seria, em realidade, um autêntico e assertivo Poder Jurídico (DALLARI, 2011, p. 116), uma vez que os cidadãos não estariam subordinados a uma mera vontade de um governante ou ao arbítrio da classe política, mas, sim, estariam sob o alcance e a dominância do poder da norma, do poder

oriundo do Direito, da coação e da aplicação objetiva advinda de uma norma jurídica fundamental, da Constituição.

Porém, o que se observa, seja pela óptica de um poder de estado político, seja pela óptica de um poder de estado jurídico, é que não há como simplesmente se isolar um deles como sendo absoluto e ignorar a existência e aplicação do outro, uma vez que, mesmo nos Estados modernos, há decisões de Estado baseadas em um poder jurídico, mas também há outras baseadas em cunho político, que alteram o próprio Direito e nele influenciam de forma incisiva.

Hesse, inclusive, aponta que existiria um conflito que considerava permanente entre o que chamou de “Constituição jurídica” e o que seria a “Constituição Real”, mais marcadamente quando não se tratasse de normativas exclusivamente técnicas, mas daquelas que podem ser interpretativas ou demandassem caracterização de condutas. (HESSE, 1991)

Marcadamente, o poder político do estado pode, e constantemente, altera as normas que embasam o poder jurídico, sendo que, na outra ponta da relação, o indivíduo, seja ele o declarado objeto da proteção da norma, seja ele o alvo da aplicação da coerção ou da punição estatal, está em clara relação de inferioridade ou submissão, não conservando um poder dominante, mas, sim, uma passividade em relação as engrenagens do estado e a aplicação da norma.

Ao final, em relação a este referencial teórico, buscou-se esclarecer e demonstrar que o cidadão “médio”, componente de uma classe razoavelmente privilegiada e com condições confortáveis de vida, já está em uma relação extremamente assimétrica com o Estado em termos de poder exercido via aplicação do Direito.

E, em relação aos grupos vulneráveis, tal relação é ainda mais massacrante e impositiva, com a consideração de um poder de influência de fato reservado a poucas e louváveis situações, mas, com uma imensa dominância de submissão da pessoa ao poder estatal.

O Direito, então, acaba sendo uma das ferramentas mais protuberantes de tal situação de dominação, uma vez que é o conjunto de regras que rege a vida em sociedade nos mais diversos níveis e, inegavelmente, é dominado e exercido pelo Estado, que pode, inclusive, alterá-lo na grande maioria dos aspectos.

E, aos populares, em especial aqueles que mais necessitam de proteção e da atenção do Estado, inclusive em suas mais íntimas necessidades, em suas manifestações de vontades e consentimentos em

relações jurídicas, resta um papel delegado a depoimentos, versões e posições passivas como vítimas, testemunhas ou autores punidos pela massiva máquina jurídica estatal, sem um poder que possa ao menos influenciar além dos estreitos limites impostos pela própria ordem dominante, legal.

1.2 O tráfico de pessoas

O Tráfico de Pessoas, atualmente, é uma conduta considerada criminosa e deplorável, um problema a ser combatido, tanto no âmbito interno, como também pela comunidade internacional, sendo que os dois sistemas jurídicos e políticos são palco da ação criminosa, com finalidades e tratamento legislativo definidos regionalmente e/ou localmente, sem prejuízo de tratados bilaterais ou multilaterais.

Isso, a depender do que os governos e entes fazem frente aos traficantes, as organizações criminosas e a realidade das pessoas traficadas, e do que estas têm como características e inclinações em relação a suas vidas e perspectivas a nível local e nacional.

Recorda-se que em um dado momento da história o tráfico de pessoas era uma atividade equiparada ao comércio em geral, com aceitação e, inclusive, proteção dos países em relação a sua existência – como, por exemplo, o tráfico de pessoas ocorrido da África para o Brasil, realizado e protegido por marinhas como a inglesa e a portuguesa.

Tais tempos passaram e, embora o tráfico de pessoas persista enquanto atividade, ainda de maneira nefasta, a sua posição jurídica felizmente se alterou e os Estados e a maioria das pessoas passaram, atualmente, a repudiar, combater e criminalizar tais condutas em suas legislações internas e em seus acordos internacionais.

Outro ponto importante, e que aqui se destaca, é o recorte da finalidade que está presente nos dias de hoje em relação ao tráfico de pessoas, uma vez que há mais de uma destinação ou motivo que leva a realização do delito. Ou seja, há uma variedade de possibilidades em relação ao que se destina o tráfico de pessoas em si.

Diga-se que no Brasil, apenas em 1888 se proibiu o trabalho escravo, com a Lei Áurea, no final do segundo império, o que demonstra que o assunto em geral, seja o tráfico de pessoas, sejam suas finalidades, ainda tem recente proibição e criminalização. (BRASIL, 1888)

Embora outrora fosse marcante a questão e a prevalência do trabalho escravo como finalidade maior do tráfico, passando, posteriormente, a um enfoque na questão da exploração sexual, com algumas legislações mesmo ignorando outras formas de tráfico de pessoas de forma explícita, atualmente a legislação interna brasileira é bastante ampla clara em relação as finalidades estipuladas.

Diga-se, ainda, que estas não se encerram nos incisos do artigo 149-A do Código Penal e, no âmbito internacional, há o protocolo de Palermo com abrangência também alta em relação a finalidades.

Para exemplificar e encartar para fins de comparação a evolução legislativa brasileira quanto ao tráfico de pessoas, apresenta-se os históricos dos antigos artigos 231, 231-A e 232 do Código Penal (CP), que foram substituídos, em 2016, com o advento da Lei 13.344, pelo artigo 149-A do Código Penal, com vigência até os dias de hoje.

A legislação anterior em relação ao tráfico de pessoas era segmentada em diversos artigos no Código Penal, sendo que tais artigos previam o seguinte:

Tráfico de mulheres

Tráfico internacional de pessoas (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

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.

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: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

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

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) (BRASIL, 1940)

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

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. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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 (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) (BRASIL, 1940)

Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

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: (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) (BRASIL, 1940)

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 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 (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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 (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)(Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Art. 232 - Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940)

Diga-se que a referida legislação, com os recortes de 2005 e 2009, inicialmente se alterou com a expressão “mulher” sendo substituída por “pessoa”, com as finalidades ainda separadas e os próprios locais legislativos sendo distintos, não englobados por um único dispositivo legal, como é atualmente.

Tal legislação foi modernizada recentemente e a sistemática original foi substituída para alinhar os preceitos da legislação interna as disposições do Protocolo de Palermo e, após a entrada em vigor da Lei 13.344/16, a redação do artigo 149-A, que trata do tráfico de pessoas, é a seguinte:

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.

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. (BRASIL, 2016)

Nota-se que para além da concentração do arcabouço legislativo sobre o tema em um único artigo ao contrário dos vários dispositivos anteriores, também se lançou uma maior teia sobre várias finalidades do tráfico de pessoas antes não explicitamente atingidas pela disposição legislativa.

A modernização da legislação brasileira se deu, entre outros fatores, pela já datada e obsoleta tutela prevista nos artigos 231 e 231-A e por conta da adesão do país ao Protocolo de Palermo. Diga-se que, em seguida, será abordado o enfoque no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Reforça-se que o artigo 149-A foi influenciado fortemente pelo Protocolo de Palermo, uma vez que o último, em seu artigo 3, definiu o que seria tráfico de pessoas, inclusive mencionando a questão do consentimento, que será abordada mais a frente neste artigo e um aprofundamento em alguns verbos que caracterizam o tráfico de pessoas.

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- 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 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. (BRASIL, 2004)

Digno de nota que o protocolo de Palermo, no seu artigo 3, é mais minucioso em relação ao que significaria o tráfico de pessoas, ao que lhe caracterizaria, e em relação a consentimento e a cadeia de ações e redes de atuação dos autores do tráfico, redação que não foi exatamente replicada pelo artigo 149-A do CP, mas, que nem por isso, impede a utilização do protocolo na atuação jurídica interna.

1.2.1 O Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual

Em específico em relação a finalidade de exploração sexual no crime de tráfico de pessoas, há uma previsão explícita no artigo 149-A, inciso V, do CP, anteriormente sendo prevista nos artigos 231 e 231-A do CP.

A modificação da Lei é decorrência, entre outros fatores, do protocolo adicional a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional relativo a prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, que foi internalizado pelos Decretos nº 5015 e 5017/2004. (BRASIL, 2004)

Houve, inicialmente, a transferência do *locus* legislativo; antes, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual ocupava trecho do Capítulo V do Código Penal, “do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição e ou outra forma de exploração sexual”.

Com a Lei 13.344/16, o artigo 149-A passou a constar no Capítulo VI do mesmo *códex*, “dos crimes contra a liberdade individual”, o que aumenta e evidencia ainda mais o caráter de proteção em diversas faces que o referido dispositivo deve fornecer e a sua abrangência na criminalização das condutas para os mais diversos fins, que agora tem previsão explícita no mesmo artigo.

A referida mudança de local legislativo e a própria redação do artigo 149-A do CP é muito elogiada pela doutrina, uma vez que, para Nucci, a redação dos artigos 231 e 231-A não era satisfatória e a tutela jurídica deles decorrentes, por consequência, acabaria insuficiente ou dificultada. (NUCCI, 2020)

Lado outro, o artigo 149-A do CP é um tipo penal considerado moderno, abrangente, conciso e em uma posição legislativa melhor, uma vez que o tráfico de pessoas não é, nos dias de hoje, destinado unicamente

a finalidades sexuais, mas, também, incluem diversas outras destinações, tais como o próprio trabalho escravo, a servidão, a adoção ilegal e o tráfico de órgãos.

O tipo penal do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual é classificado pela doutrina como um crime de conteúdo variado ou, também, de ação múltipla, com condutas alternativas, com elemento subjetivo de tipo sendo o dolo (NUCCI, 2020, p. 260).

Embora seja um delito cometido muitas vezes por organizações criminosas, dada a sua natureza complexa, que exige uma estrutura de atuação em países de destino e origem das pessoas traficadas, é considerado um crime comum, uma vez que não é necessário um atributo especial ao seu autor.

É considerado um delito formal, uma vez que a perpetração de quaisquer das condutas elencadas no tipo, de maneira alternativa, basta para a caracterização do crime, recordando-se que se trata de um tipo penal alternativo, com diversos núcleos: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Diga-se que a existência de vários verbos caracterizadores do tipo penal permite a responsabilização de toda a cadeia de indivíduos envolvidos na conduta criminosa uma vez que se investigue e comprove tais ações.

Portanto, a responsabilização penal atinge desde aquele que efetua um primeiro contato com as vítimas (o que agencia, recruta, alicia), passando pelo que efetua os traslados (quem transporta e transfere) chegando, finalmente, ao autor do crime no destino (quem aloja, acolhe ou compra pessoa).

É um delito comissivo, que inclui em seus núcleos verbos de ação, tanto instantâneo, como permanente, a depender do verbo realizado pelo autor da conduta e, ainda, admite-se a tentativa.

Diga-se que o estudo do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual tem dois pontos que se considera marcantes para sua caracterização e análise correta em termos do crime complexo que é, inclusive quanto a própria vontade ou consentimento da pessoa traficada.

O primeiro é a questão socioeconômica da vítima do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, ou, em outra denominação, da pessoa traficada cuja finalidade, no destino, seja ser explorada sexualmente.

Nestes casos, ainda que se tenha o consentimento, é preciso uma discussão para se delimitar até onde tal manifestação de vontade possa

estar viciada ou, ao menos, condicionada, e até que ponto o agente ativo do tráfico de pessoas pode abusar da vulnerabilidade da vítima para perpetrar a conduta a arrepio do poder do Direito estatal.

O segundo, que à primeira vista pode mesmo parecer contraditório, é abandonar o estigma da atividade profissional da prostituição, que, com o consentimento da pessoa traficada, homem ou mulher, pode, de fato, descaracterizar o crime de tráfico de pessoas, a depender da interpretação conferida pelo órgão julgador ao conteúdo do artigo 149-A CP em conjunto com o do protocolo de Palermo.

Em suma, a finalidade de exploração sexual – sem menção à prostituição – é muito mais abrangente e pode, em certas situações até envolver a prostituição. Tudo depende do modo como esta é exercida, da idade do profissional do sexo e do seu consentimento. Explorar significa tirar proveito de algo ou enganar alguém para obter algo. Unindo esse verbo com a atividade sexual, visualiza-se o quadro de tirar proveito da sexualidade alheia, valendo-se de qualquer meio constrangedor, ou enganar alguém para atingir as práticas sexuais com lucro. Explora-se sexualmente outrem, a partir do momento em que este é ludibriado para qualquer relação sexual ou quando o ofendido propicia lucro somente a terceiro, em virtude de sua atividade sexual (NUCCI, 2020, p. 261)

Ou seja, a discussão quanto ao consentimento ou a manifestação da vontade da pessoa traficada ante o aparelho punitivo estatal e a força do Direito estatal como única fonte de norma para o caso concreto estão também ligadas a forma como se trata o assunto.

Ora, é inegável que o tráfico de pessoas é uma atividade reprovável, pois, ainda que se trate de uma mera condução não autorizada, mas com a concordância de indivíduos do ponto A ao ponto B, se estaria diante de uma ilegalidade – lado outro, se estaria diante de uma imigração ou migração nos termos da lei, sem nenhuma necessidade de discussão adicional no campo do Direito Penal.

Também não se trata de criminalizar a vítima, pois, quem se submete ao tráfico de pessoas, seja para qual fim for, pode e muitas vezes está ou diante de alguma situação adversa na sua origem que a impele a, mesmo de maneira ilegal, buscar outra localidade e, não raro, outra ocupação para a sua vida ou mesmo considera que a sua vocação profissional e sua vida seria melhor em outra localidade, ainda que após ser objeto do tráfico.

Igualmente, não se busca isentar o traficante de pessoas de sua responsabilização penal ou de qualquer outra forma, uma vez que, seja qual a motivação da pessoa traficada, este se aproveita da situação, quando não a força mediante coerção, ameaça ou força física, e age na ilegalidade, não sendo uma “agência de viagens” autorizada, cumprindo com as normas legais de cada localidade.

O que se busca é a discussão em relação ao valor dado ao consentimento da vítima e como o Estado, que detém não apenas o monopólio da violência (oficial) no território, mas também a prerrogativa de alterar o Direito que é aplicado sob aqueles que vivem em dado território, trata tal palavra, se de forma a considerá-lo como legítima manifestação de vontade apta a influenciar no resultado do processo ou, lado outro, como mera fonte de informações para aplicar uma pena ou deixar de condenar um réu.

A exploração sexual, principalmente de mulheres e crianças, é responsável por parcela significativa das pessoas traficadas, mais de metade delas, diga-se, segundo informações do último relatório da UNODC sobre o tráfico de pessoas e suas características (UNODC, 2020, p. 33-34), o que traz à tona ainda mais a questão do consentimento de quem é traficado e de como o meio socioeconômico influencia em tal manifestação.

Ora, apesar do trabalho escravo ou forçado corresponder a 38% do tráfico de pessoas, segundo o mesmo relatório, e a vontade ou o consentimento daqueles traficados para tais fins também ser relevante na discussão, as mulheres e crianças muitas vezes estão dentro de uma situação do que se chama de “hipervulnerabilidade”, o que justifica a escolha das mulheres e de seu consentimento como enfoque, conforme exposto a seguir (UNODC, 2020, p. 34).

1.3 O consentimento da vítima e a atuação estatal à sua revelia

Em relação ao valor que o Direito estatal normatizado e aplicado dá a palavra da pessoa traficada, é preciso fazer um recorte, como indicado acima, uma vez que, em determinadas situações, mesmo tal consentimento pode estar viciado e/ou influenciado por uma outra característica, realidade ou situação pretérita.

De início, observa-se que a imensa maioria das pessoas que são traficadas para fins de exploração sexual são, de fato, mulheres e crianças, conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho de 2005. (OIT, 2005) Outras formas de tráfico de pessoas têm a formação

demográfica mais diversificada, mas, para tal fim, de fato os grupos mais traficados são esses.

E, justamente, mulheres e crianças são grupos vulneráveis notórios, muitas vezes sendo considerados mesmos *hipervulneráveis* por conta de suas características pessoais somadas as dificuldades comuns aos demais.

A sociedade machista, a falta de apoio familiar e estatal, a estrutura excludente, a divisão desigual de tarefas, o pagamento desigual em relações de emprego e mesmo a vulnerabilidade física decorrente de diferenças fisiológicas, mais marcante em relação as crianças, colocam estes dois grupos, de fato, como “escolhas” preferidas dos autores do tráfico de pessoas com fins de exploração sexual.

Não se busca ignorar a realidade dos homens que também são traficados para fins de exploração sexual, inclusive de travestis, transexuais e afins, mas, o enfoque, no presente artigo, de fato está nas mulheres.

O motivo da hipervulnerabilidade é simples: situações que já são precárias e expõem uma fragilidade para o tão falado “homem médio” são ainda mais gravosas para mulheres (e crianças) e, não raro, justamente por tal motivo elas são aliciadas, recrutadas, escolhidas, convencidas ou, mesmo, buscam voluntariamente ser traficadas para fins de exploração sexual.

Segundo o mesmo relatório de 2020 da UNODC citado, 51% das pessoas traficadas tinham um fator preexistente de dificuldades econômicas; 20% eram crianças com famílias desestruturadas; 9% eram crianças que não tiveram o apoio familiar. Além disso, 10% possuíam problemas de imigração e 13% tinham no seu próprio parceiro o traficante (UNODC, 2020, p. 71).

As causas socioeconômicas são, conforme se observa com os dados acima, bastante marcantes nas vítimas de tráfico de pessoas, e as mulheres e crianças, maioria no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, são ainda mais propensas a serem objeto da conduta pois, justamente, são mais vulneráveis dentre os vulneráveis.

Isso, no entanto, não quer dizer que se pode tolher sua capacidade de influência no processo judicial ao considerar as mulheres um grupo que deve ser tutelado pois sempre é explorado, de uma perspectiva que ignora a autonomia das mulheres, a voluntariedade para a prostituição nos casos em que esta existe e mesmo a realidade local face a realidade no destino.

Exemplifica-se: a questão geopolítica também tem influência no tráfico de pessoas e, por consequência, para fins de exploração sexual. Visualiza-se, para fins de ilustração, que em uma determinada localidade,

há pouco emprego, baixas possibilidades de ascensão social, ausência do estado em políticas públicas básicas e pobreza.

As mulheres daquela região terão de lidar, além de tudo isso, também com os fatores que lhes trazem uma maior vulnerabilidade pela condição de mulher na sociedade patriarcal e machista – a violência doméstica, a diferença de tratamento, os crimes sexuais, o mercado de trabalho restrito e desigual, entre outros.

E, ademais, a pandemia decorrente da COVID-19 causou, para além das mortes, que são a consequência imediata e mais clara de todas, sem perspectiva de retorno ou reversão, também um aumento da vulnerabilidade socioeconômica já presente em tempos considerados normais.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, inclusive, elaborou nota técnica em relação a tal fato, com um “Raio-X da violência doméstica durante isolamento”, concluindo que, embora aparentemente as medidas protetivas de urgências estivessem sendo cumpridas, houve um aumento de pedidos das referidas medidas e de prisões em flagrante (MPSP, 2020, p. 7), indicando um aumento da violência doméstica no período pandêmico.

Isso é apenas uma das partes do aumento da vulnerabilidade, que ocorre também em razão de diminuição de emprego e renda, de aumento de inflação e do custo de vida como não se via a tempos e, em relação especificamente as crianças, ao fechamento de escolas e ambientes de convivência.

Há, portanto, em relação as mulheres, um contexto de vulnerabilidades sociais, somadas a vulnerabilidades específicas decorrentes das condições particulares de tal grupo e ainda somadas as decorrências da pandemia de COVID-19 (MARQUES, 2020, p. 2).

Todo este quadro, no entanto, não justifica a aplicação do artigo 149-A do CP à revelia da manifestação de vontade das mulheres e, portanto, a situação admite e tem sido comum, a discussão quanto a validade e a valoração do consentimento para fins de responsabilização penal do autor do tráfico!

A voluntariedade da mulher em se prostituir em outra localidade e se submeter ao tráfico de pessoas para conseguir chegar ao destino é uma realidade, e os motivos que levam a tal atitude passam pela vontade de mudar de vida em busca de melhores condições, sair de um ambiente hostil ou mesmo assumir a atividade profissional da prostituição na localidade de destino de livre vontade.

Porém, a voluntariedade descrita sofre, inegavelmente, influências do meio social, econômico, político e familiar, o que, muitas vezes, pode

levar a uma vontade viciada e a um consentimento turvo diante da premissa de que “qualquer coisa é melhor do que a vida nas condições na origem”.

E, neste cenário, o autor do tráfico de pessoas, que geralmente é indivíduo do sexo masculino, cidadão local, que possui conhecimento da região e da sua realidade (UNODC, 2018, p. 35-39), pode explorar e abusar desta situação de vulnerabilidade para, no mínimo, facilitar a captação de pessoas traficadas, em especial, no caso do fim de exploração sexual, mulheres.

Isso tudo, no entanto, não quer dizer que o Estado deve, então, ignorar as manifestações de vontade das mulheres por conta da sua possível hipervulnerabilidade e assumir o papel de protetor sem considerar a palavra da pessoa traficada.

Tomar tal caminho seria reduzir demasiadamente a situação a uma história de alguém em perigo que deve ser cuidado pelo Estado, pois, não pode cuidar de si próprio nem tem capacidade para se defender ou decidir. Pior, seria uma chancela em relação a uma atuação apenas pós-violatória do Direito estatal, o que está muito distante do ideal.

O problema de o Estado estar ausente nas situações de violência é que a sua presença apenas se dá em momentos pós-violatórios e não em condições de evitar a violação com políticas públicas e prevenção de problemas sociais que contribuem e são causas, muitas vezes, das condutas criminosas como o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

No entanto, se houvesse uma presença forte ou minimamente decente do Estado desde o início das causas das vulnerabilidades, poderiam ser evitadas as fontes dos problemas, com a elaboração conjunta de políticas públicas, investimentos em infraestrutura básica, saúde, educação, igualdade de gênero em oportunidades, proteção e ações públicas de integração.

Isso leva a questão do motivo pelo qual as mulheres consentem em serem as vítimas dos crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e, também, a razão pela qual o Estado intervém como intervém em fases pós-violatórias, ou seja, no processo judicial para a responsabilização do autor da conduta.

E o próximo passo é entender como o poder estatal tem sido exercido por meio do Direito em relação a tais crimes e ao consentimento ou manifestação de vontade da vítima.

Segundo estudo elaborado por Garbeliini Filho e Borges (2021, p. 19), relacionado a sete decisões encontradas em acórdãos do Tribunal

Regional Federal da Terceira Região (TRF 3), houve uma mudança notável em relação ao tratamento do consentimento da pessoa traficada, ora pela irrelevância, ora, pela relevância.

Os autores, quando abordam os resultados, reservam críticas a maneira ainda considerada pouco emancipatória e menos ainda feminista que os julgadores dos acórdãos analisados abordam a questão, porém, não deixam de ressaltar que houve uma mudança considerável de tratamento reservado a vontade da pessoa traficada tendo como marco a Lei 13.344/2016.

Antes do advento desta Lei, segundo Garbellini Filho e Borges (2021, p. 19), o tratamento reservado ao consentimento ou a vontade das mulheres traficadas no âmbito decisório do processo judicial, ao menos quanto às decisões do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, era o da irrelevância.

Agiam assim os julgadores sob uma perspectiva considerada trafiquista e exacerbadamente interventiva, sob uma justificativa de proteção, com argumentos de ordem que colocavam as mulheres em uma posição de total inércia, sem condições de manifestarem ativamente suas vontades e influenciar no processo, sempre com a própria autonomia e capacidade colocadas em segundo plano.

No âmbito dos acórdãos pré-Lei 13.344/2016, um recurso empregado pelos desembargadores para promover a consolidação da irrelevância do consentimento nas decisões foi a categorização das mulheres traficadas como indivíduos infantilizados que não possuem capacidade própria para optar pelo tráfico sexual e se empoderarem por meio da atividade prostitucional, uma vez que não possuem real dimensão e noção sobre esse universo compreendido como perverso pelos julgadores. As mulheres estão sempre à mercê dos proxenetas. (GARBELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 22)

Ou seja, em linha com as pontuações feitas anteriormente quanto ao tema, os julgadores do egrégio TRF 3 acabavam por encampar uma postura não apenas protetiva, mas, em realidade, paternalista e machista, ignorando que as mulheres traficadas têm autonomia podem consentir na conduta, e algumas vezes, acabam de fato concordando em ser traficadas para exercer a prostituição em outra localidade.

No entanto, nos acórdãos tecidos após a entrada em vigor da Lei 13.344/2016, houve uma mudança de postura que, agora, levava em conta no processo decisório a vontade e o consentimento da pessoa traficada,

trazendo para o campo da relevância processual e judicial tal manifestação e afastando a abordagem infantilizada utilizada outrora.

Em contrapartida, no âmbito dos acórdãos pós-Lei 13.344/2016, um dos recursos argumentativos empregados pelos julgadores para sustentar a tese de relevância do consentimento foi a quebra do panorama padronizado sobre o modus operandi do tráfico sexual. Se as narrativas sobre o tráfico sexual foram construídas a partir de um universo de perversidade e de vulnerabilidade nos acórdãos anteriores à Lei 13.344/2016, os julgadores agora evidenciam que o campo da prostituição é multifacetado e não se restringe somente a situações de escravidão sexual, pelo contrário, deve-se admitir a possibilidade de liberdade sexual das pessoas, de modo que a validade do consentimento deve ser analisada ao caso prático. (GARSELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 25)

Ou seja, de fato, ao menos em relação ao recorte eleito no estudo, houve uma releitura e uma mudança de interpretação quanto ao fim de “exploração sexual” no tráfico de pessoas, passando de um tratamento machista e patriarcal que considerava que toda mulher objeto do tráfico de pessoas para referidos fins era vulnerável e deveria ser protegida, pois, não possuía autonomia para decidir o que estava fazendo e o que queria, e chegando a uma interpretação mais moderna, variada e em linha com a realidade social em relação a prostituição nos dias de hoje, considerada mesmo uma atividade profissional.

Porém, conforme indicado, não passou sem crítica tal caminho:

Por certo, não identificamos nos acórdãos um projeto jurídico feminista na dimensão de Fabiana Severi. A produção normativa e a confecção das decisões não foram intermediadas pela análise de gênero e de conceitos-chaves do universo dos feminismos, contudo, os resultados de pesquisa nos possibilitam pensar que o próprio formalismo jurídico dos julgadores pode ser engendrado como mecanismo de lutas no campo do direito para uma prática jurídica emancipatória e antidiscriminatória. (GARSELLINI FILHO; BORGES, 2021, p. 27)

Diga-se, que conforme Garbellini Filho e Borges (2021, p. 27), tal mudança de postura, apesar de não se enquadrar em um projeto jurídico feminista ou mesmo promover profundas mudanças na forma de decidir dos tribunais, indica ao menos o início de um afastamento das decisões

de uma linha de manutenção de estereótipos datados, infantilização e intervenções fora de lugar.

Com isso, se permite um caminho que trate, de fato, o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual da maneira plural, de muitas nuances e muitas origens como de fato o é.

Após tais pontuações, passa-se a uma final reflexão crítica sobre todo o exposto, retomando a ideia principal que contrapõe o poder do Estado exercido via Direito ante a autonomia das mulheres no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, em relação a seu consentimento e sua (des) consideração no processo judicial punitivo.

2 OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

Resta claro, ao final do presente artigo, que, quanto ao poder do Estado face ao poder do indivíduo, este, em regra, está em flagrante hipossuficiência no jogo de forças e tem um rol taxativo de ferramentas e ações para se contrapor ao exercício do Direito estatal que são definidas justamente pelo próprio ente público.

Embora isso não seja algo sinônimo de negativo, uma vez que o Direito impõe limites, define regras, aplica sanções e tutela direitos, inclusive em relação as minorias, também não quer dizer que isso baste.

Isso, pois, em relação a grupos que compõem uma situação de hipervulnerabilidade, tais como as mulheres, tal desnível de forças é ainda maior e mesmo em relação às ferramentas que estão previstas na norma, por vezes não há a correta consideração destas no momento decisório.

E, em relação ao crime atualmente previsto no artigo 149-A do Código Penal, do tráfico de pessoas, mais especificamente na sua finalidade de exploração sexual, no inciso “V”, a vontade, o consentimento, a manifestação por parte da vítima, ou seja, sua possibilidade de interferir no resultado do processo apresentando sua versão, acaba por ser destaque e objeto deste estudo.

Isso, pois, conforme analisado no referencial teórico relativo ao tipo penal de tráfico de pessoas em conjunto com o capítulo relacionado ao consentimento da vítima, há uma grande questão enraizada na sociedade patriarcal em relação mesmo a configuração da responsabilização penal e aplicação de penas, quando se (des) considera a manifestação da pessoa traficada quando há a intenção de se prostituir, o que acaba sendo interpretado como sinônimo de exploração sexual forçada.

E, “pessoa traficada”, em relação a tal crime, trata-se principalmente de mulheres, grupo que entra no critério de hipervulnerabilidade, por estarem seus componentes inclusos dentro de opressões somadas a situações de vulnerabilidade social e econômica.

Ora, quanto a isso, conforme exposto no estudo de GARBELLINI FILHO e BORGES, (2021, p. 21) o Estado, antes da Lei 13.344/2016, assumia a posição de tratar as mulheres, principalmente, de uma perspectiva patriarcal e infantilizada, ignorando suas manifestações e proferindo decisões a sua revelia, pois, pelo que se extrai da visão dos julgadores naquele recorte, as mulheres que são vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual não teriam autonomia, nem discernimento, para, sozinhas, assumir os riscos e se lançar a exploração sexual consistente, por exemplo, na prostituição voluntária.

Sabe-se, pelo indicado acima, que após o advento da nova legislação, tal realidade se alterou e, após a reforma que incluiu o artigo 149-A no CP, a vontade da vítima, sua manifestação e seu consentimento, passaram a compor, ao menos de uma maneira relevante, a formação da opinião dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da Terceira Região – ainda que com ressalvas da perspectiva feminista.

No entanto, aqui se faz um apontamento crítico sobre tal ponto, em relação ao tratamento dado pela legislação interna, a abordagem do protocolo de Palermo e a própria consideração do consentimento da pessoa traficada no processo decisório no processo.

Observa-se que o artigo 149-A do Código Penal não aborda de forma expressa a questão da vontade ou do consentimento da vítima, nem como uma forma de exclusão do crime se a pessoa traficada concordar em ser objeto da conduta, nem como forma de configuração do crime no caso da ausência de tal concordância.

A estrutura do referido tipo penal encerra, no seu *caput*, os verbos núcleos do tipo, nos incisos as finalidades e nos parágrafos as causas de aumento e diminuição de pena, que abordam questões como o autor ser funcionário público no exercício de funções, no caso de crime cometido contra criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência ou, ainda, em casos de relação de parentesco e proximidade e tráfico internacional em que pessoa, de fato, for retirado do território.

Por outro lado, o Protocolo de Palermo, em seu artigo 3, de fato trata a questão do consentimento da vítima em relação a algumas situações em que, ainda esteja presente, é irrelevante.

Reforça-se:

Artigo 3 Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

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 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. (BRASIL, 2004, grifo nosso)

Observa-se que o Protocolo de Palermo, internalizado pelo Brasil no Decreto 5017/2004, prescreve que o consentimento da vítima será irrelevante nos casos indicados na alínea “A” do artigo 3, o que, ao contrário da legislação interna, inclui especificamente as situações de vulnerabilidade socioeconômica, evidenciada no trecho: “ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”.

Ou seja, nesta interpretação do Protocolo, em casos de vulnerabilidade, ainda que a vítima consinta livremente com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, tal consentimento seria irrelevante e o autor da conduta acabaria sendo responsabilizado de qualquer maneira, em uma linha hermenêutica próxima a daquela dos julgadores do TRF3 no período pré-Lei 13.344/2016.

Mas, diga-se que tal linha interpretativa, embora mereça críticas e observações, não deve ser totalmente desconsiderada de um ponto de vista protetivo e pré-violatório dos Direitos destes grupos se utilizado o recurso previsto no protocolo de Palermo.

A uma, porque devem ser considerados os dados e estes apontam que mais de 70% das pessoas traficadas sofrem de alguma forma de vulnerabilidade socioeconômica e, a outra, que a maioria destas pessoas são traficadas por intervenção de uma organização criminosa que justamente se aproveita desta situação para atuar e captar as pessoas vítimas do crime.

De fato, tratar todas as mulheres como meros objetos de proteção estatal sem qualquer capacidade de defesa, autonomia e consentimento em se submeter ao tráfico de pessoas para exploração sexual voluntária mediante atuação na prostituição é reduzir demasiadamente o escopo e assumir uma postura extremamente infantilizada, ‘machista e patriarcal que acabaria por diminuir ou suprimir totalmente a autonomia destas mulheres.

Não é correto admitir isso tendo em vista a atividade profissional da prostituição que pode ser desenvolvida e os projetos de vida que podem ser almejados diante da realidade na origem e no destino das mulheres traficadas.

Porém, tratar todas as mulheres que são traficadas para fins de exploração sexual como autônomas e em condições de se imporem mediante traficantes integrantes de organizações criminosas, medirem a real influência da sua própria situação ante a tal organização ou, pior ainda, ignorar esta vulnerabilidade a pretexto de descaracterizar o crime, também parece um caminho perigoso, em especial face a estruturas tão nefastas e poderosas como são tais estruturas.

Mas, então, pode se questionar qual seria o melhor caminho para a atuação jurídica estatal em relação a este consentimento da mulher traficada para fins de exploração sexual, uma vez que se ignorar a sua manifestação seria algo excludente e patriarcal, infantilizando sua personalidade, e se considerá-la em situações de vulnerabilidade poderia prejudicar a própria tutela dos seus Direitos mais básicos, como a liberdade e o combate às organizações criminosas.

Não se tem a ambição de encerrar o tema ou dar uma resposta definitiva a um problema tão complexo em um artigo, porém, ante o exposto, parece ser justo para a atividade jurisdicional satisfatória que se considere, caso a caso, a situação em lume, nem adotando por regra

a irrelevância do consentimento da pessoa traficada, nem se excluindo o crime em casos de existência deste consentimento.

Mas, sim, considerando-se a realidade socioeconômica da mulher traficada, suas aspirações, a atuação da organização criminosa e dos seus integrantes, os locais de destino e origem, entre outros.

Isso, pois, pode ocorrer que em um determinado caso, a mulher, mesmo advinda de uma camada social mais pobre, está plenamente ciente dos riscos, das oportunidades e do seu desejo por uma mudança de vida para melhor e voluntariamente se submete ao tráfico internacional para exercer a prostituição em um outro local, mesmo fora do país e sobre a “influência” da organização criminosa.

Porém, o que também pode ocorrer é que um membro de organização criminosa se infiltre em meio socioeconômico vulnerável e, se aproveitando totalmente desta vulnerabilidade, convença por argumentos de ordem e falsas promessas uma mulher que uma vida sob o jugo da exploração sexual no estrangeiro é melhor que a vida que ela leva naquela localidade e, neste caso, mesmo sem a aspiração originária ou voluntária de se prostituir, haveria o consentimento pela busca de melhor vida a qualquer custo face a vulnerabilidade.

Seria um caso de aplicação do artigo 149-A do CP em conjunto com ao artigo 3 do Protocolo de Palermo no momento da decisão e exercício do poder de estado via Direito, uma vez presente um abuso da situação de vulnerabilidade pelo autor da conduta.

O papel reservado ao Estado, portanto, não seria, idealmente, o de ignorar ou valorar isoladamente a vontade ou o consentimento da pessoa traficada, no caso a mulher, mas, sim, de utilizar o seu poder punitivo e decisório por meio do Direito de uma forma verdadeiramente justa e democrática, levando em conta as realidades individuais e os direitos de cada um, para, na construção do Direito na prática, se conseguir uma solução que se amolde realmente ao caso, sem abusos de tutela e sem desamparar quem necessita.

Parece ambicioso, e é. Mas, além disso, há a necessidade de se atacar a raiz de toda a discussão aqui posta: a (hiper) vulnerabilidade das mulheres traficadas e como isso afeta a sua vontade e o seu consentimento.

Pode-se, em conclusão crítica, punir o autor do tráfico de pessoas, no caso, de mulheres, para fins de exploração sexual, levando-se em conta a vontade da vítima e sua autonomia de uma forma ou de outra.

Explica-se: se a mulher em situação de hipervulnerabilidade decidiu se submeter ao tráfico de pessoas para ser explorada sexualmente em outro local de forma voluntária, ainda há o crime, já que aqui não se está analisando a punição em relação a quem *explora* sexualmente, mas quem *tráfica* a mulher para tanto.

O que não se pode ignorar, e nem se deve admitir, é que o crime persista e continue a ser praticado, julgado, punido ou não punido á revelia da manifestação de vontade, da autonomia, das aspirações e do lugar de fala da vítima sob um pretexto unicamente de aplicação do Direito e do Poder estatal.

Isso, pois, não raro, o Estado punitivo também tem uma grande parcela de culpa quando contribui, com sua estrutura, ações e falta de inclusão de pautas de minorias e grupos vulneráveis, para colocar as mulheres em situações cada vez piores e de risco a seus direitos e garantias.

E, este papel do Estado é tão importante quanto a correta e isonômica aplicação do Direito: elaborar políticas públicas, investir em educação de base, em formação profissional para todos, em especial os mais vulneráveis, e combater a violência e a discriminação de gênero.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, ao final, que o exercício de poder pela via do Direito estatal merece observações, críticas, reparos e uma maior permeabilidade para que as pessoas, em especial as mais vulneráveis, como são as mulheres, possam participar, intervir e demonstrar sua realidade e sua vontade, com vistas a uma solução de conflitos realmente justa e que leve em consideração fatores plurais.

Também, pode-se concluir que o Direito enquanto ferramenta está longe de ser um vilão a ser combatido com todas as forças pelos diversos setores da sociedade, entre eles os grupos vulneráveis, uma vez que há uma série de Direitos garantidos na norma que são regulados, tutelados e guardados de possíveis violações pelo Estado justamente com base na atuação dos seus entes e entidades, jurídicas ou políticas.

Inclusive, os atores jurídicos podem se utilizar do Direito estatal para ir contra o próprio Estado em algumas situações em que o ente acabaria por violar as prescrições legais – um exemplo são ações do Ministério Público contra programas de governo que cerceariam o acesso de determinado setor da sociedade a direito garantido e previsto em lei¹.

¹ Como, por exemplo, em ações do Ministério Público do Estado de São Paulo contra a

Isso, no entanto, não quer dizer que não há espaço para críticas, para lutas e por desejo de mudança, inclusive no que se refere a uma maior consideração da população no momento da aplicação e da criação do Direito, não apenas em relação a uma aplicação direta e sumária do Direito estatal como única forma de Direito admitida, mas, também, a formulação de políticas públicas e mesmo alterações legislativas com uma maior participação popular.

Isso, tudo, pensando não apenas na consideração de realidades e características de determinadas localidades e de determinados grupos vulneráveis, mas, sim, também em uma forma de atuação em uma fase antes da violação dos Direitos.

Tal ponto é central para o presente artigo, notando-se, após as considerações anteriores, que o direito estatal acaba sendo um recurso quase que exclusivamente pós-violatório e que visa muito mais a punição do autor de uma determinada conduta do que mesmo a proteção da vítima ou de quem sofre esta conduta.

Sem negar a importância de uma atuação estatal na fase pós-violatória, de forma até mesmo a proteger a vítima de forma direta e toda a sociedade por consequência, tal atuação acaba, não raro, por deixar um sentimento de injustiça e impotência ainda que ocorra a correta aplicação da norma, o que, não raro, acaba por não ocorrer.

E, ainda, a pessoa que sofre a conduta criminosa muitas vezes têm sua versão, sua vontade ou seu consentimento ignorado em nome do poder punitivo Estatal e do exercício e aplicação do direito, reservando-se sua participação no processo a mero colhimento de versão ou participação via assistente de acusação.

A complexidade aumenta e a palavra da vítima acaba em um lugar ainda mais turvo quando há crimes específicos, que vitimam grupos específicos e vulneráveis, como as mulheres, com o seu consentimento ou sua vontade em relação a determinadas condutas sendo afastadas e reduzidas a uma versão que justifique e fundamente a atuação punitiva estatal ou, ao outro extremo, a uma ausência de atuação punitiva estatal.

Além disso, as próprias instituições de Estado acabam ficando distantes do correto atendimento à população e, muito por necessidade, alternativas do meio social e jurídico de apoio e amparo surgem, em paralelo e em resposta a esta ineficácia e falta de suporte.

cobrança de IPVA de Pessoas com Deficiência.

Porém, há ainda os casos distintos, em que a palavra da vítima é no sentido de consentimento com uma conduta considerada criminosa pelo Estado, e, então, a situação é ainda mais singular.

Pensando, em específico, no caso de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual, focando no grupo vulnerável em lume, o consentimento da pessoa objeto, que é traficada, acaba sendo foco de debates acalorados tanto acadêmicos quanto jurídicos.

Isso, pois, a palavra da vítima pode ser utilizada de forma a colocar a mulher em uma posição de “hipervulnerabilidade” praticamente infantilizada e acaba sendo ignorada sua concordância em ser traficada de forma a fundamentar a condenação, mesmo que isso não corresponda inteiramente ao espírito da norma.

Ou, lado outro, pode ser usada para justificar uma absolvição dos envolvidos na conduta do tráfico de pessoas, ao argumento de que a “vítima”, no caso, simplesmente fez um acordo comercial de ser transportada, ainda que irregularmente, para outra localidade, acabando por ignorar aspectos socioeconômicos como uma imensa vulnerabilidade social, aproveitada pelos autores da conduta.

Uma legislação clara colocaria um fim a um problema mas a discussão quando a aplicação do Direito estatal sem a consideração da palavra da vítima em relação ao consentimento continuaria; no caso, não há uma colocação expressa quanto ao consentimento no artigo 149-A do Código Penal, e isso leva a incerteza e ao debate ainda mais acalorado, embora esteja evidente a mudança de postura dos julgadores quanto a relevância.

No caso em lume, tal quadro, ao final, fica muito claro, em relação à vontade, a intenção e ao consentimento das mulheres no crime de Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual: é preciso se livrar de estigmas quanto a vontade da mulher e a possibilidade da prostituição voluntária para se entender e considerar corretamente o seu consentimento no tráfico de pessoas.

Da mesma forma, é importante levar em conta também o aspecto das vulnerabilidades socioeconômicas para decidir de uma maneira mais correta, tendo em vista que podem ocorrer casos de abusos desta situação pelos traficantes que causam uma contaminação na voluntariedade das vítimas.

Ou seja, o poder do Estado exercido via Direito não pode ser cego as realidades socioeconômicas nem tampouco ignorar o formalismo, mas, sim, deve buscar um equilíbrio levando em conta as ferramentas jurídicas a sua disposição (inclusive externas, como o protocolo de Palermo) e as condições em que ocorrem cada situação,

pois, a imposição de uma regra sem a consideração de peculiaridades leva a uma aplicação insatisfatória do Direito.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; ARAÚJO, Jailton Macena de. **Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal**. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito (ISSN | 2179-7131), Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20428/11799>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, 1888. **Lei Áurea**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL, 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL, 2004. **Decreto nº 5.017 de 12 de Março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 25 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 dez. 2021.

CISNE, M.; GURGEL, T. **Feminismo, Estado e políticas públicas: desafios em tempos neoliberais para a autonomia das mulheres**. SER Social, p. 69-96, Brasília, 2008. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12960. Acesso em:

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARBELLINI FILHO, L. H.; BORGES, P. C. C. O consentimento no tráfico sexual sob o martelo do Judiciário: as práticas e os discursos dos julgadores. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/55088>. Acesso em: 3 jan. 2022.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, E. S. *et al.* Violence against women, children, and adolescents during the COVID-19 pandemic: overview, contributing factors, and mitigating measures. **Cad. Saúde Pública**, v. 36, n. 4, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/SCYZFVKpRGpq6sxJsX6Sftx/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo de Gênero e Centro de Apoio Operacional Criminal. Nota Técnica. **Raio X da violência doméstica durante isolamento: um retrato de São Paulo**. São Paulo: MPSP, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/violencia-domestica-mp-sp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Promotoria obtém decisão suspendendo cobrança do IPVA de pessoas com deficiência**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=23941285&id_grupo=118. Acesso em: 28 dez. 2021.

NUCCI, G.S. **Código Penal Comentado**. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990138/>. Acesso em: 28 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado**. Genebra, 2005. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

UNODC. **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas - Perfil de País - América do Sul. 2018**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2018_GloTiP_South_America.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons 2020**. United Nations, 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf. Acesso em: 14 fev. 2021.