

Críticas à Lei 13.344/2016 – tráfico de pessoas

Mônica Sifuentes*

RESUMO

Descreve as sucessivas alterações legislativas no tipo penal relativo ao tráfico de pessoas e descreve a influência do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, adotado pelo Brasil em 2004. Analisa a Lei 11.344/2016 em relação às mudanças na classificação, caracterização e configuração penal do crime de tráfico de pessoas. Tece críticas aos impasses ocasionados pela lei no exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista a dificuldade na obtenção da prova de elementos do tipo penal. Aborda a questão do consentimento da vítima, a proteção à criança, idosos e incapazes, bem como a falta dos meios necessários para executar as medidas protetivas propostas na lei.

Palavras-chave: Direito Penal. Convenção de Palermo. Tráfico de pessoas. Prova. Tipo penal. Consentimento da vítima. Proteção da criança. Lei 13.344/2016.

ABSTRACT

This paper shows the consecutive legislative amendments to the criminal law regarding human trafficking as well as the influence of the Additional Protocol to the Palermo Convention, adopted by Brazil in 2004. It looks at changes made to Act 11,344/2016 with respect to its disposition, interpretation and criminal outline of human trafficking, and draws criticism to the legally imposed obstacles to the exercise of judicial function, given the hardship in obtaining criminal type evidence. It addresses the issue of the victim's consent, the protection of children, elderly and disabled, as well as the lack of the necessary means to implement the protective measures laid down in law.

Keywords: Criminal Law. Palermo Convention. Human trafficking. Evidence. Criminal type. Victim's consent. Child protection. Act 13,344/2016.

1 Visão geral da Lei 13.344/2016

A Lei 13.344, de 06 de outubro de 2016, entrou em vigor no Brasil com inúmeros aplausos da comunidade jurídica nacional e, em especial, dos profissionais que atuam na conflituosa e delicada área do tráfico de pessoas. Celebrada pela imprensa como um marco legislativo, o texto teve origem em um projeto da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil, que funcionou no Senado entre 2011 e 2012 (PL 7.370/2014).

De fato, há muito se esperava que a legislação interna brasileira no combate ao tráfico de pessoas se adaptasse ao Protocolo Adicional à Convenção de

Palermo, ratificado pelo Brasil e em vigor no território nacional desde 12/03/2004¹. A nova lei, editada com esse espírito, focou as três linhas centrais de atuação do referido diploma internacional, quais sejam: prevenção, repressão e assistência às vítimas.

Estabeleceu a lei, desse modo, medidas louváveis, em especial no capítulo dedicado à proteção e assistência às vítimas do tráfico, diretas ou indiretas (cap. IV), previsão até então inédita na legislação brasileira. Essa proteção compreende assistência jurídica, social, acolhimento e abrigo provisório, preservação da identidade, reinserção social, atendimento humanizado e prevenção à “revitimização”, entre outras (art. 6º). As vítimas de tráfico de pessoas que estiverem no Brasil passaram

* Desembargadora federal. Mestre em direito econômico e doutora em direito constitucional pela UFMG. Especialista em combate ao tráfico internacional de pessoas pela American University – Washington College of Law. Juíza de enlace no Brasil para a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Membro da Rede Internacional de Juízes da Haia. Ponto de contato no Brasil para a IberRED.

¹ Decreto 5.017, de 12 de março de 2004 – Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo).

a ter, como ocorre em outros países, direito a visto de residência permanente (art. 7º).

Outro ponto de destaque refere-se à previsão expressa de cooperação entre os órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros e a formação de equipes conjuntas de investigação (art. 5º), como forma de tentar contornar a velha disputa entre as polícias estaduais, militares e federais, no tocante à apuração e repressão a esse crime. A lei prevê ainda a criação de políticas públicas que envolvam profissionais de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça e desenvolvimento rural como medidas para a prevenção de novos casos de tráfico de pessoas. No capítulo das disposições processuais (cap. V), traz a possibilidade de o juiz decretar medidas assecuratórias, tais como a apreensão de bens e valores pertencentes aos investigados que possam ser produto ou proveito do crime, ou requisitar auxílio às empresas de telefonia para a localização da vítima e suspeitos do delito (art. 11).

Vale notar que tanto o membro do Ministério Público como o delegado de polícia, em suas investigações, poderão requisitar diretamente, sem necessidade de autorização judicial, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos a quaisquer órgãos do Poder Público ou de empresas privadas (art. 11). Tudo isso com o objetivo de tornar mais ágil, célere e efetiva a investigação, normalmente demorada nesses casos².

Ressalte-se ainda o endurecimento dos critérios para a concessão do livramento condicional em crimes de tráfico de pessoas: ao dar nova redação ao art. 83 do Código Penal, inseriu o tráfico de pessoas nos crimes equiparados aos hediondos, nos quais o benefício somente será concedido após o cumprimento de mais de dois terços da pena (art. 12).

É inconteste que as medidas elencadas na lei se traduzem em uma séria opção política, feita pelo Estado brasileiro, de enfrentamento e combate ao tráfico de pessoas. No entanto, no exercício da atividade jurisdicional, a que especificamente se destina a vertente da punição ao tráfico, a Lei 13.344/2016 trouxe algumas dificuldades adicionais, sobre as quais este texto se propõe a discorrer. Não se objetiva aqui

um aprofundado estudo doutrinário, incabível nos limites deste artigo, mas apenas a proposição de um ensaio, notas colecionadas no processo de aplicação da lei e que esperamos possam auxiliar na sua reflexão.

As principais dúvidas são: o texto legal em vigor tornou mais rigorosa a configuração do crime de tráfico de pessoas? Facilitou a sua apuração? Incluímos para a negativa a ambas as questões. Tentaremos explicar o porquê.

2 Evolução legislativa

Em pouco mais de dez anos, o tipo penal relativo ao tráfico de pessoas foi alterado três vezes. Isso demonstra, de um lado, a preocupação do legislador brasileiro com o tema como também, de outro, o desajeitado modo de tentativa e acerto na resolução do problema que leva, inevitavelmente, à insegurança na aplicação da lei e à instabilidade na sua interpretação pelos tribunais. Vejamos.

A primeira redação do art. 231 do Código Penal brasileiro esteve em vigor por quase 65 (sessenta e cinco) anos³. Estabelecia o artigo a penalização da conduta de *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*. Note-se que o exercício da prostituição não era considerado crime, como ainda não o é. Criminosa era considerada a conduta de quem *promovesse ou facilitasse* a entrada ou saída de mulher para essa finalidade⁴. A exploração da prostituição alheia era prevista em outros tipos penais, como o rufianismo (art. 230) ou a manutenção de casa de prostituição (art. 229). Mas quando essa exploração se referia à entrada ou saída do território nacional, a pena era mais severa do que os dois outros crimes, considerando a gravidade da conduta relativa ao tráfico. A vítima era somente a

³ De 07/12/1940, data do DL 2.848 (Código Penal) até a primeira alteração feita no art. 231 pela Lei 11.106, de 28/03/2005.

⁴ 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.

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

Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

§ 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.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa de cinco contos a dez contos de réis.

² De fato, tanto as vítimas como as testemunhas, pela própria natureza do crime, acabam por se movimentar muito rapidamente, se inserindo, não raro, em outras redes de tráfico, o que dificulta a investigação.

mulher que viesse exercer a prostituição no Brasil ou saísse daqui para exercê-la lá fora. De se notar que não era punido, talvez por não ser conhecido ou concebível à época, o tráfico de pessoas do sexo masculino.

O crime de tráfico de mulheres estava inserido, portanto, dentro do extenso Título VI — *Dos crimes contra os costumes* — que englobava os chamados “crimes contra a liberdade sexual”, “sedução e corrupção de menores”, “raptos”, além do “lenocínio e tráfico de mulheres”. Estávamos na década de quarenta do século passado, em que a moral sexual recebia particular atenção do legislador, focado nos valores da família cristã e urbana. A lei trazia para o tipo penal, de acordo com o espírito da época, adjetivações tais como *mulher honesta*⁵ (art. 215 – posse sexual mediante fraude; art. 216 – atentado ao pudor mediante fraude; art. 219 – raptos), além de *mulher virgem* (art. 217 – sedução).

Segundo a redação original do Código Penal, *a caracterização do crime de tráfico não dependia de nenhum meio executivo especial, da habitualidade ou do fim de lucro*. Para a sua ocorrência bastava a prova de ter o agente *facilitado* ou *promovido* a saída da mulher ou a sua entrada no território nacional para essa finalidade. Não importava se a vítima tivesse consentido, ou se os autores tivessem utilizado de violência, intimidação ou fraude para conseguir os seus fins. Os meios utilizados para a prática do crime somente eram relevantes para se agravar a pena, que era de três a oito anos de reclusão. Se houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena de reclusão passava a ser de cinco a doze anos, além da pena correspondente à violência (art. 231, § 2º, do Código Penal). Se o objetivo do crime fosse a obtenção de lucro, aplicava-se também a pena de multa (art. 231, § 3º).

O Protocolo Adicional, adotado pelo Brasil em 2004, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de pessoas⁶ (BRASIL, 2004):

“Tráfico de pessoas” deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos.

O protocolo definiu, portanto, o consentimento como irrelevante para a configuração do tráfico, apenas quando se tratasse de crianças e adolescentes (com idade inferior a 18 anos). Nos demais casos, o consentimento deverá ser considerado como relevante (ou seja, capaz de *excluir* a imputação do crime), em casos em que comprovadamente não tenha ocorrido ameaça, coerção, fraude, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou nos casos em que haja a oferta de pagamentos ou benefícios para obter esse consentimento. Sobre essa questão da importância do consentimento e do seu reflexo na legislação brasileira falaremos mais adiante.

A *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*, embora fosse posterior ao Decreto 5.017/2004, trouxe poucas mudanças de relevo⁷. A modificação mais significativa foi a substituição da palavra “mulher” por “pessoa”, estendendo o alcance penal a todos, independente de sexo. O crime continuou dentro do título relativo aos

⁷ Tráfico internacional de pessoas

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

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

§ 1º

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

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

§ 3º (revogado). (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:

Tráfico interno de pessoas

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição:

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

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei.

⁵ Mulher honesta, nas palavras de Nelson Hungria (1959, p. 150) era aquela “cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o ‘*minimum*’ de decência exigido pelos ‘bons costumes’. [...] Desonesta é a mulher ‘fácil’, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*)”.

⁶ No Brasil, o Decreto 5.017, de 12/03/2004, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

crimes contra os costumes, de modo que o bem jurídico tutelado ainda era a moralidade pública em matéria sexual. E, não obstante se referisse genericamente ao tráfico de pessoas, restringia-se à exploração da prostituição alheia.

O art. 231 foi, pela Lei 11.106/2005, dividido em duas partes (art. 231 e art. 231-A), sendo o primeiro denominado *tráfico internacional de pessoas* e o segundo *tráfico interno de pessoas*. Acrescentou-se ainda aos dois tipos penais o verbo “intermediar”, alteração pouco relevante, vez que tanto a doutrina como jurisprudência já consideravam a intermediação como ínsita no verbo “promover”. Quanto ao tráfico interno, estabeleceu-se expressamente o modo de execução ao discriminar — *o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição*. Suprimiu-se a finalidade de lucro e a multa foi acrescida à pena, independentemente de a atividade ser lucrativa ou não. Nos casos em que a violência, grave ameaça ou fraude fossem o meio para a prática do crime, tal como na redação anterior, a pena base era especialmente agravada.

Poucos anos depois, a redação dos arts. 231 e 231-A foi novamente modificada. A *Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*⁸, traduziu-se na primeira tentativa de

adaptar a legislação brasileira ao Protocolo de Palermo e às novas concepções sociais quanto à moralidade. A primeira alteração se deu no próprio Título VI, que dos “crimes contra os costumes” passou a “crimes contra a dignidade sexual”. No tipo penal foi incluído, além da prostituição, qualquer “outra forma de exploração sexual”, ampliando o âmbito de incidência da norma. A vítima, de “pessoa”, passou a ser identificada como “alguém” e a pena de multa voltou a ser, como na lei anterior, aplicada apenas quando constatada a finalidade de lucro na prática criminosa. O emprego de violência, grave ameaça ou fraude, que antes resultavam em uma previsão de pena maior, passou a ser considerado agora como causa de aumento da pena (art. 231, § 2º).

Também a Lei 12.015/2009 teve vida curta. Passados pouco mais de sete anos, eis que uma nova e profunda alteração viria com a Lei 13.344/2016.

3 Críticas à Lei 13.344/2016

3.1 A questão da execução das medidas previstas na Lei 13.344/2016

Como já se referiu acima, a Lei 13.344/2016, fruto de muitas discussões no âmbito da denominada “CPI do Tráfico de Pessoas”, trouxe algumas importantes modificações no tocante à proteção e assistência às vítimas, como a criação de políticas públicas envolvendo profissionais de diversas áreas, bem como relevantes alterações quanto à colheita de provas, com a atuação em conjunto das polícias federal e estadual.

No entanto, a primeira observação que salta aos olhos, na interpretação dessa lei, é que ela, como tantas outras leis no nosso país, embora preveja várias formas de proteção às vítimas do tráfico, não traz uma

⁸ Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

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

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

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

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

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

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

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

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

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

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

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

linha sequer sobre qual será o órgão responsável pela sua execução, nem tampouco cuida da destinação de recursos orçamentários para essa finalidade. Poderia ao menos ter criado um fundo, destinado a custear as medidas protetivas, formado pelos valores arrecadados com os bens apreendidos em razão de serem produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas (art. 8º), tal como acontece no tráfico de drogas⁹. Mas não o fez. Espera-se que um decreto do Poder Executivo venha a suprir essa omissão.

3.2 Críticas ao novo tipo penal

Se a Lei 13.344/2016 trouxe algumas medidas importantes, no seu objetivo de adaptar a legislação brasileira sobre tráfico de pessoas às normas internacionais, no tocante a parte de repressão criminal, no entanto, ela não foi muito feliz. A redação do referido artigo hoje é a seguinte (BRASIL, 2016):

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

- I - Remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - Submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - Submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - Adoção ilegal;
- V - Exploração sexual.

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

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

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

Pela nova redação dada ao tipo penal, para a sua configuração se exige a prova conjugada: 1. dos *atos* (agenciar, aliciar, recrutar, transferir, comprar, alojar ou acolher); 2. dos *meios* (ameaça, violência, coação, fraude ou abuso); e da *finalidade* (remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual). Desse modo, os três requisitos devem estar presentes no momento da *ação* e não do resultado, uma vez que a efetiva prestação do serviço pela vítima é mero exaurimento do crime.

Alguns pontos críticos e que apresentam maior dificuldade na aplicação da nova lei, a nosso ver, são os seguintes:

a) A questão do consentimento da vítima

No tocante à tipificação penal, a Lei 13.344/2016 revogou os arts. 231 e 231-A do Código Penal, que haviam sido objeto das alterações legislativas já referidas. Em seu lugar, acrescentou o art. 149-A ao Código Penal, ou seja, criou uma espécie de “apenso” ao art. 149, que trata do crime de “redução à condição análoga à de escravo”¹⁰. No tocante ao *trabalho escravo*, há então agora duas condutas, em tipos penais diversos: 1) daquele que efetivamente *submete* a pessoa a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou condições degradantes (art. 149); 2) a daquele que, de alguma forma “intermedia” a colocação de pessoa para essa finalidade.

Com essa mudança tópica, o crime de *tráfico de pessoas*, que antes era classificado como *crime contra os costumes* e, depois, como *crime contra a dignidade sexual*, encontra-se agora inserido nos *crimes contra a liberdade individual* (Capítulo VI), dentro da Seção I – *crimes contra a liberdade pessoal*. O crime de tráfico de pessoas passou a ser considerado, a partir da nova lei, como crime contra a *liberdade*, e não mais contra a *dignidade sexual*.

A liberdade, sem dúvidas, é o maior dos nossos direitos. Ao comentar sobre os delitos contra a

⁹ Art. 63, § 1º, da Lei 11.343, de 23/08/2006 — *os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao FUNAD.*

¹⁰ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

liberdade, Nelson Hungria (1953, v. 6, p. 132) assinalava que o bem protegido pela lei penal, nesse caso,

[...] não é o pretense direito natural à liberdade ou seja, a faculdade (*rectius*: possibilidade) natural ao homem de fazer o que quer ou deixar de fazer o que não quer; mas, sim, a liberdade jurídica, isto é, a faculdade de exercer a própria vontade, sem entraves, na órbita da atividade livre que o estado assegura ao indivíduo.

A liberdade de que trata o novo enquadramento legal do crime de *tráfico de pessoas* é a mesma que Bluntschli (apud HUNGRIA, 1953, v. 6, p. 133) definia como “*faculdade de exercer a própria vontade nos limites do direito*”. Como acrescenta Magalhães Noronha (1991, v. 2, p. 149), os delitos contra a liberdade pessoal referem-se à espécie, enquanto a liberdade individual é o gênero —

[...] os delitos que compõem a referida seção dizem mais intimamente à personalidade humana, ofendendo o direito que o indivíduo tem de agir, sua tranquilidade, possibilidade de locomoção e à disposição própria.

Essa alteração tem consequências hermenêuticas, especialmente no tocante ao *consentimento da vítima*.

De fato, sob a égide da legislação anterior a 2016 havia sido construída uma sólida jurisprudência¹¹ e doutrina¹² no sentido de que a ciência e o consentimento da vítima seriam irrelevantes para a tipificação do crime. Não importava se a vítima sabia da finalidade do seu deslocamento, se tinha conhecimento de que seria para exploração sexual ou

mesmo se concordava com esse fato. Bastava ao autor transportar a vítima para o fim de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual e o crime já se considerava realizado.

O crime de tráfico internacional de pessoas consumava-se com a simples entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição — bastava o deslocamento com essa finalidade —, e ainda que contasse com o consentimento da vítima.

O deslocamento do crime para inseri-lo no campo dos crimes contra a liberdade individual, ou pessoal, introduz novamente a discussão, que já se encontrava ultrapassada no Brasil, sobre se o *consentimento da vítima* continua a ser relevante ou não para a caracterização do crime. Vale lembrar que a saída da pessoa do país para se prostituir ou utilizar o seu corpo, como bem entender, não é considerada crime. Punível é a conduta do intermediário da exploração sexual.

Nessa linha, sendo o tráfico de pessoas um crime contra a liberdade individual ou pessoal, o consentimento da vítima passou a assumir uma nova conotação, pois *havendo aquiescência da pessoa, não há violação ao seu direito e, portanto, não há crime, a não ser que a sua vontade esteja viciada por algum dos fatores que vêm descritos no próprio caput do artigo e que são: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso*. A nova redação expressamente prevê que o *agenciamento, o aliciamento ou o transporte*, para serem considerados como típicos, devem ocorrer contra a vontade expressa ou tácita da vítima, verificadas as formas de coerção descritas na norma penal.

Com isso, forçoso é se concluir que na nova configuração penal, a colheita e produção da prova da ocorrência do crime de tráfico de pessoas, que já era complicada na vigência da lei anterior, tornou-se ainda mais delicada. A configuração do crime depende agora, essencialmente, de prova de que o consentimento da vítima foi viciado por fraude, violência, abuso, grave ameaça, o que não se exigia na vigência da lei anterior.

Os casos levados aos tribunais demonstram os percalços na persecução penal e produção de provas nesses casos, em decorrência da dificuldade de localização das testemunhas e até das próprias vítimas, geralmente inseridas em outras redes de tráfico e sujeitas ainda à influência do traficante, ou por medo de exposição em razão do preconceito social. Sendo mais benéfica ao acusado, pelo princípio da retroatividade

¹¹ O consentimento da vítima não tem o condão de descaracterizar o crime de tráfico de pessoas. Precedentes desta Corte. (ACR 0016418-43.2008.4.01.3500, juiz federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado), TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 de 17/01/2017.)

O tipo penal do art. 231 do CP não exige violência para sua consumação e a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que até mesmo o consentimento da vítima em relação à prostituição a ser praticada no exterior é insuficiente para afastar o delito, uma vez que é desnecessária sua efetiva realização. Ausente comprovação de violência ou fraude é inaplicável a qualificadora prevista no § 2º do art. 231 do CP. (ACR 0004344-98.2001.4.01.3500, desembargador federal Cândido Ribeiro, TRF1 – Terceira Turma, e-DJF1 de 28/03/2014, p. 922.)

¹² “O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial”. JESUS, Damásio. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

da lei penal mais benéfica, o novo dispositivo penal se aplica também aos crimes cometidos na vigência da lei anterior. Essa orientação já vem sendo adotada pelos Tribunais Regionais Federais, resultando em absolvições por falta de prova dos meios utilizados para a prática do crime¹³. Nesse ponto, portanto,

¹³ *Penal e processo penal. Tráfico internacional de pessoas. Exploração sexual de mulheres. Art. 231 do Código Penal. Conduta praticada na vigência da Lei 11.106/2005. Superveniência da Lei 13.344/2016.* 1. A Lei 13.344/2016 expressamente revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma normativo o art. 149-A, estabelecendo nova tipologia para o crime de tráfico de pessoas, cuja conduta ainda permanece criminalizada pela referida lei, uma vez que o novo tipo penal prevê todas as hipóteses anteriores, aplicando-se, no caso, o princípio da continuidade normativa típica da conduta. 2. À luz do Protocolo de Palermo e da Lei 13.344/2016, somente há tráfico de pessoas, se presentes as ações, meios e finalidades nele descritas. Por conseguinte, a vontade da vítima maior de 18 anos apenas será desconsiderada, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual. 3. Os diversos depoimentos testemunhais colhidos, tanto em sede policial como em juízo, sob o crivo do contraditório, permitem que se visualize com clareza a forma em que as mulheres eram encaminhadas para a Espanha e tinham os documentos necessários para a viagem providenciados, não havendo nenhuma referência às circunstâncias elementares do novo tipo penal. 4. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual (art. 231-A, *caput*, e § 1º, do Código Penal) não se concretizou, uma vez que as mulheres que trabalhavam como prostitutas na boate dos Recorridos para ali foram e permaneceram alojadas por livre e espontânea vontade. 5. Considerando a superveniência da Lei 13.344/2016, tenho pela absolvição dos réus, com fulcro no art. 386, III, do CPP. 6. Apelações providas. (ACR 0003533-56.2007.4.01.4300, desembargadora federal Mônica Sifuentes, TRF1 – Terceira Turma, e-DJF1 de 14/03/2018.)

Penal e processual penal. Apelação criminal. Tráfico internacional de pessoas. Art. 231, caput, do Código Penal. Conduta praticada na vigência da Lei 11.106/2005. Superveniência da lei 13.344/2016. Violência, grave ameaça e fraude que figuravam na forma qualificada do revogado art. 231-A do CP, passam a constituir circunstâncias elementares do art. 149-A do CP. Abolito criminis configurada com relação à figura simples do revogado art. 231-A do CP, na redação da Lei 11.106/2005. 1. Apelação interposta pela defesa contra sentença que condenou a ré como incurso no art. 231, *caput*, do Código Penal à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa. 2. Os fatos ocorreram em 30/03/2007, e a sentença foi proferida em 24/11/2015. O crime imputado à ré foi o de tráfico internacional de pessoas, previsto no art. 231, *caput*, do Código Penal, que à época dos fatos descritos na denúncia vigorava com a redação dada pela Lei 11.106/2005 (antes de sua alteração pela Lei 12.015/2009). 3. Posteriormente à sentença, sobreveio a Lei 13.344/2016 que expressamente revogou os arts. 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma normativo o art. 149-A, que estabeleceu nova tipologia para o tráfico de pessoas. 4. Houve revogação formal do tipo penal, com a inserção imediata de tipo inovador (alteração topográfica normativa), sem efetiva supressão do fato criminoso, ocorrendo, portanto, continuidade normativo-típica, porém somente em parte. 5. Na vigência da Lei 11.106/2005 o emprego de violência, grave ameaça ou fraude consistia qualificadora das condutas descritas no *caput* do art. 231 do Código Penal. Logo, na vigência dessa lei, o entendimento jurisprudencial, inclusive adotado na r. sentença apelada e por este relator, era amplamente majoritário no sentido de que o consentimento da vítima era irrelevante para a configuração

a lei representou um claro retrocesso em relação à legislação anterior.

b) O momento do consentimento

Questão controvertida refere-se ao *momento* em que esse consentimento foi dado. Pondera-se que esse, embora legítimo no momento em que a vítima foi submetida a uma das condutas previstas no art. 149-A, possa ter sido viciado no *momento posterior*, quando a vítima soube das verdadeiras condições em que exerceria o seu trabalho.

Tal interpretação não nos parece possível diante da redação do tipo penal, que exige, para a sua configuração a prova conjugada: 1. dos *atos* (agenciar, aliciar, recrutar, transferir, comprar, alojar ou acolher);

do delito previsto no *caput*. 6. Contudo, na nova redação do art. 149-A do CP dada pela Lei 13.344/2016, a violência, a grave ameaça e a fraude — e agora também as figuras da coação e o abuso — estão incluídas como circunstâncias elementares do novo tipo penal, de modo que, se elas não ocorrem, não se configura a tipicidade da conduta. Equivale dizer, especialmente com relação ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, de que se cuida nos autos, que uma vez verificada a existência de consentimento válido, sem qualquer vício, resta afastada a tipicidade da conduta. 7. Assim, quanto ao crime de tráfico de pessoas previsto no art. 231, *caput*, do CP na redação da Lei 11.106/2005, para o qual o consentimento da vítima era irrelevante penal, ocorreu *abolitio criminis*. A continuidade normativo-típica ocorreu apenas parcialmente, com relação ao art. 231 na sua figura qualificada do § 2º, com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, ou seja, atuações do agente que acarretem vício ao consentimento da vítima. 8. A alteração legislativa interna veio promover no âmbito do direito penal uma adequação aos preceitos estabelecidos pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, promulgado pelo Decreto 5.017/2004. 9. A nova legislação amplia o bem jurídico tutelado, que antes era reservado à prostituição, alcançando agora a figura mais abrangente da exploração sexual, além de outras hipóteses anteriormente não previstas (remoção de órgãos, etc.), bem como incrementando as descrições das condutas criminalizadas no tipo alternativo misto, de modo a recrudescer o combate a referidos atos. 10. Além dessa ampliação, e também em atendimento ao espírito do protocolo mencionado, a nova legislação limita a proteção ao bem jurídico tutelado aos casos em que há, de alguma forma, vício de consentimento. 11. *Contrario sensu*, se o consentimento é válido, ou seja, se ele foi deduzido sem grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, não — ao menos na hipótese de exploração sexual, de que se cuida nos autos — não se configura o crime. 12. No caso dos autos, basta o exame da denúncia para se verificar que não há nenhuma referência a algum tipo de grave ameaça, violência ou fraude, bastando para se concluir pela *abolitio criminis*. Não bastasse isso, durante a instrução processual, confirmou-se que realmente todas as mulheres que estavam prestes a embarcar para o exterior tinham dado o seu total consentimento, bem como possuíam plena consciência em relação ao propósito da viagem, sendo que uma delas, inclusive, iria pela segunda vez exercer a prostituição na Espanha, agenciada novamente pela corrê. 13. Absolvição em razão da ocorrência de *abolitio criminis* pela superveniência da Lei 13.344/2016, prejudicada a apelação.

(ApCrim 0003784-95.2010.4.03.6181, juiz convocado Márcio Mesquita, TRF3 – Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1, data: 25/09/2017.)

2. dos *meios* (ameaça, violência, coação, fraude ou abuso); e da *finalidade* (remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual). Desse modo, os três requisitos devem estar presentes no momento da *ação* e não do resultado. A efetiva prestação do serviço pela vítima, como já dissemos, é mero exaurimento do crime. No entanto, se houver prova de que a vítima não sabia ou não podia prever que as condições de trabalho seriam degradantes ou a sua finalidade, considera-se que o seu consentimento foi viciado no momento da ação, em que agiu por erro mediante *fraude*. Nesse caso o crime se considera consumado.

Isso certamente reforça a importância das campanhas de prevenção e conscientização de todos para o combate ao tráfico de pessoas, pois o consentimento da vítima agora passa a ser essencial para a configuração do crime. A redação anterior, que punia a conduta daquele que se utilizava do tráfico, sem questionar qual foi o papel da vítima na prática do ato, certamente atendia melhor ao objetivo de se prevenir e punir esse odioso crime.

c) *Uso da palavra “tráfico”*

Outra constatação importante é a de que, embora a epígrafe da lei diga que ela *dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas* e o art. 149-A seja identificado como *tráfico de pessoas*, a palavra *tráfico* só aparece no texto do referido artigo no seu inciso IV, como causa especial de aumento de pena — *se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional*. Ao revogar os arts. 231 e 231-A e inserir o novo art. 149-A, sob o pretexto de reunir em um único tipo penal todas as figuras previstas no art. 3º do Protocolo de Palermo, misturou coisas diferentes, dando idêntico tratamento a ações com finalidades bastante diversas tais como a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual.

Poder-se-ia argumentar que a ação de “tráfico” está presente nas condutas de *agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoas*. De fato, essas condutas normalmente estão presentes no tráfico. A recíproca, no entanto, não é verdadeira — qualquer uma dessas condutas poderá ocorrer em situações que não sejam de tráfico, mas sim de mera mercancia. O tráfico pressupõe *tráfego*, movimentação. Nesse ponto, embora possa parecer um preciosismo, as redações anteriores do art. 231 do

Código Penal, que explicitavam a finalidade de entrada ou saída do território nacional era tecnicamente mais correta para o tipo penal em questão.

De se concluir, portanto, que pelo novo dispositivo, o *tráfico* em si mesmo, ou seja, a retirada da pessoa do território nacional acabou por se transformar, de delito principal, tal como previsto na redação anterior, para *causa especial de aumento de pena* (art. 149-A, § 1º, IV). No tocante à entrada de pessoa no território nacional para essa finalidade, o art. 149-A não conferiu essa especial relevância jurídica, como se vê a seguir.

d) *O ingresso de pessoa no território nacional*

A nova redação do art. 149-A do Código Penal prevê uma causa especial de aumento da pena (um terço até a metade) — *se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional* (§ 1º, IV). Curiosamente, o *ingresso da pessoa traficada* no território nacional não recebe o mesmo tratamento legal — não é arrolado como causa de aumento de pena. Isso significa que se o traficante *exportar* a vítima, digamos assim, ele terá um aumento de pena. Se ele *importar*, ou seja, trazer para o Brasil pessoas de outros países para qualquer outra das finalidades ali previstas, no nosso próprio território, estará sujeito apenas à pena geral prevista para o crime previsto no *caput* do art. 149-A.

O ingresso de pessoa no território nacional poderá, quando muito, caracterizar outro crime, em concurso material com o de tráfico: o de *atribuição de falsa identidade a estrangeiro*, previsto no art. 309, parágrafo único, do Código Penal¹⁴.

Melhor ficou a redação dada pela nova Lei das Migrações (Lei 13.445, de 25 de maio de 2017) ao art. 232-A, introduzido no Código Penal (BRASIL, 1940):

Promoção de migração ilegal

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

¹⁴ Art. 309 - Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único - Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional: (Incluído pela Lei 9.426, de 1996.)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Incluído pela Lei 9.426, de 1996.)

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

e) A questão da vulnerabilidade

Uma parte da doutrina tem considerado possível se interpretar as elementares do tipo “abuso” e “coação” para se referir à vulnerabilidade da vítima, especialmente a econômica. Em outras palavras, como a agente do crime geralmente paga a passagem e despesas de viagem da vítima, que depois o reembolsa, haveria aí uma situação de exploração de vulnerabilidade econômica.

De fato, são situações possíveis, mas devem ser examinadas caso a caso, principalmente em atenção à nova classificação do crime como “contra a liberdade individual”. Não se pode, por certo, *presumir* o tráfico, porque a situação pode também se apresentar sob a forma de um *acordo livre de vontades*, entre a pessoa que é encaminhada para a exploração sexual e o agenciador. Mais uma vez, nota-se a relevância da produção da prova e a constatação de que a nova lei, de fato, dificultou a caracterização do crime.

f) A pessoa idosa, com necessidades especiais, criança ou adolescente como vítimas do crime de tráfico

A nova redação do crime de tráfico de pessoas diz que o crime cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência enseja um aumento de pena de um terço até a metade (§ 1º, II). À primeira vista, essa medida parece representar um avanço e uma atenção do legislador à situação especial dessas pessoas. Mas não é.

Na verdade, criou-se nessa hipótese mais uma causa especial de aumento de pena, ao contrário do que seria recomendável e mais adequado, tal como considerar que, nesses casos, não seria necessária a prova da ocorrência da coação pelas formas ali previstas. O crime cometido contra a pessoa vulnerável foi desse modo colocado, assim como em relação a todas as outras vítimas, dependente da prova de que o seu consentimento foi viciado. Ou seja, é necessário

se provar que esse consentimento foi obtido por grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Desse modo, considera-se possível a prática do crime ocorra contra essas pessoas, que detêm especial vulnerabilidade, ainda assim se exigindo a *prova* de que tenha havido a grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Diante da *vulnerabilidade, seria esperado que esse vício fosse presumido*, invertendo o ônus da prova para o autor do crime. Mas infelizmente assim não fez o legislador e o direito penal, como é cediço, não admite interpretação extensiva.

No tocante à criança, em especial, a redação da lei *claramente não se adapta* à previsão do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, onde se estabeleceu que “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” ainda que não se utilizem de ameaça, violência, abuso ou fraude. O Protocolo considera como *criança* qualquer pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos¹⁵. O novo tipo penal é, portanto, mais rigoroso do que o Protocolo Adicional, ao exigir a prova do vício de consentimento também com relação à criança, inserindo essa especial condição da vítima apenas como uma causa de aumento de pena. Na redação do protocolo, como se viu, qualquer ação que tenha como vítima a criança, independentemente de ter ocorrido fraude, abuso, coação ou violência, já se configura como tráfico de pessoas.

g) O tráfico de pessoas privilegiado

O § 2º do art. 149-A prevê a figura do *tráfico de pessoas privilegiado*, ao estabelecer que *a pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa*. Já tivemos oportunidade de falar sobre a dificuldade de se colher a prova nos casos de tráfico de pessoas. Considera-se primário o réu que não tenha, contra si, nenhuma outra condenação criminal transitada em julgado. Na prática, no entanto, o que temos visto é que muitos réus por vezes têm uma extensa ficha criminal, mas nenhum dos crimes transitado em julgado. A primariedade é, portanto, a regra, o que indica que a pena será obrigatoriamente reduzida na maior parte dos casos.

Além da sentença criminal passada em julgado, há que se provar, também, que o indivíduo *integra uma organização criminosa*. A Lei 12.850, de 02/08/2013,

¹⁵ Art. 3º, c, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo.

define como criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º). Em suma, não havendo prova de que o agente efetivamente integre uma organização criminosa e seja primário, deverá incidir a causa de diminuição prevista no § 2º do art. 149-A.

A jurisprudência tem considerado, nos crimes de tráfico de drogas, onde se estabeleceu disposição semelhante (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), que a aplicação, pelo juiz, de redução da pena em percentual inferior a 2/3 deve ser *concretamente fundamentada*. Caso contrário, a aplicação de redução nesse percentual é obrigatória¹⁶. Com essa redução obrigatória, a pena para o tráfico de pessoas, se for aplicada, por exemplo, no mínimo de 4 (quatro) anos, com a redução obrigatória de 2/3 resultará em uma pena final de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. Bem abaixo, portanto, do mínimo legal.

Essa constatação demonstra, aliás, o paradoxo do nosso sistema punitivo, como um todo, em que uma pessoa condenada pelo crime de tráfico de pessoas, por exemplo, poderá vir a ser punida menos gravemente do que outra que foi encontrada com uma nota falsa de R\$ 10,00 (dez reais), cuja pena mínima é de 3 (três) anos de reclusão e não se prevê a forma privilegiada.

O Supremo Tribunal Federal também considera, nesse caso, ser incompatível a hediondez com o tráfico privilegiado¹⁷. Nesse caso, portanto, seguindo a orientação do STF para o crime de tráfico de drogas

aos casos de tráfico de pessoas, quando o crime for cometido por réu primário e não pertencente à organização criminosa, não se aplicará a ele o art. 83, V, do Código Penal, na nova redação que lhe deu a Lei 13.344/2016, que estabeleceu regra mais rigorosa para o livramento condicional.

4 Conclusões

As conclusões decorrentes da análise feita acima podem ser assim sintetizadas:

1. A Lei 11.344/2016 estabeleceu medidas louváveis no tocante à proteção e assistência às vítimas de tráfico de pessoas, no entanto, não previu os meios necessários para a sua execução como, por exemplo, a criação de um fundo específico para essa finalidade, como ocorre na lei do tráfico de drogas;

2. As sucessivas alterações no tipo penal relativo ao tráfico de pessoas, no prazo de pouco mais de 10 (dez) anos, trouxe como consequência a insegurança na aplicação da lei, refletindo na instabilidade da sua interpretação pelos tribunais;

3. A caracterização do crime de tráfico, tanto na redação original do Código Penal, como nas anteriores à Lei 11.344/2016, não dependia do meio utilizado, da habitualidade e nem do fim de lucro. Essas eram consideradas apenas como causa para o aumento da pena;

4. Sob a égide da legislação anterior à Lei 11.344/2016 havia sido construída uma sólida jurisprudência e doutrina de que o consentimento da vítima seria irrelevante para a tipificação do crime de tráfico de pessoas;

5. Com a nova classificação do crime de tráfico de pessoas no capítulo dos “crimes contra a liberdade individual”, o consentimento da vítima isenta o agente do crime e apenas se considera viciado se obtido por meio de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso;

6. Na nova configuração penal, a colheita e produção da prova da ocorrência do crime de tráfico de pessoas, que já era complicada na vigência da lei anterior, tornou-se ainda mais delicada. A configuração do crime depende agora, essencialmente, de prova de

¹⁶ HC 129360, relator min. Teori Zavascki, 2ª Turma, julgado em 01/09/2015, Processo Eletrônico DJe-021. Divulgado em 03/02/2016, publicado em 04/02/2016; HC 387.244/SP, rel. ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 07/03/2017, DJe de 14/03/2017.

¹⁷ *Ementa: habeas corpus. Constitucional, penal e processual penal. Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei 8.072/1990 ao tráfico de entorpecentes privilegiado: inviabilidade. Hediondez não caracterizada. Ordem concedida.* 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei 8.072/1990. 4. Ordem concedida. (HC 118533, relatora: min. Cármen Lúcia,

Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199. Divulgado em 16/09/2016, publicado em 19/09/2016).

que o consentimento da vítima foi viciado, o que não se exigia na vigência da lei anterior;

7. O tipo penal exige agora para a sua configuração a prova conjugada dos *atos*, dos *meios* e da *finalidade*, requisitos que devem estar presentes no momento da ação e não do resultado, uma vez que a efetiva prestação dos serviços pela vítima é mero exaurimento do crime;

8. Embora o tipo penal seja identificado como “tráfico de pessoas”, o *tráfico* em si mesmo, ou seja, a retirada da pessoa do território nacional acabou por se transformar, de delito principal, tal como previsto na redação anterior, para *causa especial de aumento de pena* (art. 149-A, § 1º, IV);

9. O *ingresso da pessoa traficada* no território nacional não recebe o mesmo tratamento legal — não é arrolado como causa de aumento de pena;

10. Considera-se possível a prática do crime ocorra contra pessoas que detém especial vulnerabilidade, ainda assim se exigindo a *prova* de que tenha havido a grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Diante da *vulnerabilidade*, *seria esperado que esse vício fosse presumido*, invertendo o ônus da prova para o autor do crime;

11. O novo tipo penal é mais rigoroso do que o Protocolo Adicional, ao exigir a prova do vício de consentimento também com relação à criança e adolescente, inserindo essa especial condição da vítima apenas como uma causa de aumento de pena; e

12. O § 2º do art. 149-A prevê a figura do *tráfico de pessoas privilegiado*, ao estabelecer que *a pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminoso*.

5 Referências

BRASIL. Decreto 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Diário Oficial da União, Seção 1, Brasília, DF, n. 50, p. 10, 15 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5017.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 6.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.