



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOANA ARAÚJO BEZERRA DE ARAÚJO

**O Consentimento da Vítima no Tráfico de Pessoas: Reflexões sobre a
Convencionalidade do art. 149-A à Luz do Protocolo de Palermo**

João Pessoa - PB

2024

JOANA ARAÚJO BEZERRA DE ARAÚJO

**O Consentimento da Vítima no Tráfico de Pessoas: Reflexões sobre a
Convencionalidade do art. 149-A à Luz do Protocolo de Palermo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Estado Democrático de Direito e Cidadania, Gênero e Minorias

Orientador: Prof. Dr. Sven Peterke

João Pessoa - PB

2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A663oc Araújo, Joana Araújo Bezerra de.

O consentimento da vítima no tráfico de pessoas : reflexões sobre a convencionalidade do art. 149-A à luz do Protocolo de Palermo / Joana Araújo Bezerra de Araújo. - João Pessoa, 2024.
169 f.

Orientação: Sven Peterke.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Tráfico de pessoas. 2. Consentimento da vítima. 3. Controle de convencionalidade. 4. Código Penal brasileiro - art. 149-A. 5. Protocolo de Palermo. I. Peterke, Sven. II. Título.

UFPB/BC

CDU 343.43(043)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ATA DE DEFESA DE MESTRADO

Ata da Banca Examinadora da Mestranda JOANA ARAÚJO BEZERRA DE ARAÚJO candidata ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Às 15h00 do dia 31 de outubro de 2024, em ambiente virtual (<https://meet.google.com/tqc-gtkd-ypz>), reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: Sven Peterke (Orientador PPGCJ/UFPB), Robson Antão de Medeiros (Avaliador Interno PPGCJ/UFPB), Ana Patrícia da Costa Silva Carneiro Gama (Avaliadora Externa/F.M.Nassau) e Livia Mendes Moreira Miraglia (Avaliadora Externa/UFGM), para avaliar a dissertação de Mestrado da aluna Joana Araújo Bezerra de Araújo, intitulada: **“O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO TRÁFICO DE PESSOAS: REFLEXÕES SOBRE A CONVENCIONALIDADE DO ART. 149-A À LUZ DO PROTOCOLO DE PALERMO”**, candidata ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos. Compareceram à cerimônia, além da candidata, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, o professor Sven Peterke (Orientador PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra à mestranda, que discorreu sobre o tema, dentro do prazo regimental. A candidata foi a seguir arguida pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADO, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se a candidata legalmente habilitada a receber o grau de Mestre em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Mestre a que a mesma faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Wlly Annie Feitosa Barbosa, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da banca, para certificar a realização desta defesa, assim como também a participação dos membros acima descritos na comissão examinadora. João Pessoa, 31 de outubro de 2024.
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB

Prof. Dr. Sven Peterke
((Orientador PPGCJ - UFPB))

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB

Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros

(Avaliador Interno - PPGCJ/UFPB)

ANA PATRICIA DA
COSTA SILVA CARNEIRO
GAMA:03935996470

Assinado de forma digital por
ANA PATRICIA DA COSTA SILVA
CARNEIRO GAMA:03935996470
Dados: 2024.11.07 10:46:17
-03'00'

Profª. Dra. Ana Patrícia da Costa Silva Carneiro Gama

(Avaliadora Externa – F.M.Nassau)



Profª. Dra. Livia Mendes Moreira Miraglia

(Avaliadora Externa – UFMG)

Emitido em 08/11/2024

ATA N° 03/2024 - PPGCJ (11.01.46.04)
(N° do Documento: 3)

(N° do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 15/11/2024 19:56)
ROBSON ANTAO DE MEDEIROS
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
3210302

(Assinado digitalmente em 08/11/2024 16:57)
SVEN PETERKE
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1552154

(Assinado digitalmente em 08/11/2024 13:56)
WLLY ANNIE FEITOSA BARBOSA
ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO
2385717

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: 3,
ano: 2024, documento (espécie): ATA, data de emissão: 08/11/2024 e o código de verificação: 09b4abeaf2

AGRADECIMENTOS

Ao Pai Altíssimo, compositor de destinos.

Ao pai terreno, professor e orientador primeiro, incentivador de minha vida acadêmica desde as primeiras letras.

A Diogo Almeida, meu parceiro de vida, por toda a imensa cumplicidade. Também a Cristina Almeida e Amauri Cruz, pelo suporte em momentos importantes de escrita.

Aos amigos que compreenderam minhas ausências e me ofereceram palavras de incentivo, em especial, Matheus Miranda.

Ao meu orientador, Sven Peterke, pela direção e por acreditar neste trabalho.

À Banca Examinadora, nominalmente, Ana Patrícia da Costa Silva Carneiro Gama, Livia Mendes Moreira Miraglia e Robson Antão de Medeiros, pelas valiosas indicações na qualificação e pelas sugestões bibliográficas extremamente importantes para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

Aos colegas do grupo de pesquisa, por todos os momentos de crescimento intelectual e descontração, tão importantes neste trajeto.

Aos colegas de PPGCJ-UFPB, pela companhia, compartilhamento de bibliografia e por momentos de amadurecimento nesta temporada, em especial, André Porto, Aurileide Farias, Anderson Vieira, Carla Carolina Dias, Gaspar Junior e Hamandda Lima.

À Dra. Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, pela confiança. À Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, pelo respaldo traduzido em flexibilidade e compreensão.

Este trabalho é para as mulheres.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo examinar até que ponto o Brasil leva em consideração as diretrizes contidas no 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), de 2000, no que se refere à interpretação dada ao instituto do consentimento da vítima. Esta problemática não está explicitamente regulada pelo Art. 149-A, do Código Penal, introduzido em 6 de outubro de 2016 pela Lei nº 13.344, razão pela qual se faz necessário que os operadores da lei realizem o chamado controle de convencionalidade. Partiu-se da hipótese de que os tribunais brasileiros revelam sérias dificuldades de pôr em prática esse desafio hermenêutico, o que aumenta o risco, para o Estado brasileiro, de ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento de suas obrigações perante a comunidade internacional. No escrutínio dessa proposição, foram analisadas, por meio de estudo de caso, 10 decisões de segunda instância oriundas da Justiça Federal no lapso temporal de 2017 a 2024. Para esse fim, a presente dissertação adotou o método dedutivo, ao analisar, em primeiro momento, abstratamente a problemática do consentimento e como o controle de convencionalidade deve teoricamente ser realizado no caso específico do consentimento no tráfico de pessoas, para posteriormente aplicar tais reconhecimentos às decisões judiciais selecionadas. A pesquisa revelou que o Brasil não atendeu, ao editar a norma penal interna, às exigências mínimas do compromisso assumido com a ratificação do tratado, o que acarreta decisões judiciais dissonantes das finalidades do Protocolo e expõe o Estado Brasileiro à responsabilização internacional.

Palavras-chave: consentimento da vítima; tráfico de pessoas; controle de convencionalidade; art. 149-A do Código Penal brasileiro; Protocolo de Palermo.

ABSTRACT

This study aimed to examine the extent to which Brazilian courts take into account the guidelines contained in the 2000 Additional Protocol to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (Palermo Protocol), regarding the interpretation given to the institution of victim consent. This issue is not explicitly regulated by Article 149-A of the Brazilian Penal Code, introduced on October 6, 2016 by Law No. 13,344, which is why it is necessary for legal practitioners to carry out the so-called conventionality control. The hypothesis was that Brazilian courts have significant challenges in applying this interpretative approach, which increases the risk for the Brazilian State of being held internationally accountable for failing to fulfill its obligations under international law. To assess this proposition, a case study analyzed 10 appellate decisions from the Federal Judiciary between 2017 and 2024.. This work adopted the deductive method by first abstractly analyzing the issue of consent and how conventionality control should theoretically be carried out in the specific case of consent in human trafficking, and subsequently applying such recognitions to the selected court rulings. The research revealed that Brazil did not meet the minimum requirements of the commitment assumed with the ratification of the treaty when enacting domestic criminal law, which results in judicial decisions that are at odds with the purposes of the Palermo Protocol and expose the Brazilian State to international liability.

Keywords: victim consent; human trafficking; conventionality control; Art. 149-A of the Brazilian Criminal Code; Palermo Protocol.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana de Direitos de Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MPF	Ministério Público Federal
ONU	Organização das Nações Unidas
PF	Polícia Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
UNODC	<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i> (Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO.....	19
2.1 Diretrizes internacionais estipuladas pelo Protocolo de Palermo.....	19
2.2 O tratamento dado ao consentimento da vítima.....	25
2.2.1 Crianças.....	28
2.2.2 Adultos.....	29
2.3 A implementação do Protocolo de Palermo no direito penal brasileiro.....	33
2.3.1 Antes da Lei n. 13.344/16.....	34
2.3.2 Após a introdução do Art. 149-A, CP.....	35
2.4 A problemática do consentimento.....	36
2.4.1 A ausência de regulamentação pelo Código Penal.....	37
2.4.2 Doutrina e jurisprudências nacionais sobre o consentimento da vítima no tráfico de pessoas.....	44
2.4.2.1 Crianças.....	44
2.4.2.2 Adultos.....	46
2.5 A interpretação de relevantes meios não codificados pelo Art. 149-A, CP.....	50
2.5.1 Engano.....	50
2.5.2 Abuso de situação de vulnerabilidade.....	52
2.6 Conclusão parcial: incompletude da legislação nacional.....	64
3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	70
3.1. Desenvolvimento do instituto na jurisprudência internacional.....	72
3.2 Quanto à forma.....	77
3.3 Quanto à origem.....	78
3.4 Normas paramétricas.....	81
3.5 Graus de intensidade.....	84
3.6 Efeitos do controle de convencionalidade.....	86
3.7 Princípios.....	87
3.8 Graus de vinculação da interpretação internacional.....	90
3.9 Conclusão parcial: rumo a uma ordem jurídica harmônica.....	93
3.10 Controle de convencionalidade e consentimento no tráfico de pessoas.....	96
3.10.1 O controverso status do Protocolo de Palermo na ordem doméstica.....	96
3.10.2 Jurisprudência internacional relevante.....	98
3.10.2.1. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016).....	99
3.10.2.2 Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil (2021).....	102
3.10.2.3 Caso Angulo Losada vs. Bolívia (2022).....	105

3.10.3 Jurisprudência nacional relevante.....	111
3.11 Conclusão parcial: necessidade de adoção dos parâmetros convencionais sobre a validade do consentimento.....	114
4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS: CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS PARA UMA DECISÃO CONVENCIONAL.....	116
4.1 Visão panorâmica dos casos coletados e metodologia de análise.....	116
4.1.1 Tribunal Regional da 1ª Região.....	121
4.1.1.1 Caso 1A – Prisoneiras voluntárias: a verdade confinada em quartos sem janelas.....	121
4.1.1.2 Caso 1B – Dois pesos, sem medida: o consentimento ignorado na mescla penal	122
4.1.2 Tribunal Regional da 2ª Região.....	124
4.1.2.1 Caso 2A – Livre para pagar: consentimento para prostituição sob ameaças..	124
4.1.3 Tribunal Regional da 3ª Região.....	126
4.1.3.1 Caso 3A – Promessas de ouro, realidade de prisão: o consentimento pago com mentiras.....	126
4.1.3.2 Caso 3B – A justiça do 'sim': o consentimento de uma criança como moeda de troca para o abuso.....	126
4.1.3.3 Caso 3C – Liberdade sob câmeras: o consentimento garantido por ameaças e mentiras.....	131
4.1.3.4 Caso 3D – Um negócio da China: a vulnerabilidade como passaporte para a escravidão.....	133
4.1.3.5 Caso 3E – A prisão da necessidade: tráfico para cometimento de crimes sob a sombra da vulnerabilidade.....	134
4.1.4 Tribunal Regional da 4ª Região.....	136
4.1.4.1 Caso 4A – De olhos bem fechados: consentimento de menores para exploração sexual validado pela Justiça.....	136
4.1.5 Tribunal Regional da 5ª Região.....	138
4.1.5.1 Caso 5A – A justiça que não questiona: quando o ‘saber’ vira licença para a exploração.....	138
4.2 Resultados e discussão.....	139
4.3 Uma saída convencional: aplicação das técnicas decisórias do controle de constitucionalidade.....	145
4.3.1 Inexistência da elementar “engano” como forma de viciar o consentimento.....	148
4.3.1 A falta de diferenciação do consentimento de menores em relação ao consentimento de adultos.....	149
4.3.1 Ausência de descrição do abuso (de vulnerabilidade).....	150
4.4 Conclusão parcial: a multiplicação das inconveniências requer uma reação hermenêutica.....	152

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	154
REFERÊNCIAS.....	159

1 INTRODUÇÃO

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 (doravante, “Protocolo de Palermo”), de 15 de novembro de 2000, é, atualmente, o documento mais aceito mundialmente sobre tráfico de pessoas, contando 182 Estados-parte em agosto de 2024. Referido tratado foi absorvido pelo ordenamento jurídico brasileiro em 2004, por meio do Decreto nº 5.017 de 12 de março de 2004. Desde então, o legislador brasileiro, buscando adaptar o ordenamento interno à obrigação ratificada, alterou o tipo penal correspondente diversas vezes, num interregno de onze anos.

Em 2005, a Lei nº 11.106 dividiu o antigo art. 231 do Código Penal (CP) em dois dispositivos (art. 231 e art. 231-A), diferenciando o tráfico internacional e o tráfico interno de pessoas. Essa alteração também significou que a vítima do crime poderia ser qualquer pessoa, e não apenas a mulher. Já em 2009, a Lei nº 12.015 alterou o nome do Título IV do CP, que passou a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”.

Finalmente, a Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, entrou em vigor estabelecendo, desta vez, mudanças profundas na tipificação do delito e ampliando o rol de situações de exploração que podem caracterizar o crime de tráfico de pessoas.

O diploma vigente, através da inserção do Art. 149-A no CP, trouxe medidas consideradas inovadoras no âmbito do direito interno, como — em consonância com debates feministas sobre autonomia — a enumeração de formas de viciar o consentimento da vítima em situação central na averiguação da tipicidade do ato. Desde a vigência da lei, o crime não se configura se a vítima der sua anuência válida para a exploração a que se refere o tipo penal.

Contudo, a legislação brasileira não diferencia o consentimento dado por maiores e menores de idade, ao contrário do Protocolo de Palermo. Ademais, a figura típica estabelecida pela Lei nº 13.344 não menciona, além do meio de cometimento “engano”, o “abuso de posição de vulnerabilidade”, denotando dissonâncias com a norma internacional. Merece também menção o fato de que, ainda que tenha sido identificado ganho de escala nas

demandas após a aprovação da nova lei (CNJ; OIM, 2021, p. 3), a legislação vigente, por ser mais benéfica ao réu, vem resultando em absolvições retroativas em casos já resolvidos, aparentemente porque a cognição judicial no tocante ao aferimento de consentimento para algumas circunstâncias do crime, por parte da vítima, tem sido realizada de forma superficial, incompatível com as disposições do tratado — representando, nesse ponto, um claro retrocesso (Sifuentes, 2019, p. 7).

Essas contradições podem acarretar decisões judiciais cujo escopo de proteção ao ser humano fica aquém dos parâmetros estabelecidos pelo Protocolo de Palermo, o que expõe a necessidade de realização de controle de convencionalidade da norma interna, conceito que vem sendo desenvolvido, no plano do direito internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (2006), e no âmbito doutrinário interno, por Valério Mazzuoli (2009; 2011) e André de Carvalho Ramos (2009).

Diante de um tal prisma, desponta a necessidade de se debruçar sobre a efetividade da figura típica criada pelo Art. 149-A como instrumento para reprimir o tráfico de pessoas, crime complexo que vulnera a dignidade e os direitos humanos das vítimas de múltiplas formas, atingindo sua liberdade e colocando, no mais das vezes, muitos outros direitos em risco.

Nesse cenário, o presente trabalho analisa os impactos que o Art. 149-A do Código Penal tem produzido na resposta judicial dada pela Justiça Penal brasileira, no tocante à convencionalidade do tratamento dado ao consentimento no crime de tráfico de pessoas. No plano teórico, o trabalho partiu de revisão de literatura, a partir, sobretudo, de estudo da consagrada obra de Anne Therese Gallagher (2010) sobre o tráfico de pessoas na legislação internacional, Mazzuoli (2009; 2011; 2018) e também, decisões oriundas da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito ao desenvolvimento teórico relativo ao controle de convencionalidade.

A pesquisa no tema de tráfico internacional de pessoas apresenta obstáculos para sua realização, pela dificuldade de identificar tanto os perpetradores quanto as vítimas. É consabida a existência de ao menos dois desafios estruturais: a subnotificação de casos e a parca produção e divulgação de dados nesta área no país (UNODC; TRACK4TIP, 2020, p. 32). Portanto, a produção e a análise de dados têm mais probabilidade de sucesso quando se

direcionam para casos ocorridos em um momento do passado (Tyldum, 2010, p. 3).

Por causa disso, pesquisar casos já levados ao Poder Judiciário ofereceu maior viabilidade à pesquisa, possibilitando novas compreensões teóricas para desenvolver o tema. Em alguns países, este tipo de pesquisa vem sendo realizada com sucesso, em especial nos Estados Unidos, país em que um estudo importante analisou os dados de 2.317 sentenças condenatórias, no período de 2001 a 2010, acerca do tráfico de pessoas para exploração do trabalho (Salat Paisal, 2020, p. 7).

O presente estudo se propôs a contribuir para diminuir essa carência de dados no contexto brasileiro. Em vista disso, o trabalho teve como objetivo geral investigar, no curso da pesquisa, se os termos da atual redação do art. 149-A do Código Penal atenderam de forma satisfatória as obrigações ratificadas no Protocolo de Palermo sob o aspecto do consentimento da vítima, bem como quais as possíveis soluções para harmonizar as dissonâncias entre a lei interna e internacional, colaborando para a produção de conhecimento baseados em evidências nesse assunto.

Esta dissertação, ao tratar sobre a convencionalidade da legislação nacional acerca do consentimento no tráfico de pessoas, crime que afeta desproporcionalmente as mulheres e meninas, que são a maioria de suas vítimas, também oferta uma modesta contribuição para a consecução do quinto **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) (Igualdade de Gênero)**, ao se alinhar com as metas 5.1 (acabar com todas as formas de discriminação contra mulheres e meninas em toda parte); 5.2 (eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos); 5.3 (eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas) e 5.c (adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis).

Como objetivos específicos, o trabalho buscou (1) sistematizar o entendimento teórico acerca do tráfico de pessoas, sua perspectiva sobre consentimento e o conceito correlato de abuso de posição de vulnerabilidade, conforme desenvolvidos na esfera do direito internacional e também no âmbito do ordenamento interno; (2) sintetizar a teoria

sobre controle de convencionalidade de leis internas, traçando um panorama do estágio atual de desenvolvimento do tema; e (3) compilar 10 decisões do período de 2017 a 2024, oriundas de Tribunais Regionais Federais (TRFs) do Brasil, registrando os posicionamentos jurisdicionais relativos ao consentimento da vítima por meio de estudo de caso (Yin, 2015), e discutindo os resultados obtidos com esteio nas finalidades do Protocolo de Palermo conforme interpretação dada pelo Direito Internacional.

Tais objetivos servem para averiguar a hipótese de que a figura do consentimento na Lei nº 13.344, para se harmonizar com o tratado internacional ratificado, ainda precisa ser aperfeiçoada, em relação à sua irrelevância quando hajam sido utilizados os “meios” do crime, no que se refere aos menores de idade e também com relação à previsão legal expressa do abuso de posição de vulnerabilidade, possibilitando o aprofundamento da cognição jurisdicional em relação às desvantagens estruturais que levam as vítimas a aceitar diversas formas de exploração, de forma a comprometer a validade do consentimento.

Assim, ao propor novas compreensões gerais sobre o tratamento judicial dado ao crime de tráfico de pessoas a partir de fenômenos particulares, a pesquisa, em seu objetivo geral, seguiu o caminho dedutivo em sua abordagem. Para apresentar os resultados de todos os objetivos, dividimos o estudo em três capítulos.

O **primeiro capítulo** apresenta, sinteticamente, o histórico das definições legais sobre tráfico de pessoas. Aqui se abordou, principalmente, o conceito de consentimento constante do Protocolo de Palermo, e seus respectivos desenvolvimentos conceituais através de *soft law* no âmbito da Organização das Nações Unidas. Em seguida, tratamos de observar como a Lei nº 13.344/16, no tocante à criminalização, se afastou do Protocolo, tendo em vista que deu ao consentimento uma configuração diferente daquela presente na norma internacional, deixando também de prever expressamente alguns vícios capazes de invalidar o consentimento das vítimas de tráfico de pessoas.

O **segundo capítulo** apresenta o conceito de controle de convencionalidade, trilhando uma breve exposição sobre as teorias acerca da interação do direito internacional com o direito interno, inclusive no direito constitucional brasileiro, aludindo à atual posição do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre hierarquia dos tratados. Ainda, perpassa brevemente o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 121.835/PE, em que a Suprema Corte entendeu que

os tratados internacionais não podem criar norma penal incriminadora, sob pena de malferimento ao princípio da reserva legal — Constituição Federal, art. 5º, XXXIX (Brasil, 1988) —, considerando que apenas lei ordinária ou ato normativo de nível superior poderia criar direito penal incriminador. Em seguida, discorre sobre a necessidade de que o operador brasileiro confira ao tipo penal interpretação que se adapte às disposições não apenas da Constituição Federal, mas também, dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, e dos processos contenciosos internacionais que versem de alguma forma sobre validade do consentimento e abuso de posição de vulnerabilidade.

O **terceiro capítulo** é dedicado a apresentar e examinar uma compilação de 10 decisões de segunda instância, proferidas em processos judiciais da jurisdição federal brasileira, acerca de responsabilização penal pelo crime de tráfico de pessoas, com o fito de observar a interpretação dada pelo sistema de justiça interno ao instituto do consentimento. Foi empregado, para tanto, o método de procedimento de estudo de caso, discutindo-se, posteriormente, como os dados coletados em fase anterior se relacionam com as premissas teóricas estabelecidas no início da pesquisa. Ao final, foram apresentadas sugestões sobre o uso de técnicas decisórias para a concretização, pelo Judiciário brasileiro, do controle de convencionalidade.

2 O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS E A VALIDADE DO CONSENTIMENTO¹

O presente capítulo é dedicado ao estudo dos conceitos basilares do crime de tráfico de pessoas tanto no direito internacional como no direito doméstico, bem assim como ao estabelecimento das premissas que fundamentam a questão-problema que o trabalho procura responder, isto é, acerca da convencionalidade do tratamento dado, pelo sistema jurídico interno, ao consentimento da vítima neste delito.

Para tanto, perpassaremos brevemente o desenvolvimento normativo do tráfico de pessoas no âmbito internacional, e, posteriormente, as diretivas estabelecidas pelo Protocolo de Palermo, que atualmente é, como indicado há pouco, o tratado internacional mais aceito mundialmente sobre tráfico de pessoas, contando com a adesão de 182 Estados.

2.1 Diretrizes internacionais estipuladas pelo Protocolo de Palermo

Os primeiros movimentos para coibir nos ordenamentos jurídicos o tráfico de pessoas se deram por ocasião dos tratados realizados para abolir o modo de produção econômica escravista. Contudo, o fim da escravidão como intuito legal não representou, de forma alguma, o fim do tráfico humano. Como bem destacam Madalena Duarte, Conceição Gomes e Boaventura Santos (2009, p.7.), “quando pensamos no tráfico de pessoas [...] encontramos, do mesmo modo, fluxos transnacionais que, sem qualquer respeito pela autodeterminação dos sujeitos, cumprem lógicas de acumulação econômica.”

A Europa, em duas ocasiões no início do século XX, firmou tratados para suprimir o que se denominava tráfico de “escravas brancas”: em 1904, o Acordo para Repressão do Tráfico de Escravas Brancas e, em 1910, a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas. Necessário ressaltar que essa expressão “tráfico de mulheres brancas” não compreendia o tráfico de pessoas como o entendemos atualmente, mas

¹ Parte das ideias contidas neste capítulo foram publicadas no artigo “*Abuso de posição de vulnerabilidade: uma questão de diligência necessária*” (Araújo, 2024), que faz parte do livro *Direitos Humanos e Desenvolvimento: diálogos contemporâneos*, vol 2. da Editora da Universidade Federal do Piauí - EDUFPI.

referia-se tão somente à prostituição, refletindo os valores morais burgueses predominantes então.

A Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, que apesar de ser de 1910, só foi ratificada pelo Brasil em 1924 (Decreto nº 16.572), e trouxe uma modificação importante em relação ao tratado anterior, diferenciando mulheres maiores e menores de idade e adotando uma linguagem racialmente neutra.

Em 1921, a Liga das Nações Unidas lançou a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. Referido documento manteve, em grande parte, o sistema dos tratados anteriores, mas expandiu o conceito de tráfico de pessoas para incluir crianças de ambos os sexos, diferentemente de antes em que somente as crianças do sexo feminino eram consideradas passíveis de ser vítima dessa violação.

Em 1926, adveio, também no âmbito da Liga das Nações Unidas, a Convenção Sobre Escravatura. Este diploma estabeleceu, pela primeira vez, uma vedação absoluta e universal contra a escravidão, que definiu como “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (Brasil, 1966). A convenção equipara, ademais, o tráfico de escravos à escravidão, e foi completada em 1956 pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, que ampliou a definição de escravidão para incluir as “instituições e práticas análogas”, fato importante para o presente estudo, tendo em vista que o tráfico de pessoas se caracteriza por ser uma destas práticas análogas, como veremos mais adiante.

A Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Maiores de Idade inaugurou, em 1933, a possibilidade de punição do autor do crime ainda que houvesse o consentimento da vítima (Machado; Vieira, 2016, p. 489).

Neste ponto, embora diversos pactos internacionais já houvessem sido firmados, não havia um conceito bem estabelecido sobre o que significa o tráfico internacional de mulheres. Foi apenas em 1950 que a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, anulando as normas anteriores ratificadas entre os Estados-Parte, considerou irrelevante o consentimento da vítima para a prostituição, lançando assim as sementes das

discussões que viriam a ser essenciais para a formação de um consenso sobre o conceito de tráfico de pessoas.

É importante notar que a Convenção de 1950 tornava indissociável a prostituição do tráfico de pessoas, podendo-se falar em alinhamento com a corrente feminista abolicionista (Medeiros, 2013, p. 22).

Neste ponto, tendo em vista a importância para o tema, impõe-se uma brevíssima síntese das correntes filosóficas feministas que permeavam a discussão.

A compreensão sobre o tráfico de pessoas esteve imbuída de duas correntes feministas muito divergentes: o feminismo radical, que entende a prostituição, em qualquer situação, como uma violação inegociável a ser abolida, e o feminismo transnacional que, trazendo outras perspectivas, inclusive laborais, entende que deve haver distinção entre prostituição e tráfico baseada, sobretudo, no consentimento.

Adriana Piscitelli (2006, p. 19) aduz que não há conformidade entre as ideias das diferentes correntes filosóficas do feminismo, sendo o único consenso a respeito de “promover o bem estar das mulheres, porém, elas apresentam uma divisão fundamental no que se refere à concepção da prostituição e da relação que estabelecem entre prostituição e tráfico”.

No entender de Kamala Kempadoo (2016, p. 58):

A partir de uma análise feminista radical das relações sociais que dá prioridade a relações de gênero, esta perspectiva liga o tráfico exclusivamente à prostituição, vista por sua vez como a pior forma de opressão patriarcal e a forma mais intensa de vitimização de mulheres. Sua premissa central é de que a prostituição é “assédio sexual, abuso sexual e violência sexual”, e as mulheres, coletivamente, vítimas da violência masculina. [...] Supõe-se que as mulheres nunca entram livremente em relações sexuais fora do “amor” ou do desejo sexual autônomo. Ao contrário, considera-se que elas são sempre forçadas à prostituição — em suma, traficadas — através do poder e controle que os homens exercem sobre suas vidas e seus corpos.

A outra corrente teórica importante para a análise neste momento, que Kamala Kempadoo chama de “transnacional ou de terceiro mundo”, entende que as mulheres são sujeitos dotados de autodeterminação e capacidade de se posicionar nas relações de poder estabelecidas, transformando-as ou até mesmo concordando com elas. O tráfico de pessoas, para tal corrente de pensamento, é visto como uma combinação das opressões capitalistas,

patriarcais e de raça que pesam sobre a vida das mulheres. O patriarcado, então, é considerado apenas uma das relações de dominação que condicionam as vidas femininas, e não a única, nem necessariamente a principal (Kempadoo, 2016, p. 61).

O certo é que em 15 de novembro de 2000, foi adotado no âmbito das Nações Unidas, 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, também conhecido como Protocolo de Palermo.

O Protocolo de Palermo é, na verdade, um tratado adicional à Convenção da Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada na mesma data, que contém regras que governam o relacionamento entre os documentos. Uma dessas regras, estabelecida como princípio, é que a Convenção e seus Protocolos devem ser interpretados em conjunto para combater o crime organizado transnacional de forma mais efetiva, especificamente para o fim de evitar "paraísos legais" em que as atividades criminosas em discussão poderiam ser realizadas sem persecução penal adequada. Assim, os referidos tratados promovem a adoção das medidas básicas, mínimas, necessárias para o combate a esse delito, sendo uma dessas medidas a criminalização adequada (Gallagher, p. 70-74).

Nessa esteira, esse foi o primeiro documento internacional que buscou definir de forma clara o tráfico de pessoas, estabelecendo um parâmetro tangível para os países signatários, sendo atualmente pedra angular (Lucea Sáenz 2017, p. 47) em sua definição minimamente padronizada (Machado; Vieira, 2016, p. 490) do crime de tráfico de pessoas.

O Protocolo, ratificado e promulgado em 2004 pelo Brasil pelo Decreto nº 5.017, assim dispõe:

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, escravidão ou práticas similares à escravidão, 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).

O dispositivo, portanto, divide o crime em três fases: a inicial, de recrutamento e/ou transporte; o meio, que inclui uma miríade de violências cujas naturezas podem variar entre formas de coação evidentes ou sutis, e a finalidade de exploração, que consistirá em prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalhos forçados, escravidão, servidão ou remoção de órgãos, deixando espaço para que os países insiram ainda outras formas de exploração em seu ordenamento jurídico nacional. A definição estabelece também que, caso sejam usados os meios descritos, o consentimento de adultos é irrelevante; e no caso de menores, o consentimento da vítima é irrelevante em qualquer hipótese.

Conquanto seja este, como já dito, atualmente o documento mais aceito internacionalmente para coibir o tráfico de pessoas, o que possibilitou que as medidas punitivas adotadas neste âmbito adquirissem maior legitimidade (Iglesias Skulj, 2018, p. 7), o Protocolo não deixou de ser alvo de críticas, pois, embora tenha rompido com o foco exclusivo na prostituição, ampliando o leque de situações abarcadas pelo tráfico de pessoas, ao priorizar os aspectos punitivos e criminais, a abordagem do documento cria questões migratórias, podendo ser utilizado como instrumento dos Estados para criminalizar migrantes e diminuir a mobilidade para seu território, muito embora exista outro Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes, também de 15 de novembro de 2000, estabelecendo certas proteções para as suas vítimas.

Naturalmente, tal postura diverge das perspectivas mais preocupadas com a justiça social e os direitos humanos, a despeito de uma certa adaptação a ideias feministas (Kempadoo, 2016, p. 66).

Coontz e Griebel (2004) apontam que houve, no Protocolo, negligência a um ator fundamental, qual seja: a vítima, o que reforça os fatores estruturais que levam ao tráfico

humano. Para ilustrar o ponto de vista destacado por esses autores, tenha-se que a frase de abertura da Seção de Proteção das Vítimas estatui que "nos casos em que se considere apropriado e na medida em que seja permitido pelo seu direito interno, cada Estado Parte protegerá a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas", deixando ao arbítrio do Estado signatário a adoção dessa medida pelo direito nacional.

Assim, o Protocolo é vago em certas disposições e, no fim das contas, não se compromete de forma integral com o fito da proteção das vítimas (Coontz; Griebel, 2004, p. 54). Apesar disso, suas disposições podem e devem ser interpretadas em conjunto com outros tratados de direitos humanos que o complementam. No contexto sulamericano, importante lembrar da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, cujo artigo 6.1 1. estabelece que “ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas” (Brasil, 1992). A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma a necessidade de uma interpretação dinâmica e mais ampla no sentido de que uma situação de tráfico de pessoas acarreta, necessariamente, uma violação do referido dispositivo (CIDH, 2016, p. 21).

No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a Corte Interamericana considerou que, de acordo com o artigo 29. b) da Convenção Americana, bem como as regras gerais de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, a Corte pode observar outras normas internacionais, relativas à proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas para dar aplicação às obrigações estabelecidos na Convenção Americana. Para a CIDH (2016, p. 63), o direito de não ser submetido à escravidão ou ao tráfico de escravos e mulheres tem caráter essencial na Convenção Americana, sendo parte do núcleo inderrogável de direitos que não admite suspensão sequer em períodos de guerra. Assim, uma interpretação evolutiva, que acompanha as condições de vida e os tempos, afirma ser a proibição do tráfico de pessoas um dever que decorre das regras tanto da Convenção de Viena quanto da Convenção Americana.

Nesse sentido, a Corte Interamericana decidiu, no precedente mencionado, que o desenvolvimento do conceito de escravidão no direito internacional evoluiu para transcender a ideia de propriedade legal sobre a pessoa. Na realidade, esse conceito de propriedade deve

ser entendido como “posse” ou controle de uma pessoa sobre outra, de forma que haja a “perda da própria vontade ou uma diminuição considerável da autonomia pessoal” (CIDH, 2016, p. 71). Assim, uma privação significativa da liberdade individual, cujo intento seja o de exploração e exercida por meio de violência, fraude ou coação, como ocorre no crime de tráfico de pessoas conforme a definição estabelecida pelo Protocolo de Palermo, se amolda ao conceito de escravidão para os fins do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, merecendo, portanto, toda a proteção que esse sistema oferece.

2.2 O tratamento dado ao consentimento da vítima

O consentimento é uma ideia que ocupa posição central para a qualificação de uma conduta como tráfico de pessoas. Isto ocorre por vários motivos. Um deles é que nisto reside diferença importante entre o tráfico humano e outros ilícitos, como por exemplo, o contrabando de migrantes, que envolve um acordo com os contrabandistas para fins de entrar irregularmente em outro Estado (Gallagher, 2010, p. 31). Outra razão é que o tratado traz uma diversidade de formas sob as quais a coerção pode existir; isto é, o Protocolo elenca variados tipos de violência que podem constranger alguém a se submeter à exploração. Essas violências podem assumir formatos diretos, através do uso da força ou de ameaças, mas também, podem se expressar de formas ardilosas, menos óbvias a um primeiro olhar, como fraude, engano e manipulação psicológica ou emocional. Todavia, uma das características que distinguem o Protocolo de Palermo nessa seara é que ele atribui ao consentimento da vítima uma interpretação particular, em que a sua presença não exclui necessariamente a existência de coerção, como se verá.

Os tratados anteriores ao Protocolo de Palermo, por seu foco em situações de exploração sexual, davam grande relevo à questão do consentimento, destacando meios de coerção física pela força, assim como o engano (UNODC, 2014, p. 23). Como indicado há pouco, a anuência é considerada um diferenciador entre o tráfico humano e o contrabando de migrantes, presumindo-se que o migrante contrabandeado sempre deseja realizar a migração, enquanto a pessoa traficada é invariavelmente levada por meio da força. Porém, a praxe revela que não é sempre essa a realidade, sendo frequentes os casos em que a vítima, embora

ciente de que iria trabalhar com prostituição e tendo com isto concordado, foi enganada em relação a outras circunstâncias, como condições de trabalho e de vida degradantes a que seria submetida. Havia, quando da negociação da elaboração do tratado, certo consenso das delegações dos países em relação a este ponto (UNODC, 2008b, p. 355), de forma que a ausência de consentimento não era considerada determinante para a existência do crime.

Por esta razão, a redação final do Protocolo de Palermo, no seu Artigo 3, de onde consta a definição do crime, assim dispõe em sua alínea “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)” (Brasil, 2004).

Referido dispositivo estabelece um princípio interpretativo fundamental para o Protocolo: **a irrelevância do consentimento da vítima**. Isto significa, em suma, que a ausência de consentimento da vítima não é um elemento do crime, devendo o foco da produção probatória e da análise realizada pelo intérprete residir na aferição do uso dos **meios** elencados:

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 (Brasil, 2004).

Saliente-se, como reforço, que não há sequer necessidade de comprovar se os meios efetivamente chegaram a viciar o consentimento, bastando sua utilização; apesar disso, as jurisdições internas frequentemente debatem se o vício de consentimento aconteceu.

Deste modo, o princípio da irrelevância do consentimento não parece ser inteiramente aceito no âmbito das legislações domésticas, especialmente no tocante a adultos. No que se refere a crianças, embora menos frequentemente, também já se registrou casos em que as jurisdições domésticas alimentaram discussões sobre consentimento (UNODC, 2014, p. 8).

A principal fonte do Direito Internacional em relação ao tráfico de pessoas é o texto normativo do Protocolo. Contudo, outras fontes têm relevância quando se trata dessa tarefa de consolidar conceitos vagos, ou estabelecer princípios interpretativos. Nesse sentido, pode-se considerar que são “avenidas” (Gallagher, 2010, p. 132) cujo trajeto é possível

seguir na busca da construção desses sentidos. Parte dessa elaboração pode ser realizada por meio dos escritos de autores reconhecidos e da jurisprudência das cortes internacionais, especialmente considerando-se o aumento da aderência dos Estados a suas jurisdições contenciosas. Porém, um significativo manancial de regras interpretativas pode ser encontrado também em documentos com natureza de *soft law*, isto é, que não são estritamente vinculativos para os Estados, tendo em vista que não passaram pelos procedimentos de ratificação, mas que representam posicionamentos institucionais das organizações de Direito Internacional.

Anne Gallagher (2010, p. 142) aduz que não há consenso sobre qual é o peso que deve ser conferido aos instrumentos de *soft law* com relação à possibilidade de determinar obrigações para os Estados. A autora menciona a existência de duas linhas de pensamento antagônicas a esse respeito. Uma delas, mais inclinada ao positivismo, considera que os instrumentos redigidos sem a participação dos Estados que suportarão tais obrigações padecem de um vício de legitimidade insuperável. Ela pondera, todavia, que tais acordos, princípios e declarações são a materialização de uma escolha institucional, que têm nítidos efeitos de contribuição objetiva para a consolidação de lei costumeira. Para Gallagher, os instrumentos de *soft law*, ao esclarecer a natureza e o alcance da *hard law* (isto é, as fontes formais do direito internacional, sobretudo, tratados internacionais e costume internacional) em suas disposições vagas ou obscuras, orientam a prática dos Estados, e dimensionam com mais clareza o que se tem com justo, legal e correto no âmbito da comunidade internacional (*opinio juris*).

No que se refere ao Protocolo de Palermo, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*) tem atuado para esclarecer o conteúdo, significado e interpretação de suas disposições através de extensa produção documental, que tem o propósito de servir como guia para a correta implementação das disposições insertas no tratado.

Com sede em Viena, o UNODC atua como guardião da Convenção de Palermo, realizando um trabalho que tem como base três pilares: a) trabalho normativo; b) pesquisa e análise; e c) assistência técnica. Em cooperação com os Estados, organizações da sociedade civil e outras organizações internacionais, o UNODC mantém atividades de prevenção e

controle do crime transnacional, oferecendo aos Estados-Partes dos tratados sob sua responsabilidade auxílio na ratificação e na implementação desses instrumentos (Almeida, 2021, p. 144-145).

Os instrumentos elaborados com essa finalidade incluem a *Model Law Against Trafficking in Persons* (UNODC, 2009), o *Issue Paper: Abuse of a Position of Vulnerability* (UNODC, 2013), *Issue Paper: The Role of Consent* (UNODC, 2014), o *Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* (UNODC, 2020), entre outros registros e guias que têm o intuito de desenvolver orientações e princípios para a utilização de intérpretes da Justiça Criminal dos Estados encarregados de implementar em suas jurisdições o Protocolo de Palermo.

No presente estudo, entendemos que ao Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime deve ser reconhecido um papel influente no esclarecimento das disposições do Protocolo de Palermo. O UNODC já emitiu diversas publicações que registram a prática dos Estados na aplicação do Protocolo, anotando os problemas práticos mais frequentemente encontrados na tramitação judicial dos casos e fazendo inferências tendentes a uniformizar a interpretação do Protocolo. Nesse sentido, as Nações Unidas devem, ao realizar essa tarefa, materializar o conselho de Ludwig Wittgenstein (1995, p. 56): é de bom alvitre erigir sinalização nas bifurcações que têm caminhos equivocados, para ajudar a passar pelos pontos perigosos.

Passaremos, agora, a colher algum conteúdo conceitual do consentimento no âmbito do Protocolo, examinando brevemente alguns dos mais importantes instrumentos elaborados pelo UNODC sobre o assunto.

2.2.1 Crianças

A primeira consideração essencial para a construção da interpretação do papel do consentimento no Protocolo é que as disposições sobre a necessidade da comprovação do uso de “meios” se referem apenas a vítimas adultas. Isto porque o tratado é cristalino ao determinar que qualquer das ações elencadas (o recrutamento, o transporte, a transferência, o

alojamento ou o acolhimento para fins de exploração), se praticadas contra uma criança, caracterizam tráfico de pessoas mesmo sem o uso dos meios anteriormente referidos.

Ressalte-se, ainda, que “criança” é qualquer menor de dezoito anos. O Protocolo de Palermo rejeita, assim, de forma inequívoca e invariável, o consentimento no que se refere a menores (UNODC, 2014, p. 7). Considera-se que a concordância de menores para qualquer circunstância do crime não tem validade, pois lhes falta capacidade para consentir. Desta forma, a idade de capacidade penal adotada no Protocolo de Palermo é a de 18 anos.

Em síntese, no âmbito do Protocolo de Palermo, adota-se o princípio da irrelevância do consentimento. Em relação a menores, é irrelevante o consentimento em toda e qualquer situação; têm, porém, relevância o uso dos meios, se e somente se a vítima for adulta. Essa posição, que já consta com clareza no texto normativo do tratado, é reafirmada em todos os artigos temáticos do UNODC interpretativos do Protocolo (UNODC, 2009, 2014, 2018, 2020).

2.2.2 Adultos

Já no que toca à configuração do tráfico de pessoas nos casos de vítima adulta, tem-se que, uma vez comprovados os elementos do crime de tráfico, aqui incluídos os **meios** de consecução listados, qualquer alegação da defesa dos acusados sobre consentimento da vítima é irrelevante, sendo logicamente e legalmente impossível consentir quando um dos meios elencados na definição for comprovadamente utilizado. Isto é: **em caso de uso de meios, o dissenso é presumido de forma absoluta.**

A Lei Modelo contra Tráfico de Pessoas (*Model Law Against Trafficking in Persons*), documento do UNODC de 2009 que tem como propósito servir de protótipo para edição das normas internas dos Estados, é expressa sobre o tema do consentimento, indicando que qualquer consentimento só é passível de ser reconhecido quando todos os fatos são conhecidos da vítima e esta estava a exercer sua livre vontade (UNODC, 2009, p. 26), o que se entende não ser possível quando o agente se vale dos meios de consecução (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 Lei Modelo refere, ainda, que **caso haja dúvida sobre esse ponto na lei interna dos países, uma disposição adicional esclarecedora deveria ser adicionada**, eliminando qualquer possibilidade de interpretação diversa.

Apesar da nitidez da norma internacional e da insistência de seus instrumentos de interpretação na desconsideração do consentimento como elemento do crime, sabe-se que essa questão paira sempre, seja nas entrelinhas ou de forma expressa, na instrução processual de demandas relativas a tráfico de pessoas. Isto é especialmente verdadeiro no que se refere à exploração do trabalho sexual. Nesses casos, o consentimento gera problemas de credibilidade na palavra da vítima em todas as fases do processo, sendo possível observar um forte componente de gênero na resposta das jurisdições nacionais; desde a fase investigativa até identificação da vítima como tal, passando por decisões sobre quais casos devem ser levados adiante, sem esquecer as oitivas e contradições comuns nos depoimentos em matéria de tráfico de pessoas. Mesmo irrelevantes para a lei, alegações defensivas de existência de consentimento costumam causar impacto em como as ações da vítima nas circunstâncias do delito são interpretadas, inclusive pelo Poder Judiciário (UNODC, 2014, p. 78). Flávia Biroli (2013, p. 136), sobre essa questão, aduziu que:

A relação entre honestidade, bons costumes e validade das declarações incide diretamente sobre o modo como são traçadas as fronteiras entre consentimento voluntário, consentimento tácito e sexo forçado. O duplo padrão de conduta sexual e a divisão das mulheres entre castas e não castas faz com que o consentimento seja mobilizado de maneiras distintas.

Carole Pateman (1980, p.158), versando sobre o consentimento de mulheres em caso de estupro, nos lembra que as vítimas são categorizadas, às vezes inconscientemente, em “boas” e “más”. Até mesmo nos casos em que há certeza da violência cometida, o consentimento pode ser usado para atribuir à mulher “reputação duvidosa”.

Nos casos em que a prostituição é voluntária, ou quando as vítimas não se consideram vítimas — por exemplo, por razões de apego emocional ou psicológico ao explorador, ou

outras de natureza cultural, religiosa ou econômica —, as alegações de consentimento também podem contribuir para a criação de pré-concepções sobre a moral da vítima.

Para Júlia Barreto e Inês Soares (2021, p. 198), sem a adoção de uma perspectiva de gênero em relação às mulheres vítimas de tráfico de pessoas, mesmo que se chegue a um julgamento correto do ponto de vista da pena, a decisão deixa de cumprir sua função reparatória, inexistindo o acolhimento da vítima.

O Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, reconhecendo esse cenário, estabeleceu alguns princípios para a interpretação das provas nos casos de violência sexual. O consentimento não pode ser inferido em qualquer situação em que haja uso de força ou diminuição da capacidade de consentir livremente; também não pode ser considerado válido pelo silêncio ou falta de resistência. Sobretudo, o aferimento da credibilidade ou predisposição da vítima não pode advir de considerações sobre o seu histórico de comportamento sexual (UNODC, 2014, p. 31).

No contexto de outras formas de exploração, como trabalhos forçados, durante as negociações do Protocolo, delegações de países indicaram a necessidade de esclarecer suficientemente a posição do tratado a respeito do consentimento, tendo em vista que não se deveria permitir que uma pessoa consinta acerca de sua própria escravização (UNODC, 2008b, p. 342). A delegação dos Países Baixos chegou a sugerir que fosse feita uma referência à Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 1956 (UNODC, 2008b, p. 339), em atenção ao fato de que a liberdade pessoal é inalienável.

Anne Gallagher (2010, p. 177) destaca que a noção de tráfico de pessoas como uma forma moderna de escravidão já é bastante corrente na academia. Ela entende que há uma ligação óbvia entre as duas práticas, tendo em vista que ambas envolvem movimento organizado, muitas vezes transnacional, com finalidade de exploração econômica, o que é feito por meio do controle dos indivíduos por meio da eliminação da liberdade e da autonomia. Acrescenta a autora que a proibição da escravidão é aceita, em geral, como uma norma de *jus cogens* do direito internacional, e que entender o tráfico de pessoas dessa forma acentuaria a força de sua proibição.

Para alguns, especialmente aqueles que se filiam à corrente de pensamento feminista transnacional, já mencionada em momento anterior, há alguma preocupação no sentido de que o princípio da irrelevância do consentimento poderia implicar restrição à liberdade dos sujeitos, tendo que algumas pessoas podem optar por, voluntária e racionalmente, exercer a prostituição como um caminho de vida. Assim, impedir esta escolha configuraria uma negação da autonomia individual.

Por outro lado, em relação a outras formas de exploração, como trabalho ou serviços forçados, considera-se impensável admitir que a vítima tenha consentido de maneira informada e livre pela total abdicação de sua liberdade, o que é razoável. Mas o reconhecimento dessa razoabilidade na negação do caráter voluntário a esta forma de exploração destaca a incidência de questões de gênero na abordagem da persecução penal, tendo em vista que, nos casos de exploração sexual, o sexo predominante das vítimas costuma ser o feminino; enquanto para fins de exploração de outros trabalhos, as vítimas mais frequentemente são do sexo masculino (UNODC, 2021, p. 10). Sem que se pretenda defender, aqui, a criminalização da prostituição, o fato é que se observa uma maior tolerância social da exploração e do cerceamento da liberdade feminina do que da masculina. As violações que mais frequentemente incidem sobre mulheres encontram justificações morais relativas aos costumes ou no comportamento das vítimas; enquanto que as opressões incidentes sobre vítimas do sexo masculino são mais facilmente identificadas como tais.

Para Gallagher (2010, p. 196), apesar de certos tipos de violência ocorrerem contra homens e mulheres, tais agressões podem ser consideradas como de gênero se afetam desproporcionalmente as mulheres. É o caso do tráfico de pessoas, em que a discriminação de gênero é identificada em todas as etapas do processo e ainda, figura como causa direta de modalidades específicas de tráfico (como casamentos forçados e servidão doméstica).

Não é redundante reforçar que o consentimento não deve ser considerado mais ou menos relevante a depender da forma de exploração a que o delito se destina. Obviamente, o princípio da irrelevância do consentimento em caso de uso de meios deve ser aplicado a todas as formas que o crime de tráfico de pessoas pode assumir, sendo a liberdade humana inalienável em qualquer das situações descritas.

Situação em que também parece haver desafios para a implementação, pelas jurisdições nacionais, do princípio da irrelevância do consentimento é a em que o propósito da exploração é a acumulação econômica por meio do cometimento de outros delitos. Caso comum tem sido o de *phishing* online, em que a vítima traficada é compelida a aplicar golpes na internet. Para Júlia Barreto e Inês Soares (2021, p. 209, grifo das autoras):

No caso do *phishing* (ou pesca), a isca é jogada na rede mundial de computadores e a vítima “morde” essa isca e “se deixa capturar”. Isso torna a questão do consentimento ainda mais complexa e dificulta sobremaneira as ações de acolhimento. Além disso, a falta de uma territorialidade palpável, concreta, é um desafio imenso e novo na produção de dados, inclusive sobre as rotas usadas pelos criminosos. Com isso, a identificação dos fluxos destas vítimas também está prejudicada.

O UNODC (2014) já teve oportunidade de comentar que a razão para os Estados relutarem em reconhecer a irrelevância do consentimento das vítimas traficadas para tais fins é que isso poderia fazer com que os “empreendedores do crime” expandissem o seu negócio, tendo em vista a impunidade no caso de serem apanhados nestas atividades.

Contudo, o fato é que o desrespeito ao princípio da irrelevância do consentimento tem um efeito semelhante, eis que, excluindo a tipicidade dos atos, pode levar à absolvição de acusados em casos que, se investigados adequadamente, poderiam deixar entrever as operações de esquemas criminosos de grande porte.

2.3 A implementação do Protocolo de Palermo no direito penal brasileiro

Estabelecidos os conceitos de tráfico de pessoas e consentimento da vítima, no âmbito deste crime, pelo Direito Internacional, toca a vez de examinar o tratamento conferido à temática pelo direito interno.

Para tanto, importa observarmos a evolução da tipificação deste crime no texto do Código Penal Brasileiro, legislação esta que está em vigor desde 1940, mas previu diferentes configurações do delito ao longo do tempo, até finalmente a entrada em vigor do art. 149-A, objeto deste estudo.

2.3.1 Antes da Lei n. 13.344/16

A história da tipificação do tráfico de pessoas no Código Penal Brasileiro remonta à primeira redação do art. 231 desse diploma, o qual previa a incriminação de quem "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" (Brasil, 1940). Saliente-se que, naquele momento, o crime se consumava independente do consentimento da vítima, o qual, se ausente, era causa de aumento de pena.

Em 2005, logo após a ratificação do Protocolo de Palermo, a Lei nº 11.106/2005 estendeu a possibilidade de ser o sujeito passivo do crime para o sexo masculino, ao alterar a denominação de "tráfico de mulheres" para "tráfico de pessoas". Além disso, criou o art. 231-A, que tipificou o tráfico de pessoas dentro do território nacional, criando a figura do tráfico interno.

Em 2009, a Lei nº 12.015/2009 fez uma alteração de pouca expressão, possibilitando que outras formas de exploração sexual pudessem ser enquadradas no tipo penal. Contudo, o foco continuou a ser a exploração sexual, deixando de lado outros tipos de exploração, a exemplo de trabalhos forçados. Esse aspecto foi alvo de críticas, pois, para Monique Medeiros (2013, p. 44):

a manutenção da vinculação do crime em tela à prostituição ou a outra forma de "exploração" sexual, além da vitimização imposta a todas (os) as (os) trabalhadoras (es) do sexo, estabelece limitação desarrazoada da sexualidade masculina e feminina.

Na verdade, além disso, a insistência em vincular o crime à exploração sexual mantinha na atipicidade diversos outros tipos de exploração, os quais estavam a merecer a atenção do legislador quanto à criminalização.

2.3.2 Após a introdução do Art. 149-A, CP

Adveio então a Lei nº 13.344, que trouxe as inovações já brevemente mencionadas em tópicos anteriores. Uma das mais importantes foi a revogação dos artigos 231 e 231-A, CP, no título, sobre “Crimes contra a Dignidade Sexual”, substituídos pelo Art. 149-A, CP, inserido no Título dos “Crimes contra A Pessoa”, no Capítulo sobre os “Crimes contra a Liberdade Individual”, ao lado do Art. 149, CP, que criminaliza “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”.

Veja-se a atual redação do art. 149-A:

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, 1940)

Nota-se, assim, de um certo prisma, incorporação da discussão feminista sobre consentimento, prevalecendo corrente de tendência liberal, focada nas autonomias individuais. Desta forma, com a inclusão do trecho “mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso”, sem qualquer referência à irrelevância do consentimento da vítima em caso de uso dos meios, passou a ser essencial, para caracterização do crime em solo brasileiro, provar a inexistência do consentimento da vítima, ou seu vício pelos meios indicados na figura típica.

Essa norma foi alvo de críticas por parte de operadores de direito, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt (2023b, p. 1.595), para quem a nova tipificação é “não apenas de má

qualidade, mas deficiente, equivocada e, em si mesma, paradoxal”, vez que, entre outras coisas, é “mais restrita que as previsões revogadas”. Mas a opinião não é unânime. Outros, como Guilherme Nucci (2023, p. 1.146-1.147), consideram que esta lei é mais equilibrada que as anteriores e tecnicamente adequada, visto que a descrição das formas de cometimento do crime alcançam o desejável objetivo de não permitir um tipo aberto em demasia.

Há também quem considere 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 muito mais difícil (Sifuentes, 2019, p. 7), pela subjetividade afeta à necessidade de demonstração do vício de consentimento. Para Waldimeiry Silva (2021, p. 261), o consentimento só deveria ser considerado válido em crimes nos quais o direito envolvido fosse disponível, o que não é o caso do tráfico de pessoas, tendo em conta que o bem jurídico tutelado é a liberdade.

Além disso, a norma pátria não refere a desnecessidade de prova de vício de consentimento para menores de dezoito anos, sendo, portanto, divergente e menos protetiva do que Protocolo Adicional nesse aspecto. Como já visto, a norma internacional considera irrelevante o consentimento de menores. Isto é, não se considera que ele tenha validade, seja qual for a circunstância.

A Lei nº 13.344/16 também se afasta expressivamente do Protocolo de Palermo ao omitir o abuso de a situação de vulnerabilidade da vítima como meio de cometimento, de maneira que, em mais de um ponto, a lei interna confere menos proteção do que o tratado. As vulnerabilidades a que uma vítima em potencial está sujeita influenciam sobremaneira sua capacidade de consentir, fazendo com que vulnerabilidade e consentimento tenham uma ligação intrincada. De fato, o consentimento, entendido dessa forma ampla, é o protagonista das reflexões contidas neste estudo, e sua interpretação será abordada adiante.

2.4 A problemática do consentimento

Como visto, a Lei nº 13.344/16 não reproduz de maneira exata os termos da tipificação indicada pelo Protocolo de Palermo, havendo o legislador interno olvidado as

disposições relativas à impossibilidade de consentimento válido por menores, irrelevância do consentimento dado quando haja uso de meios, além do meio de cometimento “abuso de posição de vulnerabilidade”.

Contudo, um exame atento revela que o problema do consentimento do ofendido no nosso direito interno transcende os limites do tipo penal do tráfico de pessoas. Vejamos, a seguir, uma breve exposição da questão.

2.4.1 A ausência de regulamentação pelo Código Penal

De saída, é de se dizer que não existe um conceito de consentimento no direito penal positivo brasileiro. É famoso em nossa literatura jurídica o relato de que a Comissão Revisora do Projeto que veio a ser o texto do Código Penal de 1940 excluiu do diploma, naquela ocasião, qualquer menção ao consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude, entendendo que tal referência seria inteiramente desnecessária (Pierangeli, 1989, p. 85; Masson, 2017, p. 430). No entanto, hoje há ampla jurisprudência que reconhece essa figura, inclusive, como veremos ainda, no que se refere ao tráfico de pessoas.

Na doutrina, a questão está longe de ser simples a ponto de dispensar uma regulamentação clara. Na realidade, não há propriamente um consenso acerca dos fundamentos, natureza e extensão da matéria, e na verdade, sequer em relação à própria existência do problema, que é sumariamente negada por parte dos estudiosos, como, já em 1967, apontava Aníbal Bruno (1967, p. 17).

Os autores brasileiros dedicam uma atenção talvez insuficiente à questão, ressalvadas exceções como os trabalhos monográficos “O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito”, de José Henrique Pierangeli (1989), e “Autonomia e Frustração da Tutela Penal” de Maria Auxiliadora Minahim (2015). Em geral, recorre-se ao exame feito pela doutrina italiana sobre o assunto, tendo-se em vista que o art. 50 do Código de 1930 italiano estatui: “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que dele podia validamente dispor” (Pierangeli, 1989, p. 74; Prado, 2023, p. 162).

Mas antes de adentrar brevemente algumas das divergências, necessário revisitar sucintamente as formas por meio das quais o consentimento pode interferir na interpretação da conduta no âmbito penal.

Começemos por estabelecer que a figura típica penal, conforme lição de José Henrique Pierangeli (1989, p. 49), é um modelo abstrato de conduta proibida. Porém, o ordenamento jurídico não se compõe apenas de vedações. Existem, também, preceitos autorizativos, que estabelecem permissões, e, como consequência, criam ou reconhecem direitos (Pierangeli, 1995, p. 53).

Um fato, a princípio proibido, pode ser autorizado pelo legislador em alguns casos, em face de considerações de natureza política, social e jurídica que assim o recomendam. De maneira que um determinado fato, em si mesmo típico, pode se tornar perfeitamente lícito e aprovado pelo ordenamento jurídico diante do perfazimento de algumas condições (Muñoz Conde, 1988, p. 91).

Observando-se os diferentes tipos contidos na Parte Especial do nosso Código (ou mesmo de qualquer outro), pode-se constatar que diversas previsões contêm o consentimento negativo como parte da estrutura típica. Isto é, o dissentimento obrigatoriamente compõe a ação típica para que haja perfazimento do crime. Quando o dissentimento é parte da descrição do crime, naturalmente, se estiver ausente, a ação do agente é atípica.

O consentimento, às vezes, também aparece de maneira indireta na descrição típica, o que se aquilata pela própria redação e estrutura descrita no tipo, hipótese em que, se existente, também pode eliminar a adequação típica (Pierangeli, 1989, p. 90).

Vê-se, assim, que o consentimento da vítima acerca de uma conduta tem influência na figura típica quando haja nela, de forma explícita ou implícita, uma referência à necessidade intrínseca de dissenso. Mas há ainda o consentimento que possui função supralegal e opera de forma externa ao tipo, para que se exclua a ilicitude (ou antijuridicidade) da ação ou omissão, quando então será classificado como causa de justificação.

A antijuridicidade é a contrariedade revelada pela conduta ao direito, e segundo parte da doutrina, pode ser formal ou material. Para José Henrique Pierangeli (1989, p. 45), a antijuridicidade formal é a simples contrariedade a uma norma jurídica, enquanto a

antijuridicidade material ocorre nos casos em que são atingidos direitos concedidos ao indivíduo ou da sociedade, cuja proteção é o objetivo da lei.

Francisco Muñoz Conde (1988, p. 93) classifica as causas de justificação segundo a predominância de dois princípios: interesse preponderante ou ausência de interesse. Nos casos de interesse preponderante, a ação que de outra forma seria típica se torna justificada porque a ação tipificada, que lesa um bem jurídico, é praticada para salvaguardar outro bem jurídico de maior valor. Nestes casos podemos incluir a legítima defesa e o estado de necessidade. Já nas hipóteses em que se identifica o princípio da ausência de interesse, o titular do bem jurídico afetado renuncia à proteção conferida pelo Direito Penal ao bem no caso concreto. Este é o caso do consentimento do ofendido.

Quando, assim, o consentimento do ofendido não faz parte da descrição típica, considera-se então que ele pode ainda atuar como causa justificante externa ao tipo, de maneira que a ação, permanecendo típica, deixa de ser antijurídica, porque deixou de atingir o interesse material do titular do bem afetado, que renuncia à proteção penal. Alguns exemplos que a doutrina costuma elencar em que isso pode ocorrer são os delitos de furto (art. 155) e dano (art. 163) (Bitencourt, 2023a, local. 9.939).

Um dos aspectos controvertidos na doutrina acerca de consentimento se manifesta no debate se ele afasta a tipicidade do fato em todos os casos, ou se funciona de forma dúplice, podendo por vezes determinar atipicidade, e em outras situações atuar de forma externa como causa de justificação da conduta, afastando então a ilicitude (também chamada antijuridicidade) no caso concreto (Minahim, 2015, local. 1.210)

Para Maria Auxiliadora Minahim (2015, local. 1.186), a autonomia da vontade do titular do bem jurídico malferido deve prevalecer. Essa posição de tendência liberal encontra supedâneo no direito romano, podendo ser identificada na máxima de Ulpiano no sentido de que não seria punível a conduta delituosa praticada de acordo com a vontade do lesionado. De acordo com a autora, o brocardo *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (o ato praticado em consonância com a vontade do lesado, não constitui injusto) foi simplificado para *volenti non fit iniuria* (diante daquele que consente, não há injusto). Importante dizer, ainda, que

a regra, porém, não tinha generalidade e era aplicada exclusivamente nos delitos de natureza privada. Assim, pode-se afirmar que nem na época de sua explicitação e

nem na atualidade, a expressão deixou de ter um significado de um tema jurídico de importância jurídica muito limitada (Pierangeli, 1989, p. 66).

Assim, para Maria Auxiliadora Minahim (2015) e Pierangeli (1986), o consentimento exclui desde logo a conduta criminosa, não podendo se cogitar de injusto quando haja assentimento.

Outra posição (à qual aderimos), dualista, atribui uma dupla natureza ao consentimento no direito penal, distinguindo as formas de concordância em acordo e consentimento (Minahim, 2015, local. 1.212). Na hipótese em que a anuência do titular descaracteriza a tipicidade, trata-se de acordo; no caso do consenso não integrar o tipo, funciona como justificante da conduta típica.

Entendemos que a distinção existente entre consentimento e acordo deve ser mantida no plano teórico, tendo em vista que as duas formas de anuência têm significados diferentes, que decorrem de elementos formais e materiais e podem levar a resultados distintos, o que ocorre, por exemplo, no caso do tráfico de pessoas, como veremos no momento oportuno.

Como indicado há pouco, o Código Penal brasileiro não prevê expressamente o consentimento do ofendido, seja como causa de atipicidade, seja como excludente de ilicitude. Contudo, ainda que não elencado no art. 23, o consentimento é amplamente utilizado como opção dogmática viável e entendido como causa supralegal de exclusão ora de tipicidade, ora de ilicitude, pela doutrina brasileira. A título de exemplo, Rogério Sanches (2023, p. 389) e Luiz Regis Prado (2023, p. 162) consideram que a relevância do consentimento depende de ser, ou não, elementar do crime; se for, exclui a tipicidade, e em não sendo, afasta a ilicitude da conduta.

Por outro lado, Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 261) considera que a “economia dogmática aconselha atribuir ao consentimento real efeito excludente da tipicidade, embora nada impeça atribuir-lhe efeito de exclusão da antijuridicidade, como causa supralegal de justificação”. Já Rogério Greco (2022, p. 835) considera que o consentimento do ofendido, mesmo não sendo previsto pela lei, é causa supralegal de exclusão de ilicitude.

Cezar Roberto Bitencourt (2023a, local. 9.856) compreende as causas supraleais de justificação como excludentes de ilicitude, advertindo, porém, que a admissão de causas legais de exclusão de antijuridicidade não significa que se pode pensar em injustos

supralegais, diante da necessidade de reserva legal. Contudo, considera possível o abandono de uma concepção puramente positivista quando se está falando de normas permissivas.

De qualquer forma, o que se constata é que, em algumas situações, a norma penal permite a renúncia à sua proteção. Assim é que, por uma decisão do sujeito passivo, o sujeito ativo pode ser dispensado da obrigação de cumprir determinadas regras (Prado, 2023, p. 164). Como se vê, não há maiores dificuldades em compreender o que é consentimento. O grande obstáculo é delimitar o âmbito da sua eficácia, isto é, até que extensão este consentimento pode desobrigar da norma penal, sendo este também um ponto de alguma controvérsia. Vejamos.

Um requisito prévio, apontado por Rogério Sanches (2023, p. 389), é que o dissentimento não integre o tipo. Se isso ocorrer, desaparece, sem delongas, o fato típico, sendo desnecessário inquirir acerca de ilicitude.

Para que o consentimento possa vigor como causa de justificação, Francisco Muñoz Conde (1988, p. 120-121) elenca os requisitos:

- 1) Faculdade reconhecida pelo ordenamento jurídico a uma pessoa para que possa dispor validamente de determinados bens jurídicos próprios. Esta faculdade é questionável no que toca a certos bens jurídicos, como a vida ou a integridade física.
- 2) Capacidade para dispor, que não deve necessariamente coincidir com a capacidade civil, mas que como esta exige faculdades intelectuais para compreender o alcance e significação de seus atos por parte de quem consente.
- 3) Qualquer vício essencial da vontade de quem consente (erro, coação, engano etc) invalida o consentimento.
- 4) O consentimento deve ser manifestado antes da comissão do fato e deve ser conhecido por quem atua sob seu efeito.

O bem jurídico tutelado, para que o consentimento seja eficaz como causa justificante, precisa ser disponível. Isto é, o interesse protegido pela norma penal não pode pertencer ao Estado, ou ser a expressão de um valor coletivo; eis que, nesses casos, a proteção ultrapassa o interesse privado. Assim, a vontade de um particular não basta para decidir acerca da renúncia à proteção jurídica desse bem. Vale lembrar que, na seara penal, ramo do Direito Público, a maior parte dos bens protegidos se enquadra nessa categoria. Em casos assim, o consentimento não tem nenhuma relevância e não basta para justificar a conduta. Cede a autonomia do indivíduo e prevalece o interesse público.

Importante destacar que definir a disponibilidade ou indisponibilidade de um bem não é uma tarefa fácil. Alguns doutrinadores, como Guilherme Nucci (2023, p. 480-481), preferem não elaborar um rol, entendendo que o estágio de uma sociedade em relação a costumes e valores é o que pode determinar qual interesse ingressa na esfera da disponibilidade.

José Henrique Pierangeli (1989, p. 101-104) sugeriu alguns critérios para fazer essa investigação. Um deles, com esteio em parte da doutrina italiana, assinala que é possível inquirir sobre a disponibilidade ou indisponibilidade do bem a partir da Parte Especial do Código, que indica os bens jurídicos protegidos pelos tipos penais. O autor concede, porém, que o método não é inteiramente seguro, tendo em vista que as classificações feitas na Parte Especial são meras abstrações e podem conter distorções acerca do bem jurídico efetivamente tutelado. Porém, para o penalista, este poderia ser um ponto de partida válido.

Já Maria Auxiliadora Minahim (2015, local. 890) aponta um critério baseado no direito processual penal. Para ela, estar sob os auspícios da ação penal pública, de titularidade do Ministério Público, é um bom indicativo de que o interesse protegido transcende a esfera individual.

Pierangeli, afinal, estabelece que não há um critério totalmente seguro que permita concluir pela disponibilidade ou indisponibilidade de um bem jurídico, mas que não se pode perder de vista nem a forma e nem o motivo que leva o Estado a tutelar determinado bem. Assim, conclui, “o consentimento será válido enquanto não cria perigo ou dano social” (Pierangeli, 1989, p. 114). Para Aníbal Bruno (1967, p. 22), uma lesão não pode ser validamente consentida se puser em perigo a vida ou diminuir a capacidade de um indivíduo como valor social. Este valor social, que sofre bastante influência dos costumes, varia de acordo com o momento histórico.

O segundo requisito exigido para o consentimento como justificante se refere à capacidade da vítima de anuir. A doutrina controverte o ponto relativo a quando esta pode ser adquirida. Para alguns, a capacidade de consentimento somente se obtém junto com a imputabilidade penal, aos 18 anos. Esta é a opinião de Rogério Greco (2022, p. 938-939). Rogério Sanches (2023, p. 389) sugere a maioria penal como regra, mas para alguns crimes de natureza sexual, 14 anos. Esta é também a posição de Juarez Santos (2014, p. 262).

Guilherme Nucci (2023, p. 485), por sua vez, também indica como ponto de partida a idade de 18 anos, porém sugere que deve haver flexibilidade, pois “um menor, com 17 anos, por exemplo, certamente tem condições de discernir sobre a perda de algum bem”.

Neste trabalho, entendemos que tal maleabilidade na idade de consentimento, a não ser quando muito bem expressamente prevista em cada tipo penal para se adequar ao bem jurídico tutelado, causa insegurança jurídica, e adotamos como critério geral a idade estabelecida para a imputabilidade, isto é, 18 anos. E o fazemos com esteio no ponto de vista de José Henrique Pierangeli (1989, p. 126), que merece reprodução:

É verdade que a nossa lei penal em muitas passagens deixa evidenciado ter-se inclinado pela idade de 14 anos, ao cuidar dos crimes contra os costumes [...] não se pode aceitar a idade de 14 anos como a mínima que possibilite a validade do consentimento para fins de justificação. Estabelece o código uma presunção *juris et de jure* de invalidade do consentimento, presunção que não admite prova em contrário. Resulta, pois, meridianamente claro que o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas em legislação especial. Adquire, pois, o indivíduo sua capacidade penal aos 18 anos. Mas não a adquire tão-somente o imputado, mas também, o consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica.

O terceiro requisito é que o consentimento seja válido, livre de vícios. Como dito, quando há o uso de coerção, não existe consentimento livre. Essas coerções podem ser explícitas ou implícitas. Falaremos mais sobre isso no momento oportuno.

Por fim, quanto ao tempo do consentimento, é necessário que o consentimento seja dado de forma anterior à conduta, ou no mínimo, de forma simultânea. Alguns autores, como Francisco Muñoz Conde (1988, p. 94) e Cezar Bitencourt (2023a, local. 9.873) propõem que as causas de justificação possuem requisitos objetivos e subjetivos, não sendo suficiente que ocorra a situação justificante. Para eles, é necessário que o autor tenha consciência e intenção de praticar a conduta sob o manto da justificação, isto é, de modo autorizado. “*Mutatis mutandis*, como se exige o dolo para a configuração do tipo, exige-se, igualmente, o mesmo ‘dolo’ de agir autorizadamente” (Bitencourt, 2023a, local. 9.884, grifo do autor). Não é necessário que o agente atue imbuído de motivos nobres, mas apenas, que seja sua intenção atuar da forma permitida juridicamente.

2.4.2 Doutrina e jurisprudências nacionais sobre o consentimento da vítima no tráfico de pessoas

Conforme assinalado há pouco, o consentimento do ofendido, de uma forma geral, pode atuar como excludente de tipicidade caso a discordância da vítima em relação à ação do agente faça parte da descrição do tipo penal, de forma expressa ou implícita; e pode também operar de forma externa ao tipo, excluindo a antijuridicidade da conduta, mas para que isso ocorra, é necessário que se perfaçam alguns requisitos.

Ademais, indicamos também, em momento anterior, como a tipificação penal do tráfico de pessoas, no âmbito internacional, estabelece que, havendo uso dos meios (isto é, sendo o fato típico), o consentimento não é relevante. Ainda, vimos que, em sendo a vítima menor de 18 anos, o fato será típico independente do uso dos meios, bastando que estejam presentes as outras elementares do tipo. Vejamos agora, então, como o assunto está sendo tratado pelos operadores e teóricos de direito interno, de forma especificamente voltada ao crime de tráfico de pessoas.

2.4.2.1 Crianças

Sobre o consentimento no crime de tráfico de pessoas como definido pela Lei 13.344/16, objeto de nosso estudo, apenas a doutrina mais recente tem algo a nos dizer, tendo em vista que se trata de um tipo penal jovem, com poucos anos de vigência. Mesmo assim, não são abundantes os comentários, em especial sobre o consentimento de menor traficado, até porque a lei brasileira, seja na Parte Geral, seja na Parte Especial do Código, não refere expressamente a questão, ao contrário da norma ratificada que pretende implementar no ordenamento nacional.

Ressalte-se, porém, que Guaracy Moreira Filho (2021, p. 465) é acurado ao registrar que crianças e adolescentes merecem tratamento especial pela norma em tela, de forma que não há necessidade de inquirir sobre o uso de qualquer meio de cometimento do crime, se o ato e a finalidade estiverem presentes. Ele aponta especificamente a idade de 18 anos,

aduzindo que antes disso, o consentimento é completamente viciado no caso de qualquer das finalidades exploratórias da norma em comento.

Rogério Sanches (2020, p. 238), que considera que o consentimento válido exclui a tipicidade no delito analisado, refere que não devemos nos contentar com o conceito de vulnerável do art. 217-A do Código Penal (que tipifica o estupro de vulnerável, crime cuja idade de consentimento é de 14 anos). Segundo Sanches, uma interpretação sistemática de outros dispositivos, a exemplo do art. 218-B do CP (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável) também protege o menor de 18 anos. Entende ele ainda que o fato de que a ação, nesses casos, é pública incondicionada leva à conclusão de que o consentimento não opera efeito algum. Para ele, então, pode haver consentimento válido que destipifica a ação, mas não se a vítima é menor.

Diversos outros autores, como Cezar Bitencourt (2023a, 2023b), Guilherme Nucci (2023) e Cleber Masson (2017, 2021), não adentram o assunto.

Para os fins deste trabalho, adotamos, como já indicado em momento anterior, que para o crime de tráfico de pessoas (e, de um modo geral), a idade de consentimento deve ser considerada como sendo a de imputabilidade, pela contradição que estaria representada por uma vítima que não pode praticar, mas pode consentir na realização de fato típico; e também porque a norma ratificada assim ordena: o Estado brasileiro livremente assumiu o compromisso de tipificar o tráfico de pessoas nos termos postos pelo Protocolo de Palermo.

Alguma dúvida poderia ocorrer ao intérprete no que toca ao consentimento para a exploração sexual, tendo em vista que o art. 217-A (estupro de vulnerável) estabelece a possibilidade de consentimento para o sexo a partir dos 14 anos de idade. Mas deve ser lembrado que o ato sexual realizado como parte da vida, nas circunstâncias normais do desenvolvimento de uma pessoa difere, em muito, da prostituição, que é, ainda quando exercida em condições adequadas, uma atividade laboral, que ademais padece de grande estigma. Tanto pior quando se trata de exploração sexual, na acepção subalternizadora do termo, isto é, quando não se trata de prostituição voluntária. Pode-se inferir que o Código Penal brasileiro considera que aos 14 anos é possível ter discernimento para o primeiro caso (sexo livremente consentido nas circunstâncias normais da vida), mas não para o segundo, já

que criminaliza o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança, adolescente e vulnerável, bem como a manutenção de conjunção carnal nessas condições, sem excepcionar a possibilidade de consentimento (art. 218-B do CP).

Assim, de conformidade com outros dispositivos do próprio Código Penal e ainda, o Protocolo de Palermo, o tráfico de pessoas, no que se refere a menores de 18 anos, se aperfeiçoa tão-somente com a ação e a finalidade, sendo desnecessários os meios e não operando o consentimento nenhum efeito de exclusão, quer de tipicidade, quer de ilicitude.

Por outro lado, é possível observar que o consentimento de menores para o tráfico de pessoas, que deveria ser considerado inválido em qualquer situação, tem por vezes sido analisado em desacordo com o Protocolo de Palermo no âmbito dos Tribunais. É o que se depreende, por exemplo, do julgamento da Apelação Criminal Nº 5000721-81.2016.4.04.7007/PR, julgada em 05 de julho de 2022, oriunda do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Neste decisório, o Tribunal considerou que o tipo penal “somente se verifica se o fato se der com grave ameaça, violência, coação ou fraude” (Brasil, 2021c), o que considerou não ter havido na situação, muito embora a vítima tivesse apenas 16 anos à época dos fatos.

2.4.2.2 Adultos

Com relação a vítimas maiores de 18 anos, parte da doutrina, a exemplo de Cleber Masson (2021, p. 256) entende, corretamente, que o consentimento do ofendido não exclui o crime, isto porque as finalidades de exploração são incompatíveis com o ordenamento jurídico, eis que o bem jurídico tutelado é indisponível. O autor pensa assim sobretudo quanto às finalidades de submissão a trabalho escravo e remoção de partes do corpo humano. O mesmo vale para a finalidade de exploração sexual, pois Masson considera que “qualquer pessoa capaz pode utilizar seu corpo, no plano erótico, como reputar mais adequado, mas não se admite a exploração da sexualidade alheia”. Em síntese, a exploração é “logicamente incompatível com o consentimento do ofendido, em respeito à dignidade sexual, corolário da dignidade da pessoa humana”.

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado (2019, p. 1.008), para quem o bem tutelado (a liberdade) integra a personalidade humana e não pode ser inteiramente alienado.

Guaracy Moreira Filho (2021, p. 463) e também Rogério Sanches (2020, p. 237) aduzem que o consentimento válido exclui a tipicidade, a menos que haja uso de coação, fraude ou abuso. Segundo Sanches, é necessário inquirir a validade do consentimento através do uso dos meios elencados na lei. Para Sanches, porém, e este ponto é importante para uma questão que será oportunamente analisada, o legislador não elenca coações de natureza implícita, como a chantagem emocional.

Rogério Greco também considera que se houver consentimento, a ação de traficar pessoas é um indiferente penal, mas tal consentimento só afasta a infração se o agente não se utilizar de meios descritos no art. 3º do Protocolo de Palermo (Greco, 2021, p. 474).

Guilherme Nucci (2023, p. 1.147, grifo nosso), por sua vez, entende que a ação do traficante de pessoas precisa acontecer:

no cenário da grave ameaça (realização de mal intenso à vítima; violência moral), violência (agressão física), coação (forma de constrangimento, que se dá por violência material ou moral, incluindo nesta última a chantagem), fraude (forma de colocar outrem em erro, enganando-o, para obter qualquer vantagem) ou **abuso (excesso, que precisa ser interpretado na esfera do direito; portanto, quem vai além do exercício de um direito, exagerando).**

Embora não mencione o autor o consentimento, subentende-se que ele considera que estes acima descritos são os meios passíveis de viciar a anuência. Cezar Bitencourt (2023b, p.1.638) também não menciona o consentimento de forma direta, muito embora comente, de forma crítica, que o novo tipo restringiu a atuação do direito penal ao reduzir a abrangência típica para condutas realizadas com violência ou grave ameaça. Assim, para ele, a nova infração é menos grave que a revogada.

Entendemos, como boa parte da doutrina brasileira, que o consentimento não exclui o crime de tráfico de pessoas, caso hajam sido usados os “meios” pelo agente, muito embora esse detalhe - constante da norma ratificada - tenha sido omitido da Lei nº 13.344.

Assim, consentimento válido, que destipifica a ação, é aquele que não foi obtido pelos “meios”. Isto porque a redação da norma deixa clara a opção do legislador, sobretudo o

internacional, por “indisponibilizar” o bem jurídico no caso de uso desses meios, ocorrendo presunção absoluta de vício de consentimento.

Nos casos típicos (isto é, com uso de meios), não há possibilidade de consentimento válido, isto é, não é possível que o consentimento atue como causa de justificação, pois, além da presunção absoluta da norma, esse consentimento não perfaria os requisitos para atuar como norma permissiva, sobretudo o da disponibilidade do bem. A liberdade pessoal, embora a um primeiro olhar possa parecer a alguns um valor individual, no caso em apreço assume a forma de um valor coletivo, como explicaremos a seguir.

O tráfico de escravos se encontra associado à própria escravidão. A proibição dessa atividade existe desde a Convenção Sobre a Escravatura (1926), sendo sua proibição absoluta e a todos oponível. Trata-se de uma norma de *jus cogens*, isto é, de observância obrigatória a todos os Estados. De acordo com a Corte Interamericana, essa é uma obrigação *erga omnes*, absoluta e inderrogável até em tempos de guerra (CIDH, 2016, p. 56).

Ocorre que, adotando interpretação evolutiva, a Corte Interamericana entendeu também que o conceito de escravidão transmutou-se para abarcar novas formas do fenômeno. A extinção da escravidão como instituto legal não significou o fim da exploração humana, que hoje assume formatos análogos, detentores de características comuns à forma “tradicional”, que demonstram a utilização de atributos de propriedade de uma pessoa pela outra, tais como **“como o exercício do controle sobre uma pessoa mediante coação física ou psicológica de maneira que signifique a perda de sua autonomia individual e a exploração contra sua vontade”** (CIDH, 2016, p. 72, grifo nosso). Assim, a Corte Interamericana constatou que a proibição absoluta da escravidão tradicional vale para as formas modernas deste ilícito.

Nesta toada, considerando que o tráfico de escravos e de mulheres tem como finalidade a exploração do ser humano, a Corte Interamericana interpretou, na decisão do Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, que a mesma proteção dispensada à liberdade no caso de escravidão deve vigorar para os casos de tráfico de pessoas, eis que as duas práticas compartilham os seguintes elementos:

o controle exercido pelos perpetradores sobre as vítimas durante o transporte ou traslado com fins de exploração. Além disso [...], i) o controle de movimento ou

do ambiente físico da pessoa; ii) o controle psicológico; iii) a adoção de medidas para impedir a fuga e iv) o trabalho forçado ou obrigatório, incluindo a prostituição (CIDH, 2016, p. 81).

Desta forma, sendo o tráfico de pessoas equiparado à escravidão, e pesando sobre a escravidão uma proibição absoluta, os casos que sejam contemplados pela tipificação do tráfico de pessoas não podem ser objeto de qualquer consentimento, tendo em vista que o repúdio à escravidão é um valor social, que ultrapassa a esfera jurídica da própria pessoa que consente. Nestes casos, a liberdade individual é inalienável.

Diante de tal panorama, é de se perceber a importância que a correta descrição, no tipo penal, e a consequente interpretação do conteúdo normativo dos meios, assume nos casos de tráfico de pessoas. A exegese do que significa o uso desses meios determina se o fato é típico, e, portanto, se pode ser punido, já que, sendo típico, não se pode valer do consentimento como justificadora.

Importante destacar ainda que, em 2021, o Conselho Nacional de Justiça editou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Esse documento foi criado com o objetivo de fornecer orientações à magistratura, disponibilizando ferramentas conceituais e um passo a passo para fortalecer o cumprimento das obrigações constitucionais do Brasil em relação à efetivação da igualdade material. Para isso, o documento recomenda aos juízes e juízas a utilização de metodologia de julgamento com perspectiva de gênero. Ademais, o texto afirma ainda que os juízes nacionais são os principais protetores dos direitos humanos, devendo utilizar a ferramenta do controle de convencionalidade para garantir a primazia dos direitos humanos no país (Brasil, 2021a, p. 58).

O crime de tráfico de pessoas mereceu especial atenção no que toca ao julgamento com perspectiva de gênero. Para o Protocolo do CNJ, é nítida a necessidade de considerar as vulnerabilidades da vítima na aferição da existência de fraude e abuso como elementares do delito, pois a validade do consentimento deve ser aquilatada à luz da pessoa concretamente considerada. Deve, assim, o julgador ter atenção para evitar a reprodução de estereótipos e pré-compreensões de gênero em processos dessa natureza (Brasil, 2021a, p. 74), ressaltando-se que a ausência de agressão física não significa, necessariamente, a existência de consentimento (Brasil, 2021a, p. 75).

Observa-se, porém, do exame de alguma jurisprudência (que aprofundaremos no momento oportuno), a existência de indícios de que também no caso de vítimas adultas o consentimento merece melhor escrutínio. Seja porque a tipificação de todos os meios previstos no Protocolo não foi fielmente observada, o que exclui, como veremos ainda, no âmbito interno, a incidência típica nos casos de abuso de posição de vulnerabilidade, seja porque a validade do consentimento não tem sido adequadamente explorada. A título de exemplo, no julgamento da Apelação Criminal N. 0000598-60.2013.4.01.3903/PA, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou que o mero conhecimento da vítima de que iria exercer a prostituição seria suficiente para caracterizar a anuência, desconsiderando que o assentimento da vítima foi obtido por meio de promessas de lucros exorbitantes que não se concretizaram (Brasil, 2021b). Assim, do que se vê, despontam indícios de que a cognição sobre o uso dos “meios” pode não estar sendo realizada com a profundidade que seria desejável, tampouco, de acordo com o que preconiza a norma internacional ratificada.

2.5 A interpretação de relevantes meios não codificados pelo Art. 149-A, CP

Já indicamos que a Lei nº 13.344/16 não traz correspondência exata com a tipificação constante da normativa internacional, deixando de reproduzir os sentidos dados ao consentimento da vítima e de diferenciar o consentimento ofertado por maiores e menores de idade.

Contudo, além disso, a norma brasileira tampouco previu todos os meios de cometimento do crime, deixando de incriminar algumas formas de viciar o consentimento da vítima. Passaremos agora a uma análise de tais meios olvidados pelo legislador nacional.

2.5.1 Engano

Vimos em momento anterior que o artigo 3 do Protocolo de Palermo divide o crime em três fases: a inicial, de recrutamento; o meio, e a finalidade de exploração. Entre os meios de invalidação do consentimento descritos pelo Protocolo, encontram-se o engano e a fraude.

A Lei Modelo contra Tráfico de Pessoas (*Model Law Against Trafficking in Persons*), documento interpretativo do Protocolo de Palermo publicado pelo UNODC em 2009, define

engano (no original em inglês, *deception*) como qualquer conduta, ainda que praticada apenas por meio de palavras, que tem o propósito de levar alguém a erro sobre a natureza dos serviços que prestará, as condições de trabalho, a extensão de sua liberdade para deixar o posto laboral ou outras circunstâncias que envolvem uma exploração. Os exemplos mencionados passam por situações em que a pessoa é levada a crer que trabalhará como doméstica mas na verdade é forçada a se prostituir, como também casos em que a pessoa conhece a natureza do trabalho que realizará, mas é forçada a trabalhar por jornada muito extensa, tem seus documentos retidos, é privada de liberdade de movimento ou não é paga. Cita-se a tipificação dada pela Austrália, que inclui a criminalização de situações em que a vítima desconhece que será submetida a dívidas relativas ao trabalho ou exploração (UNODC, 2009, p, 10-13).

Como se pode ver, o Protocolo de Palermo teve a intenção de criminalizar a conduta do agente que esconde da vítima não apenas o tipo de trabalho que realizará, mas também, as condições em que o trabalho será exercido, a fim de obter mais facilmente seu consentimento.

O Guia Legislativo para o Protocolo de Palermo (*Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*), ferramenta para legisladores dos Estados-membros, define engano como “palavras ou conduta que levem alguém a crer em algo que é falso”, e fraude como “enganar (*deceive*) alguém com o intuito de lhe privar de algo”. O documento acrescenta que, muito embora possa ser inferido que o tratado teve o intuito de diferenciar fraude e engano, já que incluiu as duas palavras, em muitos contextos elas são consideradas sinônimas. No que se refere ao tráfico de pessoas, tanto fraude quanto engano, com frequência, significam representações equivocadas sobre o tipo de trabalho para o qual as vítimas estão sendo recrutadas, assim como o local de trabalho, seus reais empregadores, condições de vida e de trabalho, de viagem e seu status legal nos países de destinação, além de outras situações (UNODC, 2020b, p. 31)

Na tipificação brasileira do art. 149-A do Código Penal, o meio “fraude” foi previsto, mas o **engano**, **omitido**. Contudo, tendo em vista a evidente similitude semântica dos termos,

neste trabalho adotamos a posição de que o conteúdo semântico de “engano” pode perfeitamente ser abarcado por “fraude”, incluindo-se em sua interpretação qualquer conduta, ainda que efetuada por meio de palavras, que leve a vítima a consentir sem conhecer as verdadeiras condições em que trabalhará — não apenas em relação ao tipo do trabalho a ser exercido, mas quanto à sua liberdade para exercer ou deixar de exercê-lo, as condições de vida e de trabalho, o pagamento e demais circunstâncias que circundam a exploração. Esta é a interpretação que mais se coaduna com a *mens legis* do tratado.

Diversos autores de direito penal adotaram entendimento semelhante, a exemplo de Rogério Greco (2021, p. 474), que entende que “fraude [...] é todo ardil, engano, simulação no sentido de fazer com que a vítima se iluda com promessas levadas a efeito pelo agente, acreditando serem verdadeiras quando, na realidade, estará caindo em uma armadilha”. Luiz Regis Prado considera que fraude é “engano, falseamento da realidade, por exemplo, a promessa de um bom emprego no exterior ou outro estado” (2019, p. 1.017). Já Guilherme Nucci (2023, p. 1.147) define fraude como “forma de colocar outrem em erro, enganando-o, para obter qualquer vantagem”.

Apesar disso, como veremos em momento oportuno, os aplicadores do direito não têm realizado a correta interpretação deste meio de cometimento do tráfico de pessoas, em especial, nos casos relativos à exploração sexual, **deixando, de forma incompatível com as finalidades do Protocolo de Palermo, de considerar engano as situações em que a vítima sabia que iria se prostituir mas não conhecia as reais (e indignas) condições de vida e de trabalho para as quais estava sendo recrutada.**

2.5.2 Abuso de situação de vulnerabilidade

Conquanto o Protocolo de Palermo traga a definição mais corrente e aceita internacionalmente acerca do conceito de tráfico de pessoas, já se observou que existem aspectos conceituais dessa definição que não se encontram inteiramente estabelecidos e que precisam ser aclarados, em especial, aqueles que são exclusivos do Protocolo e não encontram correspondência em outros instrumentos anteriores (UNODC, 2013, p. 1). Como as condenações no âmbito do crime de tráfico de pessoas podem acarretar amplas

consequências não só para as vítimas e acusados, mas também para os Estados, a necessidade de consolidar esses conceitos adquire grande importância (UNODC, 2018, p. 2).

O preâmbulo do Protocolo de Palermo deixa claro que a sua edição partiu da ideia de que, apesar de existirem alguns instrumentos visando coibir a exploração de pessoas, na ausência de um tratado específico, as pessoas vulneráveis ao tráfico não estariam suficientemente protegidas.

O reconhecimento dessa vulnerabilidade a identificação de quem é vulnerável se interconectam com o conceito de consentimento. Carole Pateman (1980, p. 157, grifo nosso), sobre as teorias contratualistas, que dão grande ênfase ao consentimento e à vontade, aduziu que deixam de lado uma questão essencial, qual seja, a de quem consente, ou **quem é capaz de consentir**. A crítica da autora ao voluntarismo caminha no sentido de que o consentimento é essencial para manter a liberdade individual e a igualdade entre as pessoas; contudo, a liberdade individual e a igualdade são, igualmente, pressupostos para que haja consentimento. Com isso, ela questiona se pode haver consentimento em situações assimétricas, em que há opressão (Lowenkron, 2015, p. 232).

Para Flávia Biroli (2013, p. 127), as preferências individuais são decorrentes de relações de poder, de forma que a posição social do indivíduo é, necessariamente, parte do debate, já que interage com os processos mentais particulares que registram as preferências. A autora entende que o processo de preferir uma coisa a outra, mesmo que anunciado como escolha, é o resultado de incentivos e impedimentos, constantes de alternativas disponíveis ou indisponíveis. Assim, o foco excessivo e acrítico numa dicotomia consistente em consentir ou negar jogaria sombras nessa dinâmica, encobrindo sua presença.

Ainda, a autora argumenta que algumas escolhas podem resultar de carências, de faltas de algo. Tais faltas se traduzem em vulnerabilidades (Biroli, 2013, p. 229). Nestes casos, a autonomia está limitada. Assim, nos colocamos diante das questões suscitadas pela diferenciação entre as escolhas legítimas e baseadas em uma opção realmente livre, e aquelas que são resultados de interferências limitantes. Em síntese, para Flávia Biroli (2013, p. 135), “a oposição entre coerção e livre-escolha é insuficiente como a base para a análise das condições efetivas nas quais os indivíduos consentem ou recusam-se a consentir”.

Laura Lowenkron (2015, p. 232-234) aponta que a existência de violência em crimes

sexuais é aferida por meio da averiguação da presença de consentimento. Em crimes como abuso sexual infantil e tráfico de pessoas, porém, o critério perde seu valor em face da categoria, de difícil definição, denominada vulnerabilidade. A autora nos lembra que as liberdades ocidentais, incluindo a de consentir, dependem de uma distribuição de possibilidades que ocorre desigualmente, tanto nas atividades de natureza sexual quanto nas demais. Por isso, prossegue ela, é que algumas pessoas podem consentir e outras não: o consentimento só é livre e autônomo se partir de um sujeito racional e senhor de si mesmo.

Na lei brasileira, a título de exemplo, interações sexuais com menor de 14 anos são criminalizadas sob a figura típica do estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). Considera-se que alguém de tal idade não tem discernimento para a prática do ato. O referido tipo penal também considera vulneráveis as pessoas portadoras de enfermidades que, por uma razão qualquer, não possam oferecer resistência. Assim, a vulnerabilidade aqui é entendida como a redução ou inexistência da capacidade de razão (discernimento) ou de agência (resistir). Isto é, a vítima, por não ser senhora de si e de sua liberdade, se encontra diante de uma assimetria, não sendo capaz de consentir.

Mais questionamentos podem ser feitos se entendemos que o consentimento, para de fato existir, pressupõe a possibilidade oposta, isto é, a da recusa, sem que com isso haja algum tipo de prejuízo ou represália. Assim, Flávia Biroli (2013, p. 136) aponta que, também nesse aspecto, a questão preponderante para a existência de consentimento são as relações de poder, as formas de dominação que desempenham papéis centrais para a produção das escolhas. Contudo, a investigação de tais problemas, seja no âmbito das liberdades políticas, como faz Carole Pateman (1980), seja na esfera da averiguação, no âmbito penal, da ilicitude de uma conduta em relação ao crime de tráfico de pessoas, depende da “desnaturalização do direito de alguns de comandar outros, da desnaturalização da subordinação” (Biroli, 2013, p. 140). É por isso, também, que **a análise do preenchimento dos requisitos para considerar inválido o consentimento depende não apenas da posição social e de formação de preferências do indivíduo que consente, mas também, daquelas da pessoa que interpreta e analisa a validade deste consentimento.**

Para ilustrar a questão: tenha-se que, segundo Carole Pateman (1980, p. 163), Anne Gallagher (2010, p. 28) e Waldimeiry Silva (2021, p. 261), é consenso que a sociedade como

um todo não deve admitir o consentimento de uma pessoa para sua própria escravidão, eis que, para além de ser uma contradição, posto que a escravidão nega a própria liberdade, o consentimento nesse caso extrapolaria o limite do direito penal, que tutela o bem jurídico referido. No tráfico de pessoas com a finalidade de exploração do trabalho (que, neste estudo, consideramos escravidão), o UNODC (2014, p. 76) já teve oportunidade de registrar que os operadores do direito entrevistados na ocasião concordam que não se deveria permitir a exploração abusiva do trabalho de pessoas vulneráveis economicamente, pois isto feriria os princípios da dignidade humana.

Porém, nem todos os casos em que isso acontecesse deveriam ser considerados tráfico de pessoas, posto que, para alguns, a “coerção econômica” não invalidaria o consentimento. Um dos entrevistados, de acordo com o documento, afirmou que a necessidade de escolher entre passar fome e aceitar o trabalho em condições de exploração não invalidaria o consentimento se a fome não fosse causada por quem explora o trabalho. O UNODC, nesse documento, reafirmou a posição de que a afirmação do referido entrevistado não se harmoniza com a visão do Protocolo de Palermo acerca do abuso de vulnerabilidade, pois, para o tratado, a origem da vulnerabilidade não é relevante. Concordamos com a posição do UNODC e trataremos desse ponto mais adiante. Para o momento, este é apenas um exemplo que demonstra como a interpretação da formação da preferência depende não apenas de quem prefere, mas também, dos processos de formação de preferência de quem observa.

Assim, a interpretação da vulnerabilidade pode variar, o que indica a necessidade de previsão expressa em lei de algumas hipóteses para que haja a desejável segurança jurídica na aplicação da lei penal. Porém, anote-se que para o UNODC (2014, p. 75), frequentemente o poder desigual de barganha numa relação de exploração está posicionado de forma central no que se refere à proteção de populações em situação de vulnerabilidade

No Protocolo de Palermo, há a enumeração de meios, que são elemento fundamental da figura típica, de realização do crime. Vários deles, como dito, fazem referência a meios explícitos de coerção, tais como rapto, uso da força e pagamentos feitos a quem tem posição de autoridade sobre a vítima. Outros, embora menos imbuídos de violência manifesta, são também mais observáveis “a olho nu”. São eles ameaça, fraude, engano. Mas o Protocolo

buscou criminalizar também as chamadas formas sutis de coerção. Para isso, elencou como um destes “meios” o abuso de posição de vulnerabilidade.

Muitas vezes, o critério para aferir a presença de resistência, isto é, a ausência de consentimento, é a violência física. Se há ferimento, ou um dano físico qualquer, houve recusa. Isto é, quando da identificação de vítimas de tráfico de pessoas, o *standard* probatório tende a ser a identificação de violência física, muito embora, na realidade dos casos, já se tenha identificado que os meios sutis de coerção são a principal forma de atuação dos traficantes (Brasil; UNODC, 2022, p. 56).

Carole Pateman (1980, p. 157) registrou, ainda nos anos 80, que a opinião corrente dos operadores do direito não era pacífica acerca de uma fraude ou meio insidioso ter o poder de viciar o consentimento. Para ela, ameaças menores, ou mesmo aquelas que realmente instigassem terror, poderiam não ser consideradas, em juízo, como demonstração de coerção.

Nos tempos que correm, a praxe jurídica brasileira demonstra que, muito embora na teoria internacional esse problema já tenha sido superado, ao menos no que concerne ao tráfico de pessoas, na prática o problema persiste. Abordaremos esse ponto a seguir.

O Protocolo de Palermo não define o alcance da expressão “abuso de vulnerabilidade”. Contudo, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, cumprindo seu papel de guardião do Protocolo, tem editado uma miríade de documentos interpretativos que podem iluminar o conceito e a interpretação do instituto.

O documento que traz o registro dos Trabalhos Preparatórios à negociação do Protocolo de Palermo (UNODC, 2008b) traz as primeiras conceituações no que toca ao abuso de posição de vulnerabilidade. A nota estabelece que a referência ao abuso de posição de vulnerabilidade deve ser entendida como referência a qualquer situação na qual a pessoa envolvida não tem nenhuma alternativa real e aceitável a não ser se submeter ao abuso envolvido, contudo, não esclarece o alcance da expressão “alternativa real e aceitável” (UNODC, 2013, p. 18). Por causa disso, a definição é considerada insuficiente, circular e incompleta (UNODC, 2018, p. 7).

Em 2008, a UNODC publicou o artigo temático “*An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*”, no qual reconheceu que os traficantes de

pessoas direcionam suas ações a indivíduos que são pobres, isolados e vulneráveis (UNODC, 2008a, p. 3). O documento também apresenta uma definição mais detalhada de “vulnerabilidade”, descrevendo-a como a condição que surge da maneira como as pessoas vivenciam de forma negativa a interação complexa de fatores sociais, culturais, econômicos, políticos e ambientais que influenciam suas comunidades. A vulnerabilidade, segundo o texto, não deve ser entendida como uma condição fixa da pessoa, mas como um estado que pode variar conforme o contexto e a capacidade do indivíduo de reagir (UNODC, 2008a, p. 69).

Em 2009, a UNODC desenvolveu uma Lei Modelo contra o Tráfico de Pessoas (*Model Law Against Trafficking in Persons*) em resposta a uma solicitação da Assembleia Geral da ONU ao Secretário-Geral, com o objetivo de apoiar e orientar os Estados-membros na implementação do Protocolo de Palermo. A Lei Modelo inclui todas as disposições que os Estados devem ou são recomendados a incorporar em suas legislações nacionais, e **diferencia, ademais, as previsões que são obrigatórias das que são opcionais** (UNODC, 2009, p. 1, grifo nosso). Além de definir o abuso de vulnerabilidade como "tirar vantagem de uma pessoa em situação vulnerável", a Lei Modelo apresenta uma lista de possíveis vulnerabilidades, que abrange circunstâncias tais como migração, gravidez, doenças mentais ou físicas, deficiência, minoridade e precariedade em termos de sobrevivência social. Ela também deixa espaço para outras formas de vulnerabilidade, sugerindo exemplos como o abuso de condições econômicas ou dependência de substâncias (UNODC, 2009, p. 9). A publicação ainda traz exemplos de legislações nacionais de diversos países que atendem aos critérios da Lei Modelo, oferecendo parâmetros de adequação para outros Estados-membros.

Em 2012, a UNODC publicou importante artigo temático sobre o abuso de posição de vulnerabilidade (*Issue Paper: Abuse of a Position of Vulnerability*). Nesse documento, a vulnerabilidade é conceituada como fatores, sejam eles inerentes, ambientais ou contextuais, que aumentam a probabilidade de indivíduos ou grupos serem vítimas de tráfico de pessoas. Como regra, esses fatores se relacionam a violações de direitos humanos, como pobreza, desigualdade, discriminação e violência de gênero, os quais contribuem para criar privações sociais e econômicas que facilitam a ocorrência desse crime (UNODC, 2013, p. 13).

Nesse artigo, a UNODC apontou fontes adicionais onde os intérpretes podem buscar definições, como os indicadores da Organização Internacional do Trabalho para identificar situações de trabalho escravo, uma violação que frequentemente se interconecta ao tráfico de pessoas. Exemplos incluem a ameaça de denúncia às autoridades migratórias, o aproveitamento da condição de uma pessoa com capacidade de compreensão limitada ou a submissão forçada de mulheres à prostituição (UNODC, 2013, p. 23-24). Outra referência mencionada é o documento Regras de Brasília de Acesso à Justiça (*Brasilia Regulations Regarding Access To Justice For Vulnerable People*, 2008), que consideram como vulneráveis pessoas pertencentes a comunidades indígenas ou minorias, indivíduos em situação de deslocamento interno ou migração, e aqueles privados de liberdade, além de deixar margem para inclusão de situações específicas do contexto de cada país (UNODC, 2013, p. 14).

Em 2017, a UNODC publicou o documento Questões Probatórias em Casos de Tráfico de Pessoas, no qual também analisou crimes relacionados, como escravidão, trabalho forçado e servidão involuntária, considerando-os relevantes por surgirem questões probatórias semelhantes em suas instruções processuais. O objetivo do documento é servir como um **guia para a construção de um mosaico de provas** que ajude a desenvolver um caso sólido para a condenação por tráfico de pessoas. O texto destaca que, além das vulnerabilidades já conhecidas, como gênero, outras frequentemente observadas em seus respectivos casos incluem: status migratório, vulnerabilidade socioeconômica, dependência de substâncias, seja preexistente ou induzida pelo traficante, falta de instrução ou desconhecimento do idioma, histórico familiar problemático e vulnerabilidade emocional, especialmente quando a vítima tem envolvimento romântico com seu explorador (UNODC, 2017, p. 77, grifo nosso). O documento também menciona crenças das vítimas que, à primeira vista, podem parecer comprometer sua credibilidade, mas, com uma análise mais profunda, revelam-se fruto de suas formações culturais (UNODC, 2017, p. 104).

O artigo temático A Definição Legal Internacional de Tráfico de Pessoas: Consolidação de Achados de Pesquisa e Reflexão sobre Questões Levantadas (*The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of Research Findings and Reflection on Issues Raised. Issue Paper*), publicado pelo UNODC em 2018, aponta que,

de modo geral, o enfoque probatório por vezes se concentra em demonstrar a vulnerabilidade da vítima, deixando de lado a necessidade de provar que o acusado abusou dessa vulnerabilidade. O UNODC ressalta que, segundo o Protocolo de Palermo, a configuração de abuso de posição de vulnerabilidade exige a presença de dois elementos probatórios: a existência da vulnerabilidade da vítima e a intenção do perpetrador de se aproveitar dessa condição. **Outra reflexão importante é a de que, em países onde a posição de vulnerabilidade não é mencionada nas legislações nacionais, situações que se enquadrariam nesse conceito acabam sendo excluídas do alcance do Poder Judiciário, resultando na ausência de condenações.** O texto cita como exemplo a Nigéria, onde, em casos em que a pessoa parecia ter ciência de que trabalharia na prostituição, o crime de tráfico de pessoas não seria reconhecido (UNODC, 2018, p. 9, grifo nosso). **Este é, como veremos ainda, o caso brasileiro também.**

O artigo temático também traz à tona um ponto importante para uma questão que será vista mais adiante no trabalho: **em muitos casos, as vulnerabilidades das vítimas são mais facilmente reconhecidas em algumas formas de exploração do que em outras.** No entanto, o UNODC alerta que esse reconhecimento não deveria depender do tipo de exploração envolvido. Em vez disso, o foco deve estar na produção de provas que demonstrem a vulnerabilidade e o abuso dessa condição, independentemente da forma de exploração. A mensagem central é clara: **o tipo de exploração contido no propósito do traficante não deve influenciar a análise probatória, não tendo relevância para determinar o reconhecimento do abuso de posição de vulnerabilidade** (UNODC, 2018, p. 29, grifo nosso).

Em 2020, o UNODC publicou o Guia Legislativo para o Protocolo de Palermo (*Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*). O objetivo do guia é servir como uma ferramenta prática para os legisladores dos Estados-membros. Segundo o documento, ele deve ser utilizado em conjunto com outras fontes, como a Lei Modelo (UNODC, 2009) e os artigos temáticos da UNODC, para oferecer uma orientação mais abrangente. Entre as fontes adicionais recomendadas estão a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

Transnacional e o Protocolo das Nações Unidas contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar (UNODC, 2020b, p. 13).

O Guia Legislativo traz observações significativas. Uma delas relembra que o Protocolo de Palermo exige atenção especial para o combate e prevenção do tráfico de mulheres e crianças, mas sem perder de vista que qualquer pessoa pode ser vítima de tráfico, e que todas as formas desse crime devem ser abrangidas pelo Protocolo. Isso implica que uma abordagem moderna e centrada nas vítimas deve considerar as necessidades específicas de cada indivíduo, e que legislações genéricas não são suficientes (UNODC, 2020b, p. 24). **O documento também observa que o termo “outras formas de coerção” deve ser definido pela legislação nacional, abrangendo práticas como chantagem, extorsão e qualquer forma de exigência injusta. O conceito de coerção, de fato, deveria ser amplo e incluir também pressões psicológicas** (UNODC, 2020b, p. 30, grifo nosso).

Outro ponto relevante destacado no Guia Legislativo é a distinção entre "fraude" e "engano". Embora ambos estejam relacionados, não são sinônimos: a fraude é uma forma de engano que priva a vítima de algo, enquanto o engano se refere ao ato de fazer alguém acreditar em algo falso. No contexto do tráfico de pessoas, fraude e engano frequentemente envolvem falsas representações sobre a natureza do trabalho para o qual as vítimas são recrutadas (UNODC, 2020b, p. 31).

O Guia Legislativo também dedica uma análise aprofundada ao abuso de posição de vulnerabilidade, reunindo conceitos de documentos anteriores e afirmando que, em alguns casos, a vulnerabilidade é utilizada como um complemento a outros meios de exploração. O documento observa que algumas pessoas são mais suscetíveis à exploração do que outras, sendo enganadas em situações nas quais pessoas menos vulneráveis não seriam. **Além disso, destaca-se a importância de considerar situações em que a vítima não se percebe como vulnerável, o que não elimina sua necessidade de proteção** (UNODC, 2020b, p. 32, grifo nosso).

Outros documentos da UNODC indicam que a população LGBTQIA+, crianças e adolescentes desacompanhados (UNODC; TRACK4TIP, 2020, p. 31) e pessoas em estado de necessidade (BRASIL; UNODC, 2021, p. 58) também estão entre os grupos mais vulneráveis ao tráfico de pessoas. Imigrantes e trabalhadores em empregos extremamente

flexíveis também se encontram suscetíveis a essa exploração (Baeninger, 2021, p. 266). Além disso, pessoas forçadas a participar de esquemas criminosos online geralmente são vítimas de tráfico, em muitos casos imigrantes, entre os quais já foram identificados cidadãos brasileiros (OHCHR, 2023, p. 5-6).

A característica mais marcante do abuso de vulnerabilidade é a multiplicidade de formas que essa condição pode assumir. **Embora seja difícil identificar todas as manifestações possíveis de vulnerabilidade, documentos como a Lei Modelo (UNODC, 2009) e o Guia Legislativo (UNODC, 2020b) do UNODC oferecem uma visão clara de grupos frequentemente citados como suscetíveis ao tráfico. Esses documentos deveriam servir como referência mínima para os Estados-membros ao interpretarem o Protocolo de Palermo e formularem suas legislações nacionais.**

Durante as negociações para a criação do Protocolo de Palermo, os Estados-membros expressaram preocupação de que o consentimento da vítima pudesse ser usado como principal argumento defensivo pelos acusados, especialmente em casos onde as vítimas concordassem com algum aspecto do crime, como migrar para trabalhar ou exercer a prostituição. **O Protocolo, portanto, em resposta a essa inquietação, criminaliza as formas mais sutis de coerção**, muitas vezes disfarçadas sob uma aparência de consentimento, utilizando a expressão "abuso de vulnerabilidade" para abordar essas situações (UNODC, 2014, p. 6, grifo nosso).

Apesar de o Protocolo deixar claro que o consentimento é irrelevante nos casos de vítimas menores de idade, ou de vítimas adultas quando há o uso de "meios" de coerção, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime observou que muitos Estados enfrentam dificuldades para aplicar o verdadeiro significado de consentimento no contexto do tráfico de pessoas. Em muitos casos, a relevância dada ao consentimento depende do "meio" empregado para cometer o crime, e da forma como esses meios são previstos e aplicados na legislação doméstica.

Embora a invalidação do consentimento obtido por meio de violência explícita seja amplamente reconhecida, surgem maiores dificuldades em casos em que a coerção é sutil. Ocorrem problemas interpretativos quando a manipulação ou a coerção não são

imediatamente visíveis, levantando dúvidas sobre a configuração do crime de tráfico de pessoas ou de outro delito (UNODC, 2018).

Falar sobre a dificuldade produção de provas em casos de tráfico de pessoas é quase uma platitude. Sabe-se dos impasses que ocorrem na demonstração de várias circunstâncias relativas aos chamados "meios sutis de coerção", essenciais para a compreensão moderna desses casos. Exemplo emblemático, extraído de uma compilação de casos realizada pela UNODC em 2017, revela que o "modelo de negócios" dos traficantes modernos tende a evitar os altos custos, inclusive financeiros, da violência armada ou explícita. Em vez disso, eles optam por meios mais capciosos. Em caso ocorrido na Austrália, as vítimas não eram mantidas presas, mas viviam sob o peso de um medo, constantemente alimentado pelo acusado, de que seriam deportadas caso deixassem o local de exploração, já que estavam em situação irregular de imigração.

Em outro caso, as vítimas eram submetidas a ameaças de natureza religiosa, como o “juramento de juju”, que envolvia uso de maldições (UNODC, 2017, p. 65-66). Diversos tipos de ameaças sutis foram registrados, todos com o objetivo de enfraquecer a resistência das vítimas, incluindo promessas de prejuízo financeiro, humilhação, deportação e, em alguns casos, o uso de poderes sobrenaturais (UNODC, 2017, p. 61, grifo nosso).

Por vezes, coerções sutis e explícitas são utilizadas alternadamente, causando efeitos psicológicos que conduzem, de forma sedutora, a vítima a estados de restrição. Consabidamente, isto acontece em situações em que o agente simula relacionamento afetivo cuja única finalidade é a exploração da vítima, situação que se convencionou chamar de “loverboy”.

Sob qualquer prisma, é necessário reconhecer: o abuso de posição de vulnerabilidade é alicerce para uma compreensão séria do tráfico de pessoas (UNODC, 2013, p. 13), pois pode ser encontrado na maioria, senão na totalidade, de casos desse crime (UNODC, 2013, p. 3).

Como já assinalamos, o Protocolo arrola o “abuso de situação de vulnerabilidade” (no original, “*abuse of a position of vulnerability*”) como um dos meios de cometimento do crime de tráfico de pessoas, em conjunto com a prática da “ação” (que pode ser através de diversos verbos nucleares) e com a “finalidade de exploração”.

Entretanto, o tipo penal descrito na Lei Nº 13.344 deixou de prever expressamente a “posição de vulnerabilidade”, mantendo apenas a palavra abuso. Deixou-se, assim, de forma aberta, a cargo do intérprete a tarefa de dizer que abuso seria esse.

Ademais, a Lei Modelo Contra Tráfico de Pessoas (*Model Law Against Trafficking in Persons*), documento interpretativo que precede a edição da Lei Nº 13.344/16, estabelece que é mandatória a previsão do elemento “meios” para a consecução do crime, inclusive, as expressões “outras formas de coerção” e “abuso de posição de vulnerabilidade” (UNODC, 2009, p. 24)

Deixou o legislador interno de considerar a obrigatoriedade da inclusão de todos os meios de cometimento do crime. Porém, optou por incluir na lei causas de aumento de pena, de aderência facultativa (UNODC, 2009, p. 31). Destaque-se que algumas dessas causas de aumento indicam possíveis vulnerabilidades, como menoridade, idade avançada ou deficiência (art. 149-A, §1º, II, “b”). Contudo, nenhuma delas poderá ser aplicada se não ficar estabelecido o cometimento do delito em primeiro lugar. O abuso de vulnerabilidade é meio de cometimento do crime.

Como era de se esperar, as lacunas constantes da tipificação brasileira provocaram a ausência de elaboração, na doutrina penal, do conceito de abuso de posição de vulnerabilidade. Exemplo dessa constatação pode ser encontrado perlustrando-se o livro de Cezar Bitencourt (2023, p. 1.618). Para ele, a expressão “abuso” é sinônimo de “fraude”, caracterizando uma redundância na redação do tipo. Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2017), em seu livro sobre a Lei 13.344/2016, não aludem ao abuso. Rogério Greco (2021, p. 474) compreende o abuso como o “uso excessivo, ao desmando de alguém que tem algum poder sobre a vítima, a exemplo do que ocorre com os pais, tutores, curadores, etc.”, seja em seu Curso de Direito Penal seja no seu Código Penal Comentado (Greco 2022, p. 405). Consigne-se que Luiz Regis Prado (2019, p. 1.016) refere, de forma correta, conquanto breve, o abuso de vulnerabilidade, que ele conceitua como “aproveitamento de uma condição de especial vulnerabilidade da vítima (condição socioeconômica, desestruturação familiar, vício em drogas etc.)”. Contudo, nota-se que tal definição não está firmemente enraizada na doutrina.

Certamente, este é o fato causador daquilo que o UNODC (Brasil; UNODC, 2021, p. 32) registra, no sentido de que a percepção do sistema de justiça acerca do consentimento é que este “desconfigura o tráfico de pessoas, afinal, a vítima teria concordado com a exploração”. E, de fato, há poucas chances disso mudar, posto que a lei interna não traz uma fundamental, possivelmente a mais relevante (UNODC, 2014, p. 83), forma de viciar o consentimento que é utilizada pelos agentes criminosos.

Assim sendo, merece exame a norma brasileira, que exclui esse importante meio de realização do crime, tendo em vista a necessidade de sua harmonia com as obrigações assumidas quando da ratificação.

2.6 Conclusão parcial: incompletude da legislação nacional

Observa-se que a legislação brasileira não reproduziu fielmente os sentidos dados ao consentimento do ofendido pelo Protocolo de Palermo, o que, de certa forma, não surpreende, tendo em vista a ausência de sistematização no Direito Penal brasileiro sobre o próprio instituto, que não consta de nosso direito positivo.

Da teoria examinada, podemos chegar a algumas conclusões. A primeira delas é que, no que se refere à tipicidade, o consentimento só pode afastá-la quando não haja uso dos meios elencados na norma, pois vigora uma presunção absoluta de que os meios em comento viciam o consentimento. No caso de menores de 18 anos, a ação é típica (no Protocolo de Palermo) independente do uso de meios, o que não foi reproduzido na norma nacional.

No âmbito da antijuridicidade, infere-se que o consentimento do ofendido é ineficaz, como causa de justificação, nos casos de tráfico de pessoas, eis que, nas hipóteses que, por típicas, efetivamente se subsumem ao delito, não pode haver anuência: não há perfazimento das condições requeridas pelo instituto, tais como disponibilidade do bem jurídico tutelado e, no caso de menores de 18 anos, capacidade da vítima para anuir.

Em uma frase, o consentimento dado sem que o agente faça uso de meios pode tornar o fato atípico, mas, se houver uso de meios ou a vítima for menor, o fato permanece típico. De outra banda, o consentimento nunca poderá atuar externamente como causa de justificação, tendo em vista que, em relação a menores, não há capacidade de consentir, e

mesmo que houvesse, como ocorre com as vítimas adultas, o bem jurídico tutelado é indisponível.

Luiz Regis Prado (2019, p. 1.008), que considera que, além da liberdade, o tipo tutela também — assim como o art. 149, que criminaliza a redução à condição análoga à de escravo — a dignidade da pessoa humana, entende que o bem jurídico protegido pelos referidos tipos não é disponível. Para o autor, o estado de liberdade também integra a personalidade humana e o Direito não admite sua completa alienação. Concordamos com esta posição, lembrando ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos proíbe a escravidão e o tráfico de mulheres no seu Artigo 6. Esta é a linha de intelecção defendida também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme apreendido do texto da decisão do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (Brasil, 2016).

O Decreto Nº 5.017/2004, que promulgou o Protocolo de Palermo no Brasil, determinou que o tratado deveria ser executado e cumprido fielmente, “tão inteiramente como nele se contém”. Todavia, não é isso que se observa do exame minucioso da Lei Nº 13.344 no tocante à figura típica que criminaliza o tráfico de pessoas.

Julia Barreto e Inês Soares (2021, p. 194) apontam que a nova legislação foi recebida como um progresso. De fato, a norma tem méritos, que devem ser reconhecidos, tendo-se em vista que tipificou mais formas de tráfico de pessoas, ao contrário da legislação anterior que somente previa a exploração sexual. Contudo, o Art. 149-A não repetiu de forma fidedigna as disposições do tratado referentes ao consentimento, deixando de prever, de forma clara, sua irrelevância quando hajam sido usados os “meios” elencados, o que poderia pôr fim às discussões sobre em que situações o consentimento do ofendido pode excluir a tipicidade do fato. Ademais, o dispositivo em comento deixou de prever a absoluta irrelevância do consentimento de menores de 18 anos em qualquer caso e também, o “engano” e o “abuso de posição de vulnerabilidade” como formas de vício de consentimento, afastando-se assim da interpretação dada pelo direito internacional (*hard law* e *soft law*) ao instituto.

O silêncio da Lei nº 13.344, aliado à falta de regulamentação clara sobre consentimento na esfera penal geral da legislação doméstica, enseja indesejáveis divergências e omissões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da interpretação do crime, gerando insegurança jurídica e espaço para distorções na forma como os Tribunais brasileiros

interpretam a validade do consentimento, permitindo afastamentos inaceitáveis das finalidades do Protocolo de Palermo, a exemplo de consentimento válido dado por menores de 18 anos.²

Da contrariedade à norma internacional representada pela ausência de previsão explícita, que espelha verdadeiro **silêncio eloquente**, bem como ausência de previsão de alguns dos meios indiretos de coação utilizados para o cometimento do crime, o que se constata é que o legislador interno pretendeu reputar relevante o consentimento da vítima, retirando do alcance da justiça as práticas que estejam amparadas por esse manto da anuência.

Importante frisar que, para a Corte Interamericana, os Estados têm obrigação de realizar investigações efetivas, tipificando criminalmente as figuras que se enquadram em escravidão ou situações análogas; atribuindo a tais tipos punições severas. É dizer, os países devem adotar medidas integrais para demonstrar a devida diligência em tais hipóteses, por força de normas imperativas de Direito Internacional, e também pela imensa gravidade e intensidade de violação de direitos de que tais casos se revestem (CIDH, 2016, p. 83).

Para o UNODC (Brasil; UNODC, 2022, p. 32), deve-se considerar que o mero uso dos meios elencados na lei viciam a vontade da vítima do tráfico, eis que sua simples utilização basta para anular a possibilidade de um consentimento livre e informado. É, assim, uma presunção de natureza absoluta. Porém, o próprio órgão reconhece que a interpretação dada pelo sistema de justiça não tem caminhado nesse sentido, percebendo o consentimento como descaracterizador do crime.

Waldimeiry Silva (2021, p. 260) assinala que a omissão da lei nesse ponto causa um efeito negativo no que toca a uma repressão do crime consistente com a devida proteção da vítima, e que nesse assunto deveriam prevalecer as disposições do Decreto 5.017, que reproduz mais fielmente o Protocolo. Para a autora, o bem jurídico protegido não diz respeito apenas à vítima individualmente, mas à sociedade como um todo.

Em alguns casos, as vítimas de tráfico, ainda que resgatadas, podem retornar voluntariamente para a situação de exploração. Há várias razões pelas quais isso pode

² Vide, por exemplo, Acórdão da APELAÇÃO CRIMINAL No 5000721-81.2016.4.04.7007/PR, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Brasil, 2021c).

ocorrer, entre elas, manipulação psicológica ou emocional por parte do perpetrador do crime. Assim, a visão da própria vítima sobre os fatos é relevante, mas não deve ser a questão de maior importância ao se aferir o delito, devendo o operador do direito concentrar-se em reunir provas robustas dos atos, dos meios e do propósito de exploração, estabelecendo primazia para as ações e intenções do acusado (UNODC, 2018, p. 28).

As circunstâncias autorizam concluir, portanto, que o Brasil não criminaliza o tráfico de pessoas sequer de acordo com os requisitos mínimos estabelecidos pelo Protocolo de Palermo, e este diploma não foi isento de críticas pelos *experts* no tema, conforme vimos em momento anterior.

O tratado, é bem verdade, faz algumas referências à extensão permitida pelos ordenamentos internos. Contudo, não no que toca à tipificação do crime, mas em outros aspectos. Ademais, a interpretação correta dessas disposições não é submeter o tratado às legislações internas, mas adaptar a linguagem da lei doméstica ao espírito do Protocolo (UNODC, 2020b, p. 12). E a obrigação de criminalizar o tráfico de pessoas somente pode ser considerada adequadamente cumprida se satisfizer a definição contida no Artigo 3 do tratado, devendo os Estados reformular suas normas que divergem do padrão internacional (UNODC, 2020b, p 21).

Para Anne Gallagher (2010, p. 374), todas as principais características definidoras do tráfico de pessoas devem ser incluídas a fim de que a obrigação de criminalizar possa ser considerada satisfeita. Uma lei que não distingue o tráfico de crianças e adultos, exemplifica ela, não atende ao padrão internacional. Este é o caso, como vimos, da Lei Nº 13.344. Apesar desta norma interna elencar como um de seus princípios a proteção integral da criança e do adolescente, o legislador também silenciou acerca da irrelevância do consentimento dado por crianças e adolescentes.

O desacerto na legislação doméstica, neste caso, se mostra grave, já que, quanto às vítimas crianças e adolescentes, o tratado não exige sequer o uso dos “meios”, tratando-se de uma presunção *juris et de jure* de impossibilidade de consentimento.

Isto ocorre porque o direito internacional como um todo distingue o tráfico de crianças e adultos. Saliente-se que a Corte Interamericana entende que as crianças contam com medidas especiais de proteção, havendo a obrigação, por parte dos Estados, de observar

essa proteção maior, e que tal salvaguarda estende seus efeitos na interpretação de todos os demais direitos no que se refere a casos que envolvam pessoas menores de dezoito anos (CIDH, 2016, p. 85). Deve ser levada em consideração a necessidade de propiciar o desenvolvimento adequado e saudável das crianças, com oportunidades para o desenvolvimento pleno de seus potenciais, de acordo com a doutrina da proteção integral (Peterke; Farias, 2020, p. 314).

As crianças e adolescentes, por sua particular condição de pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e social, sofrem maior dano e são mais vulneráveis à exploração perpetrada pelo tráfico. Assim, o Poder Público, aplicando o princípio do melhor interesse da criança, estatuído aliás em legislação doméstica que em muito precede a Lei Nº 13.344 (Constituição Federal, art. 227 e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 3º), deve conferir primazia à proteção das crianças, cujos direitos especiais devem ser garantidos.

Outros princípios gerais foram estabelecidos pelo Guia Legislativo da UNODC (2020b, p. 27), que afirma que a interpretação dada ao crime de tráfico de pessoas pelas legislações dos Estados-Parte deve ser feita em absoluta consonância com aquela preconizada pela norma internacional.

Para o UNODC (2014, p. 80), desconsiderar completamente o consentimento da vítima pode até, em alguns casos, prejudicar a distinção entre tráfico e outros crimes, tais como contrabando de migrantes, contudo, a atitude oposta, que interpreta de forma restritiva os meios (no caso, o abuso de vulnerabilidade) obstaculiza gravemente a possibilidade de levar os ofensores à justiça.

Anne Gallagher (2010, p. 371) também entende que a criminalização é considerada parte crucial, básica, da resposta dos países ao tráfico de pessoas. Sem isso, não há forma de acabar com a impunidade dos agentes criminosos e trazer justiça às vítimas. A criminalização em desacordo com a definição do Protocolo afeta diversas outras obrigações ratificadas, como, por exemplo, cooperar com outros países para o devido processo de seus nacionais quando são agentes desse crime.

Waldimeiry Silva (2021, p. 260) acrescenta que não se deve permitir que a lei brasileira acerca do tráfico de pessoas confira ao bem jurídico protegido menor valor do que a norma internacional, pois isto caracterizaria uma postura estatal de redução da proteção dos

direitos humanos. De acordo com esta autora, ao não reproduzir a configuração flexível dada ao Protocolo para a figura do consentimento e as múltiplas formas em que ele pode ser manifestado em circunstâncias de vulnerabilidade, o tipo penal brasileiro não atende à proteção das vítimas.

Do que se vê, portanto, a norma brasileira, para ser interpretada de forma livre de instabilidades, e harmoniosamente com a obrigação ratificada, deve ser objeto de controle de convencionalidade, a fim de fazer jus ao padrão mínimo observado na Lei Modelo (UNODC, 2009) e nos demais documentos de *soft law* que exibem o sentido dado ao Protocolo pelo direito internacional.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como vimos em momento anterior, pode acontecer de uma lei causar violação de direitos humanos, ou o descumprimento, por uma norma, de obrigação de proteção de direitos humanos prevista em tratado internacional. Isso ocorre comumente com leis penais (Peterke, 2009, p. p 172). As pessoas não podem ser submetidas a leis que, diretamente ou não, violam direitos humanos, de forma que é preciso exercer, sobre elas, o controle de convencionalidade.

O termo controle de convencionalidade foi criado para designar a análise da compatibilidade entre as normas do direito interno de um país com os tratados internacionais em vigor naquele Estado. Trata-se de uma técnica judicial, que pode ser aplicada tanto por magistrados nacionais quanto internacionais (Mazzuoli, 2018, local. 400), e que se encontra em fase de expansão de seu reconhecimento e aplicabilidade.

Esse procedimento guarda muitas semelhanças com o controle de constitucionalidade, partindo do pressuposto de prevalência de uma ordem normativa de hierarquia superior sobre a legislação ordinária. Porém, por fazer referência a normas de direito internacional, o controle de convencionalidade é um recurso de importância crítica para a concretização de direitos humanos (Justiniano, 2023, p. 149).

Os documentos de direito internacional servem como paradigma tanto da elaboração das leis domésticas, como da aplicação do direito já vigente (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 34), em um procedimento fundamentado, em âmbito interno, na cláusula de abertura democrática constante do § 2º, do art. 5º, da Constituição de 1988, que contém a determinação de que os direitos e garantias constitucionais não excluem aqueles oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A cláusula de abertura democrática manifesta, assim, a promessa do Estado brasileiro de respeitar os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, em especial, aqueles que expressam direitos e garantias, como é o caso dos tratados de direitos humanos. Esse acolhimento viabiliza intercâmbios intelectuais entre as jurisdições internas e externas, em um processo de **fertilização cruzada** (Ramos, 2019, grifo nosso) cujo impacto é inovador.

Se a Constituição Federal demonstra receptividade à análise dessa compatibilidade, no âmbito internacional ela é uma imposição do sistema interamericano de direitos humanos (Mazzuoli, 2018, local. 407). A Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no Brasil desde novembro de 1992, estatui que seus signatários têm o dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, devendo adotar medidas legislativas e também outras, de natureza diversa, que se façam necessárias para efetivar tais direitos e liberdades, conforme disposto nos seus artigos 1º e 2º.

Portanto, o direito brasileiro deve ser analisado à luz do que ditam os tratados de direitos humanos em vigor no país, bem assim como da interpretação que deles fizer a Corte Interamericana (Mazzuoli, 2018, local. 412). O magistrado é incumbido dessa tarefa, e deve agir de ofício para seu cumprimento, dando-lhe tratamento de ordem pública, isto é, fazendo sua análise antes da apreciação do mérito (Mazzuoli, 2018, local. 533).

Valério Mazzuoli (2018, local. 416) expõe que, muito embora o controle de convencionalidade seja uma obrigação precipuamente da magistratura, o Legislativo e o Executivo igualmente devem acatar as disposições internacionais de direitos humanos às quais o Brasil se obrigou. Para o autor, o magistrado tem o dever de conhecer, ademais, qual a norma mais benéfica aplicável ao caso (se nacional ou internacional) e qual é a interpretação dada ao assunto pela Corte Interamericana (Mazzuoli, 2018, local. 537). É vedado ao Poder Judiciário deixar de aplicar tratado internacional de proteção a direitos humanos sob argumento de não conhecer seu teor e interpretação, pois seu domínio não é facultativo, mas uma obrigação.

Para Jeibson Justiniano (2023, p. 156), a interação entre os tratados internacionais e a ordem jurídica interna é uma das mais complexas questões da teoria constitucional, pois o paradigma da supremacia absoluta da constituição no ordenamento vai de encontro a uma crescente internacionalização do direito, em especial aquele relativo a direitos humanos. O autor entende que os direitos fundamentais não têm garantia de eficácia suficiente apenas no controle de constitucionalidade, sendo necessária, para dar-lhes efetividade, uma postura pluralista, aberta às normas internacionais.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não é mais a única norma paramétrica para aferir a validade da legislação infraconstitucional, especialmente quando se considera o

momento de retrocesso legislativo nos direitos sociais vivido no país nos tempos correntes. A abertura aos sistemas internacionais confere uma camada extra de salvaguarda, que pode ser ativada em momentos de declínio na afirmação ou proteção de direitos na ordem interna (Justiniano, 2023, p. 169).

Em síntese, enquanto o controle de constitucionalidade busca comparar a lei nacional à constituição, o controle de convencionalidade abrange as obrigações internacionais quanto aos tratados de direitos humanos. Surge, então, a necessidade de realizar um duplo controle de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais: em relação à Constituição Federal e também aos tratados (Justiniano, 2023, p. 212).

Não sendo mais a Constituição o único parâmetro de validade, pode ocorrer de uma norma infraconstitucional ser constitucional, mas inconvenção. Jeibson Justiniano (2023, p. 156) nos fala da fundamental necessidade de distinguir entre norma vigente e norma válida para compreender as camadas presentes no controle de convencionalidade: enquanto a vigência se refere à existência da norma no ordenamento, a validade da norma diz respeito à sua “compatibilidade com princípios axiológicos e normas fundamentais, como os direitos humanos”. Diante disso, os julgadores devem desenvolver a capacidade de produzir interpretações que considerem o direito internacional ao dar aplicação ao direito interno.

3.1. Desenvolvimento do instituto na jurisprudência internacional

Embora alguns autores entendam que o controle difuso, isto é, realizado por juízes de primeira instância no exercício de suas atribuições, de convencionalidade não tem previsão explícita na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Justiniano, 2023, p. 181), é possível afirmar que a CADH assenta fundamentos normativos para o controle de convencionalidade nos seus artigos 1º e 2º, que estabelecem a obrigação dos Estados-Parte de respeitar as liberdades e direitos previstos na Convenção e de adotar disposições de direito interno compatíveis. O artigo 29 determina que a CADH não pode ser interpretada no sentido de limitar o exercício de direitos.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, também ratificada pelo Brasil e promulgada em 2009 pelo Decreto Nº 7.030, por sua vez, prescreve que os tratados devem

ser cumpridos de boa fé, e que o Estado não pode invocar seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, conforme artigos 26 e 27.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da CADH, consolidou sua jurisprudência no sentido da necessidade da compatibilização da ordem interna dos Estados-Parte com a Convenção Americana. Caio Paiva e Thimotie Heeman (2020, p. 181-182) asseveram que o controle de convencionalidade teve seu surgimento na jurisprudência desta Corte, e apontam o desenrolar de três etapas para o surgimento daquilo que denominam “doutrina ou teoria do controle de convencionalidade”.

A primeira etapa consiste em aproximações desse conceito, existentes em votos tais como o de Cançado Trindade no Caso *La Última Tentación de Cristo* (CIDH, 2001). Neste voto concorrente, o juiz afirmou com clareza que a mera existência de uma norma de direito interno desconforme com a Convenção Americana legitima as vítimas a requerer a adequação do direito doméstico, sem que seja sequer necessária a ocorrência de um dano adicional proveniente da aplicação da norma (CIDH, 2001, §7). Em outro exemplo, no Caso *Gómez Palomino vs. Perú* (CIDH, 2005), a Corte Interamericana voltou a afirmar que os Estados têm o dever de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana, devendo suprimir normas e práticas de qualquer natureza que ocasionem violação de garantias da Convenção. Para isso, as medidas de direito interno devem ser efetivas, capazes de dar efeito útil aos deveres de proteção. Naquela ocasião, efetividade significou, para a Corte, a criminalização de uma conduta (desaparecimento forçado), a qual deveria ser feita de acordo com parâmetros presentes na Convenção (CIDH, 2005, §91 e §96).

A segunda etapa, de acordo com Caio Paiva e Thimotie Heeman (2020), teve início quando do julgamento do Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (CIDH, 2006a), no qual, pela primeira vez, foi citado o termo “controle de convencionalidade”. Na ocasião, a Corte Interamericana destacou a inabilidade do Poder Legislativo doméstico chileno de suprimir leis contrárias à Convenção Americana.

O marco decisório mais importante acerca do controle de convencionalidade, portanto, foi o caso *Almonacid Arellano*, que inaugurou formalmente esse conceito na jurisprudência da Corte Interamericana, ficando estabelecido neste precedente que o Poder Judiciário, ao exercer tal controle, deve levar em consideração não apenas o tratado

internacional analisado, mas também a interpretação que a CIDH faz dele (CIDH, 2006a, §124, p. 52), como um dever judicial de ordem pública (Paiva; Heeman, 2020, p. 182). Isto porque, embora reconheça que o Poder Judiciário interno está sujeito ao império da lei, devendo aplicar as disposições do direito doméstico, a Corte Interamericana entende que os juízes fazem parte do aparato de justiça do Estado, que está submetido à Convenção Americana e tem obrigação de dar cumprimento a suas disposições.

Portanto, a partir do referido julgamento, a Corte Interamericana adotou de forma clara o entendimento de que os Estados signatários da Convenção Americana que hajam reconhecido sua jurisdição contenciosa devem alinhar todos os seus atos, judiciais ou de outra natureza, às disposições da CADH.

A terceira etapa corresponde aos desenvolvimentos, em decisões posteriores, da concepção de controle de convencionalidade, definindo-se mais precisamente seu conteúdo e alcance.

Entre os desdobramentos mais significativos, destaca-se o caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros v. Peru), de 2006, no qual a Corte Interamericana estabeleceu a necessidade de que os órgãos do judiciário realizem não apenas controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade de ofício, pois, como destacou Cançado Trindade em seu voto (CIDH, 2006b, §3), os ordenamentos nacional e internacional estão em constante interação no que se refere à proteção da pessoa humana.

No caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CIDH, 2010a), a interpretação da Corte Interamericana ampliou sobremaneira os contornos do controle de convencionalidade, ao estabelecer que deve ser realizado por todos os juízes e órgãos da administração de justiça, em todos os níveis. Isto é, além do Poder Judiciário, devem também os outros órgãos do Estado — a exemplo da Defensoria Pública, da Polícia e do Ministério Público — controlar a convencionalidade dos atos e normas emanados do aparelho estatal. Tal instituto jurídico, portanto, passou a ser um dever do Estado como um todo, e não apenas do aparato de justiça (Mazzuoli; Oliveira, 2022, p. 43).

Outra consequência importante é que a partir desse ponto, a Corte Interamericana inaugurou a possibilidade do **controle de convencionalidade difuso**, outorgando assim

papel relevante a todos os magistrados como juízes panamericanos (Franco; Peterke, 2018, p. 69, grifo nosso).

O controle de convencionalidade difuso foi minuciosamente abordado pelo voto concordante do juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, que expôs a intenção da CIDH de direcionar a doutrina do controle de convencionalidade a todos os juízes nacionais (CIDH, 2010a, §33). O mesmo voto expõe que o parâmetro do controle difuso de convencionalidade não compreende apenas a Convenção Americana, mas também outros instrumentos integrados ao *corpus juris* interamericano por parte da jurisprudência da Corte, formando autêntico bloco de convencionalidade (CIDH, 2010a, §50), devendo o juiz aplicar a jurisprudência da CIDH inclusive relativa aos casos em que o seu Estado não seja parte (CIDH, 2010a, §51), com o objetivo de estabelecer um *ius constitutionale commune* nas Américas (CIDH, 2010a, §88). Além disso, os Estados devem observar também os pareceres consultivos da Corte Interamericana.

Em 2010, a CIDH apreciou a diferença entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (CIDH, 2010b). Neste precedente, a Corte condenou o Estado Brasileiro pela decisão do Supremo Tribunal Federal que, deixando de exercer o devido controle de convencionalidade das normas internas, confirmou a validade da Lei de Anistia quanto à Constituição, sem contudo considerar sua validade quanto às obrigações internacionais do Brasil.

No Caso Gelman vs. Uruguay (CIDH, 2011, §193), a Corte estabeleceu na sua sentença a obrigação de todos os órgãos do Estado, incluídos os juízes, de realização do controle de convencionalidade de ofício.

Em 2014, no julgamento do caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (CIDH, 2014), ficou decidido pela CIDH também a inexistência de um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade, sendo o mais importante a efetiva compatibilização material do direito interno no âmbito de toda e qualquer atribuição institucional dos órgãos do Estado, “em todos os seus níveis e a qualquer tempo” (Mazzuoli; Oliveira, 2022, p. 153).

Como se vê, trata-se de denso construto jurisprudencial, já consolidado no âmbito do sistema interamericano. Assim, o controle de convencionalidade — não apenas das leis, mas

de todos os atos emanados dos Estados submetidos à jurisdição da Corte Interamericana — é critério hermenêutico essencial no manejo jurídico dos direitos humanos nas Américas.

Caso o controle não seja realizado no âmbito interno, pode o Estado, após esgotamento dos recursos internos, ser submetido, por outros Estados ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Brasil, 1992, art. 61) a processo internacional perante a Corte Interamericana, que realiza referida compatibilização de forma subsidiária e complementar, podendo determinar ao Estado que ajuste seu ordenamento jurídico doméstico. A decisão da Corte Interamericana é inapelável e vinculante para o Estado a que se dirigiu, conforme determinado pelo artigo 68, item I da Convenção Americana.

Tal possibilidade coloca em relevo as tensões existentes entre a soberania nacional e as normas de direito internacional (Justiniano, 2023, p. 180). Isto porque a Corte Interamericana não se limita a controlar a convencionalidade da legislação infraconstitucional e, em ocasiões, já declarou a inconvenção inclusive de normas constitucionais dos Estados-Parte, como ocorreu, por exemplo no caso *La Última Tentación de Cristo* (CIDH, 2001), em que se discutia a censura prévia.

A atuação da Corte Interamericana quanto ao controle de convencionalidade não encontra similitude no sistema europeu. Na Corte Europeia de Direitos Humanos, vigora a doutrina da “margem de apreciação nacional”. De acordo com essa ideia, as questões mais polêmicas acerca das resistências que algum Estado faz aos direitos protegidos deveriam ser resolvidas pelas próprias comunidades, não devendo o juízo internacional se pronunciar sobre elas. Trata-se de uma abstenção do controle internacional, que ocorre na falta de conformidade de interpretação dentre os países acerca do conteúdo normativo de um direito (Ramos, 2019, p. 144).

Assim, esta Corte atua com menor veemência ao cobrar do sistema interno o cumprimento de suas decisões. Fernanda Franco e Sven Peterke (2018, p. 70) expõem que o formato de controle do sistema interamericano inova ao conferir aos juízes nacionais competência quanto ao direito convencional. Para eles, uma possibilidade de explicação para tal diferença seria a inexistência de equivalente, na Convenção Europeia, do dispositivo da Convenção Americana que dispõe sobre o dever de adequar o direito nacional às disposições convencionais (Franco; Peterke, 2018, p. 71).

Uma outra possível explicação adviria do fato de que as cortes nacionais parecem aceitar mais facilmente a autoridade das decisões da Corte Europeia, o que decididamente não ocorre na América Latina, sendo marcante a rejeição dos órgãos de Estado às disposições da Corte Interamericana (Franco; Peterke, 2018) – o que, no caso brasileiro, ficou muito evidente no julgamento do Caso Gomes Lund vs. Brasil (CIDH, 2010b). Este pode ser um motivo importante para a intensidade com que a Corte Interamericana se posiciona sobre os ordenamentos internos. Os autores (Franco; Peterke, 2018, p. 75) também sugerem que a resistência ao sistema interamericano pode resultar da inexistência, nas constituições nacionais, de obrigação explícita de acatamento convencional, direcionada ao Poder Judiciário. Porém, não obstante todas as oposições, não pode restar qualquer dúvida de que os Estados signatários da Convenção Americana — caso do Brasil — permanecem, por suas próprias decisões soberanas, compelidos a honrar de boa-fé as obrigações assumidas no âmbito do direito internacional.

3.2 Quanto à forma

No cenário brasileiro, atualmente existem dois sistemas de controle de normas: o controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, e o controle difuso, passível de ser exercido por qualquer juiz dentro de sua competência.

O controle concentrado tem um âmbito restrito de aplicação ao direito convencional. Isto porque, na sistemática brasileira de interação com o direito internacional, apenas os tratados aprovados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal possuem status de norma constitucional. A Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou tal dispositivo à Constituição, estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados no procedimento ali previsto (três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos) terão status de emenda constitucional. Portanto, não obstante a crítica de certa parte da doutrina, que entende que todos os tratados de direitos humanos deveriam ser considerados materialmente constitucionais (Mazzuoli, 2018), apenas a aprovação por essa maioria qualificada pode

conferir dignidade constitucional a norma internacional sobre direitos humanos, tornando-a paradigma de controle concentrado de convencionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, apenas quatro tratados podem ser objeto de controle concentrado: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; o Protocolo Facultativo dessa mesma Convenção; o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto nº 9.522/2018); e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022).

Já o controle difuso tem muito maior abrangência, tendo em vista que permite que os juízes de primeira instância exerçam jurisdição convencional no seu cotidiano. Jeibson Justiniano (2023, p. 157) vê de forma positiva o instituto, entendendo que traz dinamismo ao sistema e torna mais efetiva a aplicação dos tratados.

Se o controle concentrado analisa a norma em abstrato, o controle difuso de convencionalidade ocorre de forma incidental, aplicada a um caso concreto em discussão no Poder Judiciário. Na modalidade difusa, a inconvencionalidade é declarada apenas entre as partes, deixando a norma de ser aplicada naquela hipótese, diferentemente do controle concentrado em que a decisão proferida pelo STF tem efeitos *erga omnes* (Justiniano, 2023, p. 39).

3.3 Quanto à origem

O controle de convencionalidade pode ser exercido de duas maneiras distintas, quanto à origem do órgão julgador que exerce a análise: uma é levada a efeito pelos julgadores internos e outra é realizada pelas cortes internacionais.

O controle interno deve sempre ser realizado em primeiro plano, por terem os juízes nacionais maiores condições de avaliar a extensão da violação de direitos humanos levada a efeito pela edição de ato público interno (legislativo, judicial ou administrativo) e serem mais conhecedores da realidade local (Mazzuoli, 2018, local. 595). Já o controle internacional

ocorre de forma subsidiária, caso as jurisdições internas tenham falhado em realizar a compatibilização entre as ordens jurídicas.

Segundo André de Carvalho Ramos (2019, p. 334), o controle de convencionalidade brasileiro é, na verdade, de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, de acordo com o estatuto concedido pelo direito interno ao tratado em questão. Para ele, o verdadeiro controle de convencionalidade é aquele que é realizado pelas cortes internacionais, que ele denomina de controle de convencionalidade autêntico ou definitivo (Ramos, 2019, p. 336). A opinião não é pacífica, pois outros autores entendem que o controle interno de convencionalidade das leis é o principal e mais importante, visto que o controle internacional só acontece se o interno não ocorrer ou for imperfeito (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 37; Andrade, 2014, p. 120).

Para resguardar o caráter complementar e subsidiário do sistema regional, a Corte Interamericana prioriza casos que podem ser tomados como paradigma, capazes de iluminar o conteúdo de determinados direitos. Por causa desse rígido controle de admissibilidade, embora em relativamente pequena quantidade, a CIDH profere decisões com a pretensão de estabelecer alto impacto vinculativo.

André de Carvalho Ramos (2019, p. 335) estabelece duas diferenças principais entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade nacional. A primeira delas diz respeito ao objeto de controle. No controle de convencionalidade internacional, todo o ordenamento jurídico de um Estado (inclusive a Constituição) pode ser objeto de controle de convencionalidade. No controle nacional, os julgadores internos não ousam submeter normas constitucionais ao confronto com o direito internacional.

A segunda diferença indicada pelo autor se refere à hierarquia conferida ao tratado utilizado como parâmetro do controle. No controle de convencionalidade interno, o direito doméstico estabelece o estatuto normativo dos tratados internacionais, que no Brasil pode ser de legislação ordinária, supralegal ou constitucional. Por outro lado, no controle de convencionalidade realizado pelas cortes internacionais o tratado de direitos humanos é sempre considerado de hierarquia superior, devendo a ordem jurídica doméstica –inclusive constitucional – do Estado-parte observar suas disposições (Ramos, 2019, p. 335).

Diante disso, o controle nacional deverá acatar a interpretação dada pelo controle de convencionalidade internacional para que o tratado seja considerado cumprido. André de Carvalho Ramos (2019, p 336) e Valerio Mazzuoli, Marcelle Faria e Kledson Oliveira (2022, p. 39) convergem no sentido de que é benéfico que exista interação entre o controle de convencionalidade internacional e nacional, em uma dinâmica denominada fertilização cruzada. Conquanto o entendimento da Corte Interamericana seja vinculante para os Estados-parte, a análise do posicionamento dos sistemas domésticos de justiça pode incrementar a jurisprudência do sistema regional, estimulando julgamentos em que a proteção da pessoa humana seja sempre e cada vez mais promovida. Por outro lado, a reafirmação da jurisprudência interamericana nos sistemas internos exerce efeitos estruturantes em todos os mecanismos de justiça do sistema regional (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 39).

No controle de convencionalidade interno, o estatuto do tratado internacional em relação ao direito doméstico tem grande importância; porém, **para o direito internacional, não importa a hierarquia conferida pelo legislador brasileiro ao tratado**, adotando-se, como visto em momento anterior, a primazia do direito internacional. Isto porque **tanto a Convenção Americana quanto a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prevêem que o Estado-parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para se furtar ao cumprimento em boa-fé dos tratados assinados por livre decisão soberana.**

Exceção ocorre no direito internacional dos direitos humanos, havendo a possibilidade de superar conflitos normativos pela prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, independente de sua origem. Esta é uma possibilidade em geral prevista pelos próprios tratados de direitos humanos (Ramos, 2019, p. 346).

De qualquer maneira, o que se observa é que o exercício do controle de convencionalidade pela jurisdição interna é uma obrigação do Estado, e não uma faculdade. A recusa do Poder Judiciário de realizar o referido controle, ainda que em uma única decisão, é suficiente para que o Estado se torne possível de responsabilização internacional por violação de direitos humanos. Tem a magistratura o dever de tornar seu país de origem imune a esta responsabilização, na qualidade de *longa manus* do poder público (Mazzuoli, 2018, local. 653). Como nos diz Valerio Mazzuoli (2018, local. 1.158), o controle de

convencionalidade interno pode ser considerado uma espécie de voto de confiança de que os juízes locais aplicarão o direito internacional dos direitos humanos, construindo um direito público compartilhado em âmbito regional.

3.4 Normas paramétricas

Uma vez que o controle de convencionalidade é obrigatório para os Estados, é importante estabelecer quais normas convencionais devem ser parâmetro de comparação dos atos emanados do Poder Público.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, mas não é o único. Todos os tratados de direitos humanos em vigor no Estado devem ser considerados como referência de comparação para a legislação ordinária, pois formam o denominado **bloco de convencionalidade**, que, de maneira semelhante ao bloco de constitucionalidade, serve de referencial ético a juízes e tribunais nacionais quando da aplicação do direito interno (Mazzuoli, 2018, local. 1.120, grifo nosso).

Na interpretação dos tratados de direitos humanos, o preâmbulo e os anexos do tratado também devem ser incluídos na análise, pois deles constam informações importantes que trazem clareza sobre a intenção dos Estados contratantes (Peterke, 2009, p. p 168). Além disso, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados apresenta como meios suplementares de interpretação os *travaux préparatoires* (trabalhos preparatórios), documentos que registram os procedimentos de negociação das avenças internacionais e podem confirmar o sentido pretendido com sua aplicação.

O *corpus juris* de observância obrigatória aos Estados-partes quando da compatibilização do direito doméstico com o direito internacional inclui, para além disso, costume internacional e jurisprudência (sentenças e opiniões consultivas) (Mazzuoli, 2018, local. 809). O entendimento da Corte Interamericana sobre o conteúdo dos tratados é pilar orientador do bloco de convencionalidade, dado seu caráter vinculante para os Estados, e o estudo dessa jurisprudência deve fazer parte da construção do conhecimento do operador do direito, sobretudo, sobre os temas relevantes na sua rotina de trabalho jurídico.

Para Jibson Justiniano (2023, p. 189), a Declaração de Viena, de 1993, em seu art. 5º, corrobora tal posição, tendo em vista que estabelece a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, de forma que, mesmo que as particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como contextos históricos e culturais, ainda é dever dos Estados a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, independente de seus sistemas políticos.

Além de normas e julgados internacionais, o bloco de convencionalidade pode dialogar com o bloco de constitucionalidade do direito interno, com o objetivo de ampliar o usufruto das liberdades consagradas nos dois ordenamentos.

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024a, local. 3.833), a ordem jurídica de consagração de um direito serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. De acordo com esses autores, a expressão “direitos humanos” (ou “direitos do homem”) deve ser usada para designar reivindicações essenciais ao homem com base em preceitos jusnaturalistas, com índole filosófica, que não estão necessariamente positivadas em uma ordem jurídica particular. O termo “direitos humanos” tem vocação universalista e supranacional e é utilizado para referência aos direitos postulados em documentos de direito internacional. Por outro lado, “direitos fundamentais” é a locução reservada aos direitos básicos das pessoas inscritos nas ordens jurídicas internas dos Estados e limitados no espaço-tempo, pois somente são assegurados na medida da consagração por cada país.

Tomando-se por critério a positivação, portanto, a expressão “direitos fundamentais” é mais apropriada aos direitos reconhecidos na seara do direito constitucional, enquanto “direitos humanos” visam a uma validade global. Contudo, não obstante a diferenciação teórica, importante apenas para considerações acadêmicas, é essencial reconhecer a relação próxima entre os conteúdos abarcados por essas duas expressões. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, manancial nos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados. Ademais, os direitos acolhidos pelas ordens internas dos Estados frequentemente se inspiram nos direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais (Mendes; Branco, 2024a, local. 3.845). A maior parte das constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial encontrou inspiração na

Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, acarretando grande proximidade e harmonização entre textos constitucionais e internacionais (Justiniano, 2023, p. 164).

Assim, a diferenciação entre as duas categorias não significa que existe separação intransponível entre direitos humanos e fundamentais. Há comunicação entre eles (Mendes; Branco, 2024a, local. 3.845).

Em alguns casos, o rol de direitos fundamentais do direito interno é menos abrangente que o de direitos humanos. Contudo, também pode ocorrer o contrário, e a norma interna consagrada constitucionalmente ser mais protetiva. Se for assim, deve prevalecer a norma interna.

Por vezes, os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são usados como sinônimos. Não há razão suficiente para justificar a diferenciação, pois é preciso ter em mente um amplo panorama, aberto à fertilização cruzada entre os sistemas internos e internacionais. Por exemplo, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia utiliza as expressões como equivalentes, e a Corte Interamericana já as empregou da mesma forma no caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, de 2009 (Justiniano, 2023, p. 162-163).

Para o autor, a ordem jurídica de consagração de um determinado direito não deve ser a principal consideração, mas o bem jurídico protegido, essencial à vida humana. Referidos bens, que justificam a luta por sua distribuição a fim de que as pessoas tenham uma vida mais digna, não devem ser vistos como uma abstração jurídica, mas sob uma ótica concreta, de maneira que o esforço para estabelecer uma distinção teórica entre eles pode trazer mais prejuízos do que benefícios (Justiniano, 2023, p. 162), porque o que se busca é a concretização de um objetivo axiológico de proteção da pessoa humana.

Da mesma forma, a Corte Interamericana já teve oportunidade de se manifestar, no julgamento do caso *Benites Cabrera y otros vs. Perú* (CIDH, 2023), sobre a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. Estas características permitem que se veja ao ser humano como titular pleno de direitos e determina a justiça da todos os seus direitos (inclusive os econômicos e sociais). Em seu voto, o juiz interamericano Ricardo C. Pérez Manrique afirmou que *“en ningún caso, los derechos humanos pueden ser tratados de manera aislada y sin considerarlos en su conjunto, porque la compleja realidad convoca la necesidad de un análisis que privilegie la interdependencia e interrelación entre los mismos”*

(CIDH, 2023, §11, p. 3), o que nos revela a importância de uma **hermenêutica integral** no que tange aos direitos humanos, estejam eles positivados na ordem constitucional ou internacional.

3.5 Graus de intensidade

O juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no seu voto no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CIDH, 2010a, grifo nosso), em que discorreu pormenorizadamente sobre a doutrina do controle de convencionalidade difuso, propôs a existência de **três graus de intensidade** para o exercício desse controle pelos tribunais internos dos Estados.

Isto porque a doutrina do controle de convencionalidade difuso, muito embora conceda o importante papel de juiz interamericano a cada juiz doméstico, o faz “na medida de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes”. Tal fato, contudo, não deve ser interpretado no sentido de limitar o exercício do controle difuso, mas como uma maneira de estabelecer gradações na sua intensidade. Assim, é possível que o controle de convencionalidade não implique, necessariamente, em deixar de aplicar a normativa ou a jurisprudência nacional para aplicar a internacional, devendo antes de tudo haver a busca pela harmonização entre a normativa doméstica e a internacional, por meio de uma “interpretação convencional” da norma nacional (CIDH, 2010a, §35).

Para o referido magistrado, nos sistemas em que os juízes não possam exercer controle difuso, isto significará que o grau de intensidade do controle de convencionalidade diminuirá, diante da impossibilidade de que o juiz deixe de aplicar uma lei ao caso concreto. Ainda assim, não poderão deixar de controlar a convencionalidade da norma, dentro do marco de suas competências. Portanto, devem realizar “interpretação convencional” da norma, isto é, uma **interpretação conforme**, não apenas da sua constituição nacional como também da Convenção Americana e da jurisprudência convencional (CIDH, 2010a, §37). Para ele, isto requer atividade criativa para que se alcance a compatibilidade da norma nacional ao parâmetro convencional, dando-se efetividade ao direito protegido e ao princípio pro homine.

Diante disso, tem-se que o controle de convencionalidade em grau baixo ocorre quando o intérprete da norma realiza “interpretação conforme o Direito Convencional” das normas nacionais. Nessa perspectiva, descartam-se as leituras que se mostrem contrárias ao direito convencional ou que sejam menos eficazes na proteção das garantias e direitos em análise, de forma semelhante ao que ocorre na denominada “interpretação conforme a Constituição” que é realizada pelos juízes nacionais, em especial na jurisdição constitucional (Justiniano, 2023, p. 183).

No controle de convencionalidade de grau médio, o intérprete chega à conclusão de que não há como compatibilizar a norma interna com a internacional por meio de interpretação conforme. Assim, deixa de aplicar a norma interna, ou declara sua nulidade, em favor da norma internacional (Paiva; Heeman, 2020, p. 186), em decisão de efeito *inter partes*.

No controle de convencionalidade de grau alto, o intérprete possui a faculdade de remover a norma inconveniente do ordenamento jurídico, declarando sua nulidade com efeitos gerais. No sistema jurídico brasileiro, essa possibilidade somente se concretiza quando o Supremo Tribunal Federal ou um Tribunal de Justiça reconhece, ao mesmo tempo, “a inconstitucionalidade diante de juízo abstrato e concentrado e, ao mesmo tempo, a inconveniente de determinada norma” (Paiva; Heeman, 2020, p. 186).

O que não se admite, de acordo com o ponto de vista de Eduardo Mac-Gregor (CIDH, 2010a, §40) é que nenhum órgão jurisdicional nacional seja considerado competente para exercer controle de convencionalidade forte, ou seja, deixar de aplicar a norma interna inconveniente ao caso particular ou com efeitos gerais, tendo em vista que isto seria suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado. Ocorre que a Convenção Americana (artigos 1 e 2) estabelece a obrigação, para os Estados signatários, de adequar o direito interno, e este dispositivo tem também a função de conferir ao juiz um parâmetro claro de como resolver casos relativos aos direitos humanos e ao direito convencional.

O Estado é impedido de negar sua responsabilidade pelos atos cometidos por seus órgãos com base em autonomia institucional, pois o Direito Internacional Público não leva em consideração as questões intraestatais (Peterke, 2009, p. p 142). Portanto, independente

do que afirme o direito interno ou da posição pessoal das autoridades que o aplicam, o Estado é compelido a adotar medidas legais, administrativas e de outras naturezas com vistas a impedir as violações de direitos humanos, tendo o dever, inclusive, de criminalizar adequadamente atos que constituam violações desses direitos (Peterke, 2009, p. 147).

Caso não cumpra com esse dever em todos os seus níveis internos, o país se expõe à responsabilização internacional. O Estado brasileiro, lamentavelmente, ostenta diversas condenações pela Corte Interamericana, e, com exceção do caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros, todas elas ocorreram em razão da inação do Estado brasileiro na repressão de violações a direitos humanos ou proteção desses direitos, o que acarreta impunidade a quem agride os direitos básicos de homens e mulheres (Mazzuoli; Farias; Oliveira, 2022, p. 30).

3.6 Efeitos do controle de convencionalidade

Uma norma inconveniente raramente pode ser expurgada do ordenamento jurídico, pois no sistema brasileiro isto só ocorre quando a inconveniente é declarada em simultâneo com a inconstitucionalidade desta mesma norma, e apenas quando o controle de convencionalidade se realiza no plano concentrado (com efeitos jurídicos *erga omnes*) (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 48).

A aplicação do controle de convencionalidade difuso, portanto, consiste no reconhecimento de invalidade da norma e a consequente adoção, por parte do órgão em exercício do controle, da providência institucional adequada a tal reconhecimento. (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 47).

Assim, a detecção de inconveniente de uma norma interna pode ter dois efeitos, segundo Caio Paiva e Thimotie Heeman (2020, p.185-186, grifo nosso): **paralisação** ou **afastamento**.

O efeito paralisante ocorre quando a norma declarada inconveniente continua existindo no ordenamento jurídico, porém se irradia um efeito paralisante de sua eficácia. Já o efeito de afastamento ocorre quando o julgador afasta a aplicação da norma inconveniente (Paiva; Heeman, 2020, p.185-186).

André de Carvalho Ramos (2019, p. 133, grifo nosso) propõe também que o controle de convencionalidade pode ter **efeito negativo** (quando há a invalidação das normas e

decisões internas contrárias ao direito convencional), para que estas sejam conformes às normativas internacionais, no que denomina **controle construtivo de convencionalidade** (Ramos, 2019, p. 333, grifo nosso).

Seja como for, sendo inconveniente o ato estatal interno, será ele inválido, eis que, embora a vigência da norma seja aferida com relação à sua compatibilidade com a ordem jurídica interna, a validade depende, também, de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos em vigor no âmbito daquele Estado (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2022, p. 32). A não observância de norma internacional soberanamente acatada pelo Estado afronta norma *jus cogens* (obrigatória e aplicável a todos) em direito internacional, qual seja, o princípio *pacta sunt servanda*, que estabelece que o Estado precisa cumprir de boa-fé o pacto que assumiu através do tratado que promulgou (Gama, 2023, p. p 60).

3.7 Princípios

Como vimos em momento anterior, a norma de direito nacional que não passa pelo crivo do controle de convencionalidade – isto é, demonstrada sua incompatibilidade com com os tratados de direitos humanos – é inconveniente, e portanto inválida. Embora esteja vigente, não pode ser aplicada (Mazzuoli, 2018, local. 1141), ou precisa ser compatibilizada por via hermenêutica.

Contudo, a interpretação que o Poder Judiciário interno faz sobre as normas convencionais não é inteiramente livre, pois se encontra vinculada às regras internacionais de hermenêutica e princípios internacionais de direitos humanos. O Direito Internacional Público, em especial o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também tem seu conjunto principiológico que, embora não esteja ainda muito desenvolvido na literatura brasileira, é bastante elaborado em doutrina estrangeira (Paiva; Heeman, 2020, p. 183).

Caio Paiva e Thimotie Heeman (2020) apontam alguns destes princípios norteadores do controle de convencionalidade, adiante sintetizados.

Princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos de direito interno. Tal como vigora uma presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, que pode ser elidida caso reste demonstrada a incompatibilidade da

norma com a Constituição Federal, existe, quanto à análise de convencionalidade, uma presunção de que o ato é convencional, eis que o Estado tem o dever de adequar sua atividade legiferante às obrigações assumidas em tratados internacionais de direitos humanos, e ao *jus cogens* em direito internacional (caso não esteja caracterizado como *persistent objector*³). Assim, em teoria, a normativa de direitos humanos é observada quando da edição das leis e demais atos internos (Paiva; Heeman, 2020, p. 183), razão pela qual a inconvenção do ato precisa ser demonstrada, para que seja afastada tal presunção.

Princípio da interpretação conforme os direitos humanos. Todos os agentes do Estado, isto é, magistrados e outras autoridades públicas (inclusive o Ministério Público, a Defensoria Pública e autoridades policiais) que estejam exercendo o controle de convencionalidade devem interpretar os atos normativos de direito interno conforme as exigências da proteção internacional dos direitos humanos. Ou seja, os tratados de direitos humanos de que o Estado é parte, costume internacional, princípios gerais de direito e atos unilaterais das organizações internacionais necessariamente serão observados na interpretação dos atos emanados do poder público nacional, em busca da leitura que consagre a maior proteção possível às pessoas (Paiva; Heeman, 2020, p. 183).

Princípio da progressividade. Nenhuma disposição da Convenção Americana poderá ser interpretada no sentido de permitir a supressão ou limitação de direitos e liberdades previstas na CADH, conforme previsão constante de seu artigo 29. Significa que a interpretação dos direitos deve buscar, sempre, ampliação, de forma a proporcionar o máximo desenvolvimento da proteção da pessoa humana, sendo vedada qualquer interpretação tendente ao retrocesso em direitos, ou à diminuição da extensão dos direitos já consagrados (Paiva; Heeman, 2020, p. 184).

Princípio da interpretação internacionalista. A interpretação dos tratados e dos demais atos que conformam o bloco de convencionalidade deve ser feita à luz dos precedentes internacionais sobre direitos humanos, eis que a Corte Interamericana é quem, em última instância, determina o alcance dos dispositivos da Convenção Americana, não havendo espaço para “interpretação à brasileira” dos direitos dispostos na CADH. Isto ocorre

³ *Persistent objector*, ou objetor persistente, é a qualidade do Estado que, mediante protestos permanentes e inequívocos, demonstram sua objeção a uma norma considerada costume internacional. É obrigatória a comprovação dessa objeção para o gozo desse status (Peterke, 2009, p. 99-100).

porque, caso fosse permitida interpretação nacional dos direitos internacionais da pessoa humana, poderia haver mais de uma interpretação sobre o direito à vida, à liberdade, etc., o que esvaziaria o propósito dos tratados de estabelecer, em um pacto normativo, um objetivo compartilhado entre os Estados signatários, além de causar extrema insegurança jurídica. Assim, é necessário que o julgador nacional esteja munido de uma visão ampla, cosmopolita, e exerça uma interpretação consentânea com o entendimento internacional sobre os tratados (Paiva; Heeman, 2020, p. 184).

Princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade. A Corte Interamericana já consolidou no precedente *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (CIDH, 2014), que não existe um formato específico para a realização do controle de convencionalidade. Não existe uma formalidade descrita para a realização de tal controle, devendo ser priorizado o aspecto material da análise de compatibilidade vertical (Paiva; Heeman, 2020, p. 184).

Princípio da interpretação *pro homine*. O controle de convencionalidade não tem como parâmetro precípua um critério hierárquico, mas uma lógica material, por meio da qual deve prevalecer a norma de direitos humanos mais protetiva ou menos restritiva. (Marino; Carvalho, 2020, p. 83). O artigo 29 da Convenção Americana determina que o intérprete procure sempre realizar a análise que concretize a maior proteção à pessoa humana.

Dizer da existência de tal princípio é mais simples do que colocá-lo em prática, pois incidem questões sobre o ponto de partida da maior proteção: deve ser mais favorável para a vítima de uma violação ou o agressor em seus direitos de liberdade e devido processo legal? O tema suscita bastante polêmica, e ainda não tem resposta definitiva. Apesar disso, a Corte Interamericana já sinalizou que os princípios de Direito Internacional dos Direitos Humanos têm aplicação às vítimas (Paiva; Heeman, 2020, p. 185), o que tem consequências importantes na seara penal.

Princípio do efeito útil e da interpretação dinâmica. Sven Peterke (2009, p. 169) sugere que, como decorrência da interpretação progressiva, ou evolutiva, que leva em consideração o aspecto teleológico da norma, faz com que seja reconhecido o caráter de “instrumento vivo” dos tratados (em uma dinâmica que faz lembrar a mutação constitucional). Nesse sentido, para concretizar o conteúdo aberto de normas internacionais,

deve ser escolhida, dentre as opções de interpretações, aquela que em maior grau concretize a finalidade do tratado, isto é, dê maior efeito útil às suas disposições.

3.8 Graus de vinculação da interpretação internacional

Os pronunciamentos da Corte Interamericana, como visto, são de observância obrigatória. Para Jeibson Justiniano (2023, p. 153), a vinculação ocorre tanto por *stare decisis*, quanto por normas previstas explicitamente nos tratados ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana.

A partir da constatação de que os direitos previstos na Convenção têm algum grau de abertura a diferentes interpretações, para que um tratado seja considerado cumprido, não basta que os Estados ratifiquem as previsões genéricas convencionais. É essencial que levem em conta a delimitação jurisprudencial do conteúdo e alcance dessas normas. Pensar de forma diferente incentivaria, no dizer de Tiago Marino e Luciani Carvalho (2020, p. 78) um truque de ilusionismo no plano internacional: a ratificação de um tratado por um Estado, que não obstante segue desrespeitando-o gravemente, alegando em sua defesa uma interpretação peculiar que vai no sentido contrário ao posicionamento das Cortes incumbidas da interpretação autêntica daquele instrumento.

Contudo, conquanto exista evidente vinculação do Estado signatário ao conteúdo jurisprudencial do tratado, no sistema interamericano essa vinculação pode ocorrer em dois diferentes graus: um é absoluto, imediato, direto, e o outro, relativo, mediato, indireto.

Tiago Marino e Luciani Carvalho (2020, p. 79) diferenciam a *res judicata*, que se refere à autoridade da decisão, da *res interpretata*, que se liga à autoridade interpretativa. Para os autores, no sistema europeu, existe uma dificuldade de aceitação de que as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos confira efeito *erga omnes* às suas decisões, visto que naquele sistema regional vigoram teorias como o princípio da subsidiariedade e a teoria da margem de apreciação nacional, posições já bastante consolidadas na jurisprudência do continente europeu.

Os autores supracitados entendem que a cultura latino-americana é mais homogênea, permitindo a aceitação de um mínimo normativo comum muito mais amplo do que na Europa. Ademais, asseveram que a Convenção Americana permite, comparativamente à

Convenção Europeia, medidas muito mais amplas, incluindo a modificação de normas constitucionais dos Estados (Marino; Carvalho, 2020, p. 81-82).

A partir do caso *Gelman vs. Uruguay* (CIDH, 2011), observa-se que a doutrina da *res interpretata* foi adotada de forma expressa em âmbito interamericano. Ocorreu que, na revisão de cumprimento de sentença referente a este precedente, a Corte Interamericana aludiu a dois níveis de obrigação dos Estados quanto à realização do controle de convencionalidade: um quando o Estado é parte no caso em julgamento, e outro, diferente, quando o Estado não participou do processo internacional.

O magistrado interamericano Eduardo Mac-Gregor, na ocasião, proferiu voto elucidador, abordando de forma minuciosa a eficácia subjetiva da sentença interamericana, conceituando a “*res judicata*”, que “*produce una eficacia inter partes, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva*” (CIDH, 2013, §32) e vincula o Estado participante do processo de forma total e absoluta, em decorrência do contido nos artigos 67 e 68.1 da Convenção Americana.

Por outro lado, a “*res interpretata*” (norma convencional interpretada), que ocorre para os Estados que não são parte do processo internacional, produz eficácia *erga omnes* para todos os Estados signatários da Convenção Americana, “*en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH*” (CIDH, 2013, §32), representando assim um *standard* mínimo hermenêutico para a efetividade da norma convencional, que deriva da obrigação dos Estados de adequação normativa estabelecida nos artigos 1º e 2º da Convenção Americana.

No caso de *res interpretata*, que produz para os Estados não participantes de um processo internacional apenas uma vinculação relativa, quanto aos termos interpretativos da decisão e não à integralidade do conteúdo da sentença, Eduardo Mac-Gregor (CIDH, 2013, §69) aduz que existe espaço para que as autoridades internas estatais apliquem interpretação diferente, se for para ampliar o *standard* protetivo, considerando ainda as eventuais reservas, declarações interpretativas e denúncias em cada caso. Diante disso, se produz uma margem de interpretação nacional, desde que, como dito, ela favoreça a ampliação do direito ou

liberdade em discussão, circunstância que não se aplica quando um Estado é parte do processo — pois neste caso, permanece vinculado de maneira integral à decisão interamericana, em razão dos efeitos da coisa julgada internacional (CIDH, 2013, §72).

Tiago Marino e Luciani Carvalho (2020, p. 86) indicam que existe alguma crítica acerca desse efeito irradiador obrigatório, no sentido de que diminuiria a liberdade interpretativa dos juízes nacionais com a sobreposição ideológica da Corte Interamericana sobre a Constituição local, assim como a desvalorização das regras de devido processo legal, frente à vinculação de Estados que não foram parte nos autos. Contudo, os autores afirmam que a redução da margem interpretativa do judiciário nacional é algo que decorre da própria aceitação, pelo Estado Brasileiro, da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, e não necessariamente da doutrina da *res interpretata*, posição com a qual concordamos. Ademais, existe, como lembram os mesmos autores, a possibilidade de participação dos Estados no processo de criação interpretativa da CIDH, por meio, por exemplo, de solicitação de opiniões consultivas, a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas.

Ainda, de acordo com Fernanda Franco e Sven Peterke (2018, p. 77), o controle de convencionalidade coloca a Convenção Americana no topo do ordenamento jurídico, trazendo indagações sobre em que medida poderia existir um diálogo jurisdicional, ou se, ao contrário, se estaria configurando um sistema impositivo, dando à Corte Interamericana a última palavra. Em sentido favorável, apontam os autores que o controle de convencionalidade pode ser visto como um resultado positivo da judicialização dos casos de violação a direitos humanos.

Para André de Carvalho Ramos (2019, p. 347), por outro lado, se mostra essencial que haja aceitação da interpretação dos direitos humanos pelo Direito Internacional, e que se inicie um diálogo que resulte em fertilização cruzada entre os tribunais internos e internacionais, pois a interpretação internacionalista é a única que realmente promove a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. O autor, de forma crítica, aduz que o Brasil adota uma posição formalmente engajada na garantia desses direitos, contudo, no momento de dar a eles aplicação prática, silencia sobre a interpretação dada pelas Cortes Internacionais, o que pode gerar responsabilização (Ramos, 2019, p. 352). André de Carvalho Ramos (2019, p. 355) indica ainda que a ausência de diálogo e a insistência na

“interpretação nacional” dos tratados configura uma internacionalização ambígua ou imperfeita dos direitos humanos, transformando os tratados em peças de retórica.

Para o autor, não existe conflito insolúvel entre as interpretações nacionais, como as oriundas do Supremo Tribunal Federal, frente à existência de uma teoria de duplo controle de direitos humanos, que reconheça a atuação em separado, conquanto próxima, entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Assim, os direitos humanos no Brasil podem desfrutar de uma dupla garantia. Diante disso, deve-se exigir que os julgadores atuem não apenas de conformidade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também da Corte Interamericana, que deveria ser estudada já nos bancos universitários (Ramos, 2019, p. 357).

Certamente, a adoção da posição de André de Carvalho Ramos parece uma boa saída para contornar o que, de acordo com Fernanda Franco e Sven Peterke (2018, p. 76) é uma dificuldade de aceitação não apenas no plano teórico, mas também na prática, da internacionalização dos direitos humanos. É evidente a necessidade de uma visão cooperativa, que está a exigir uma sofisticação da visão do judiciário nacional, agora incumbido da obrigação de levar em consideração interpretações estrangeiras.

3.9 Conclusão parcial: rumo a uma ordem jurídica harmônica

Em razão da obrigação convencional do sistema americano de adequar a legislação interna, os Estados se veem compelidos a não apenas produzir normas hábeis a prevenir atentados a esses direitos, como também realizar essa prevenção em todos os seus atos, inclusive os de natureza judicial. O cotejo entre o direito interno e os tratados internacionais não é simples, exigindo do intérprete a busca por um delicado equilíbrio entre normas internas e internacionais para que surja a interpretação harmônica e efetivamente garantidora dos direitos humanos.

Para alcançar esse objetivo, o primeiro passo é reconhecer que as fontes de direito convencional ainda não são presentes o bastante na praxe jurídica interna, e precisam, como nos dizem Valerio Mazzuoli, Marcelle Faria e Kledson Oliveira (2022, p. 224) ser

devidamente integradas aos recursos de fundamentação da maioria dos membros do Ministério Público e da magistratura.

É indispensável ampliar o arsenal argumentativo jurídico na esfera penal por meio do estudo dos conteúdos dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana, que além de ser um precioso manancial de diretrizes hermenêuticas, vincula integralmente o Brasil quanto ao conteúdo das numerosas condenações do Estado brasileiro. O exame dos casos em que foi reconhecida a responsabilização internacional do Brasil é o parâmetro mínimo, sendo recomendado estudo ainda mais abrangente, em razão da vinculação mediata da *res interpretata*. Apenas assim pode a magistratura brasileira reduzir o risco de novas condenações do Brasil em âmbito internacional.

Não se pretende, com isso, tornar os tribunais internacionais uma instância revisora das decisões internas, pois, nas cortes internacionais o direito interno é um mero fato que expressa a conduta do Estado, a qual será confrontada com os tratados de direitos humanos em vigor no país.

O ato de ratificação de um instrumento internacional é um procedimento complexo, que demanda a anuência dos poderes de Estado. O conjunto de atos, que envolve o Poder Executivo (assinatura) e o Poder Legislativo (aprovação pelo parlamento) é uma manifestação do Estado brasileiro quanto ao reconhecimento da jurisprudência do sistema interamericano. Nada mais justo, portanto, que o Poder Judiciário complete o ciclo da manifestação de Estado e dê também seu obrigatório contributo, ajustando a interpretação do direito interno às obrigações assumidas. Não é demais repetir que se trata de um dever, e não de uma faculdade.

Quando um Estado se torna parte de um acordo internacional, está precisamente no exercício de sua soberania; portanto, o conceito de soberania estatal não pode ser utilizado como escudo para que governantes promovam ou cooperem com violações a direitos humanos.

Ademais, a crítica a uma suposta imposição ideológica do Direito Internacional dos Direitos Humanos perde muito de sua força quando se leva em consideração que a Constituição Federal de 1988 não é hostil aos direitos protegidos pelas normas internacionais, havendo evidentes aproximações de conteúdo dos direitos protegidos. Não

bastasse, o art. 4º da Constituição é expreso no sentido da prevalência dos direitos humanos como princípio diretivo do Brasil nas suas relações internacionais.

Para além disto, alguns autores, tais como Andrade (2014, p. 244), defendem que o direito internacional dos direitos humanos não tem como único fundamento os tratados, sendo integrado também pelas normas de jus cogens e pelo costume internacional, de maneira que a indivisibilidade dos direitos humanos se traduz na necessidade de uma hermenêutica integral, que leve em conta todos os direitos resguardados na sua maior amplitude possível, não se podendo realizar uma leitura restritiva da proteção humana. Ao contrário, deve ser progressista e progressiva, tendente à evolução, sendo o tratado um instrumento vivo.

No plano interno, o Conselho Nacional de Justiça editou em 7 de janeiro de 2022 a Recomendação Nº 123⁴, indicando a toda a magistratura brasileira a necessidade de observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana, e a realização do controle de convencionalidade.

Assim, é preciso concretizar a promessa de que o sistema brasileiro cumprirá tal obrigação, o que pode requerer uma mudança considerável de pensamento entre os integrantes das carreiras jurídicas, a fim de que o papel da Corte Interamericana seja mais reconhecido e valorizado. Isto pode ser alcançado a partir de capacitações e aperfeiçoamento dos operadores do direito sobre os principais tratados internacionais e correlata jurisprudência internacional, o que abrirá caminho para a realização do controle de convencionalidade sempre que ele se mostrar necessário, tornando efetiva a incumbência constitucional de proteção dos direitos fundamentais e humanos.

⁴ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

3.10 Controle de convencionalidade e consentimento no tráfico de pessoas

Vimos, nos tópicos anteriores, como se deu o surgimento do conceito de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana, e os evoluções dessa teoria, indicando os desdobramentos do conceito e sua forma de aplicação.

Aplicaremos, agora, tais conceitos especificamente ao Protocolo de Palermo, tendo em vista como o status do Protocolo de Palermo no ordenamento brasileiro, em razão do foco na definição de aspectos criminais, não é considerado um tratado de direitos humanos (Medeiros; Peterke, 2013, p. 550), assim como o nível de importância da questão para o controle de convencionalidade.

3.10.1 O controverso status do Protocolo de Palermo na ordem doméstica

O direito internacional deixa sua regulação interna por conta dos Estados. Assim, existe mais de uma forma de interação entre as duas ordens. Enquanto algumas cartas constitucionais optam por uma maior abertura ao direito internacional, aceitando sua incorporação automática, outras exigem um ato jurídico para que se considere aplicável um tratado no âmbito interno. A Constituição brasileira adota o segundo modelo, dualista (Peterke, 2009, p. 109-110).

De acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343 (Brasil, 2008, p. 1.137), há quatro correntes doutrinárias sobre o status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos: a) a que reconhece natureza supraconstitucional a tais tratados; b) a que reconhece caráter constitucional a tais os tratados; c) a que reconhece status de lei ordinária a esses tratados; d) a que confere caráter supralegal aos tratados de direitos humanos.

Há numerosos defensores da ideia de que os tratados de direitos humanos têm caráter constitucional. Valério Mazzuoli (2018), além de Flávia Piovesan e Cançado Trindade (Brasil, 2008, p. 1.142) são adeptos de tal posição, sob argumento de que o art. 5º, §2º da Constituição Federal é cláusula aberta à recepção de outros direitos enunciados em tratados

internacionais de direitos humanos. A estatuta constitucional estaria limitada à proteção dos direitos humanos.

Contudo, a discussão foi esvaziada quando da promulgação da Emenda Constitucional Nº 45/2004, que adicionou o §3º ao art. 5º da Constituição, com o seguinte teor:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Brasil, 1988, art. 5º, §3º)

Assim, uma vez aprovado por referido quórum, o tratado de direitos humanos integra formalmente a Constituição Federal de 1988. Se por um lado, a reforma ressaltou um caráter especial dos tratados de direitos humanos quanto aos demais tratados, por outro, críticos do posicionamento, notadamente Valerio Mazzuoli (2018) aponta que o texto é ambíguo, não regulando de forma clara o status dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente. Assim, pode ocorrer de tratados com o mesmo fundamento material ostentarem posições hierárquicas diferentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 22 de novembro de 2006, o STF assentou, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelas formalidades do §3º do art. 5º ostentam caráter supralegal: infraconstitucional, mas superior à legislação ordinária. Diante disso, estabeleceu-se a possibilidade um controle difuso de convencionalidade, próprio à função judicante de cada magistrado em um possível conflito entre a aplicabilidade do direito interno e a norma internacional (Andrade, 2014, p. 119).

Caso, porém, o tratado tenha sido aprovado com status de emenda constitucional, está habilitado para ser objeto de controle de abstrato de constitucionalidade, por seus meios próprios, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção (Andrade, 2014, p. 119-120).

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, por seu foco em aspectos criminais e fraca ênfase em

linguagem de proteção de direitos, não é, por entendimento amplamente majoritário na doutrina⁵, considerado um tratado de direitos humanos⁶.

Apesar disso, há um aceno do Protocolo de Palermo aos direitos humanos (Gama, 2023, p. 157); seja por seu objeto (forma moderna de escravidão), seja por suas breves menções à proteção das vítimas.

Para Marina Medeiros e Sven Peterke (2013, p. 550), não há dúvida de que o Protocolo de Palermo é o documento mais importante sobre a concretização dos direitos das vítimas de tráfico de pessoas, eis que, apesar de não ser tratado de direitos humanos *stricto sensu*, pode ser utilizado como vetor interpretativo — como feito, em momento posterior, pelo Corte IDH no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (CIDH, 2016). Suas regras devem ser entendidas em conjunto com os direitos previstos nos tratados de direitos humanos (Gama, 2023, p. 158).

Por fim, é importante destacar que o debate sobre o status do Protocolo de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro é uma questão que importa unicamente no âmbito doméstico. Isto porque tanto a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos contêm disposições que proíbem os Estados de suscitar questões do direito interno para se escusar de suas obrigações internacionais.

Assim, deve o Brasil compatibilizar seu ordenamento aos parâmetros internacionais acerca do Protocolo da ONU, sob pena de responsabilização.

3.10.2 Jurisprudência internacional relevante

Neste tópico, examinaremos decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tratam de temas conexos ao tráfico de pessoas e cujo conhecimento, portanto, tem relevância para a construção de uma interpretação convencional da Lei nº 13.344/16. Duas delas foram proferidas contra o Brasil, e portanto, seus termos vinculam o Estado brasileiro de forma direta e integral. A terceira, emanada em julgamento de processo internacional contra a Bolívia, vincula os demais países americanos de forma relativa, na qualidade de *res*

⁵ Por exemplo: Ana Patrícia Gama (2023, p. 67) e André de Carvalho Ramos (2006, p. 7).

⁶ Em sentido contrário: Paulo Henrique Portela (2024, p. 948).

interpretata. Contudo, seu efeito orientador tem grande utilidade para a compreensão do consentimento no sistema interamericano, devendo servir de parâmetro interpretativo também no direito nacional.

3.10.2.1. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016)

Entre o fim de 1988 e o início de 1989, a Polícia Federal recebeu diversas denúncias sobre prática de trabalho escravo no interior do Pará. Dentre as propriedades denunciadas, estava a Fazenda Brasil Verde, na região do município de Sapucaia. Esta fazenda era parte do grupo Irmãos Quagliato, proprietário de muitas terras localizadas naquela região, e de mais de 100 mil cabeças de gado (Paiva; Heeman, 2020, p. 393). Após as denúncias, as autoridades passaram a realizar inspeções na fazenda a fim de verificar as condições de trabalho no local, e foi detectada a existência de trabalho forçado e servidão por dívidas, em um contexto em que milhares de trabalhadores eram submetidos, anualmente, a trabalho escravo. Trabalhadores que escaparam da fazenda alegaram que eram ameaçados de morte caso fugissem do local, além de que não havia salário digno, tampouco condições de alimentação e moradia. Não bastasse, dois trabalhadores adolescentes desapareceram da propriedade e jamais foram encontrados.

Além disso, a situação era atribuível ao Estado, pois as práticas ocorridas no local eram de conhecimento das autoridades brasileiras. Ocorre que em 18 de setembro de 2003, o Brasil assinou Acordo de Solução Amistosa com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em face das violações de direitos humanos perpetradas contra José Pereira Ferreira em 1989, em propriedade vizinha à Fazenda Brasil Verde.

Ademais, digna de nota a impunidade que imperou no caso, muito embora o caso José Pereira tenha sido de violência extrema (Haddad; Miraglia, 2018, p. 114). A recalcitrância demonstrada pelo Brasil foi notável, tendo em vista que, apesar dos compromissos assumidos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado permitiu a persistência de situações indignas de trabalho tais como as vivenciadas por José Pereira.

Após o processamento do caso, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana, havendo a decisão estabelecido importantes marcos interpretativos acerca da escravidão no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos e também de outros tratados em vigor no solo brasileiro.

Em primeiro lugar, a Corte Interamericana estabeleceu que “**o direito a não ser submetido a escravidão, servidão, trabalho forçado ou tráfico de escravos e mulheres possui um caráter essencial na Convenção Americana**”, e forma parte do núcleo inderrogável de direitos, isto é, do seletor patamar de normas de *jus cogens*, aplicável *erga omnes* mesmo em tempos de guerra (CIDH, 2016, §243, grifo nosso). Ademais, reiterou seu entendimento de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, devendo ser interpretados evolutivamente e em conjunto com outros tratados vinculantes.

A partir de tal interpretação evolutiva, a Corte observou que a escravidão não se limita mais à mera propriedade sobre a pessoa, estabelecida por um documento (“*chatel*”), devendo ser identificada a partir de **dois elementos fundamentais**:

i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima (CIDH, 2016, §269, grifo nosso).

Os atributos do elemento de propriedade sobre a pessoa podem se manifestar das seguintes maneiras:

a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, **fraude ou falsas promessas**; e) uso de violência física ou psicológica; f) **posição de vulnerabilidade da vítima**; g) detenção ou cativeiro, i) exploração (CIDH, 2016, §276, grifo nosso).

Portanto, por meio de tais elementos identificadores, a interpretação da Corte é de que a proibição da escravidão abarca novas e mais modernas formas do fenômeno, que no entanto mantêm os elementos essenciais da escravidão tradicional, em especial, o controle sobre uma pessoa mediante coação física ou psicológica. O tráfico de escravos e mulheres, assim, está indissociavelmente associado à escravidão (CIDH, 2016, §281), sendo proibido

pela Convenção Americana também de maneira absoluta. Tal definição abarca o conceito de tráfico de pessoas (CIDH, 2016, §289, grifo nosso) **conforme o Protocolo de Palermo**, pois o elemento que vincula as proibições de tráfico de escravos e de mulheres é o mesmo (CIDH, 2016, §288).

Assim, delimitando o conteúdo normativo do tráfico de escravos na CADH, a Corte Interamericana decidiu que este significa:

- i) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas;
- ii) Recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao **engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade** ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. **Para os menores de 18 anos estes requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico;**
- iii) Com qualquer fim de exploração. (CIDH, 2016, §290, grifo nosso)

Ademais, a Corte Interamericana entendeu que o Estado tem, entre outros, o dever de eliminar qualquer norma que legalize ou tolere a escravidão (CIDH, 2016, §319), devendo contar com um marco jurídico adequado e suficiente ao cumprimento da devida diligência e uma atuação eficaz contra o crime.

Outro aspecto importante a ser destacado nesse julgado é o reconhecimento da existência de discriminação estrutural histórica. Pela primeira vez, a CIDH utilizou o critério de condição econômica como fator potencializador de vulnerabilidade à escravidão (Paiva; Heeman, 2020, p. 393). Na sentença, a Corte indicou que a pobreza é o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, tornado os trabalhadores presa fácil para os aliciadores do tráfico (CIDH, 2016, §340), eis que, quanto piores as condições de vida, mais dispostos os obreiros ao risco de um trabalho em condições indignas.

Em seu voto individual concordante, o juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot resumiu de forma irretocável a questão:

O reconhecimento da discriminação estrutural histórica pelo fenômeno de trabalho escravo é de vital importância, pois **não quaisquer pessoas que eram alvo da captação pelos gatos, mas sim pessoas com um perfil específico, no qual a pobreza em que viviam era um fator crucial de vulnerabilidade** (CIDH, 2016, §89, grifo nosso).

Desse modo, a Corte Interamericana considerou que o Estado incorre em responsabilidade internacional nos casos em que, existindo a vulnerabilidade, não adota medidas específicas com relação a tal vitimização (CIDH, 2016, §343).

Portanto, na linha de intelecção vertida no Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, integralmente vinculante para o Estado brasileiro, o abuso de posição de vulnerabilidade é considerado como meio de cometimento do tráfico de pessoas de acordo com o conteúdo normativo definido pela Corte, e a pobreza, entendida como o principal fator dessa vulnerabilidade.

3.10.2.2 Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil (2021)

Em julho de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso de Márcia Barbosa de Souza e seus familiares contra o Brasil, em razão da impunidade em que se encontrava a morte de Márcia Barbosa, ocorrida em 1998 no Estado da Paraíba, nas mãos de Aécio Pereira de Lima, deputado estadual.

Consta que Márcia Barbosa de Souza era uma estudante afrodescendente de 20 anos, residente da cidade de Cajazeiras, no interior da Paraíba. Em 13 de junho, viajou a João Pessoa para participar de uma convenção do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e, após o evento, permaneceu em João Pessoa, hospedada em uma pousada, possivelmente para buscar trabalho.

Em 17 de junho de 1998, perto das 19h, Márcia recebeu uma chamada do então deputado estadual Aécio Pereira de Lima, saindo para se encontrar com ele. Às 21h, uma chamada foi feita do celular do deputado para um número residencial em Cajazeiras, e Márcia conversou com diversas pessoas, havendo uma delas falado com o deputado, tudo segundo informações oriundas do setor policial responsável pelas investigações.

Na manhã de 18 de junho de 1998, um transeunte observou que um corpo, posteriormente identificado como pertencente a Márcia Barbosa de Souza, foi deixado em um terreno baldio no bairro do Altiplano, em João Pessoa. Foi revelado depois que o deputado tinha em seu poder o veículo utilizado para a ocultação do cadáver.

Em 19 de junho de 1998, foi iniciada formalmente a investigação do delito, havendo a autoridade policial encarregada emitido informe aduzindo que as provas indicavam a participação direta do deputado. Contudo, não era possível tomar suas declarações em razão das suas prerrogativas relacionadas à imunidade parlamentar.

Durante a tramitação do processo penal em face de Aécio Lima, foram incorporados aos autos, a pedido do advogado de defesa, mais de 150 páginas de artigos de jornais que faziam referência à conduta sexual, prostituição, uso de drogas e possível suicídio da vítima.

O processo penal não teve continuidade efetiva até 2003, quando foi constatado que o sr. Aécio Lima não havia sido eleito novamente e portanto havia perdido a prerrogativa de foro. O feito tramitou até setembro de 2007, quando houve condenação pelo Tribunal do Júri. O réu apelou, e, em 2008, antes de ter seu recurso examinado, faleceu em razão de um infarto, extinguindo-se assim a punibilidade.

Apesar da existência de uma condenação em primeira instância, o corpo de Aécio Pereira de Lima foi velado no Salão Nobre da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, desfrutando de todas as honras, e de luto oficial decretado por três dias. Ao velório compareceram diversas autoridades, inclusive o então Governador da Paraíba.

Diante dos fatos, a Corte Interamericana entendeu que a forma como estava regulamentada a imunidade parlamentar, a nível federal e no Estado da Paraíba, era contrária ao direito de acesso à justiça. Ademais, embora reconhecendo que não tem competência para julgar as circunstâncias relativas ao homicídio, reputou verossímil que o crime em tela ocorreu por razões de gênero, e que o Brasil não realizou a necessária produção probatória para dirimir a questão. A falta de investigação de um ato de violência contra a mulher constitui, em si mesma, um ato discriminatório de gênero, propiciando um ambiente de impunidade que promove a repetição.

Ainda, a Corte destacou que em casos de violência contra a mulher, incidem de forma complementar as obrigações provenientes da Convenção de Belém do Pará, bem como que **a investigação penal em casos assim deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados em atenção a vítimas de discriminação de gênero**, especialmente considerando que a violência contra as mulheres no Brasil era e segue sendo um problema estrutural e generalizado (CIDH, 2021, §47, grifo nosso). Na Paraíba, a

questão é ainda mais grave, havendo as taxas de homicídio contra mulheres para 2017 quase duplicadas se comparadas com o ano de 1990 (CIDH, 2021, §52).

No processo judicial contra Aécio Lima, a Corte Interamericana verificou que existiu a intenção de desvalorizar a vítima como pessoa, pois o comportamento e a sexualidade de Márcia Barbosa foram temas de especial atenção. Buscou-se construir a imagem da vítima como merecedora ou causadora do ocorrido, desviando-se o foco do réu, através de estereótipos baseados na vida pessoal da vítima; ao invés de se investigar o homicídio, foi investigada a conduta sexual e a reputação de Márcia Barbosa. Portanto, a Corte entendeu que tais fatos representaram viés discriminatório de gênero de acordo com as obrigações especiais decorrentes da Convenção de Belém do Pará, havendo o Estado falhado na obrigação de garantir a igualdade material no direito ao acesso à justiça em relação a Márcia Barbosa e seus familiares.

Como decorrência da condenação do Brasil neste processo internacional, **o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 492, de 17 de março de 2023⁷, que estabeleceu a obrigatoriedade de capacitação dos magistrados e magistradas brasileiros em direitos humanos, gênero, raça e etnia em perspectiva interseccional, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário nacional.**

A questão tem relevância para os casos de tráfico de pessoas, tendo em conta que, como já abordado em momento anterior, embora o número de vítimas masculinas de tráfico tenha crescido nos últimos anos, a maior parte das vítimas segue sendo mulher. De acordo com dados de uma pesquisa realizada pela Clínica de Trabalho Escravo de Tráfico de Pessoas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 96,36% das vítimas de tráfico de pessoas nos processos judiciais federais brasileiros relativos a esse tema são mulheres (Miraglia *et al.*, 2022, p. 88).

Além disso, há formas específicas de tráfico de pessoas que são voltadas à figura feminina, como, por exemplo, casamentos forçados (UNODC, 202a). Assim, por ser um ilícito que afeta desproporcionalmente as mulheres, o tráfico de pessoas precisa, para sua melhor compreensão e adequado julgamento pelo intérprete do direito, da adoção de

⁷ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

perspectiva de gênero, seja no momento de reconstituir o comportamento da vítima — que não deve ser observado por meio de lentes turvadas por estereótipos de gênero — na investigação dos fatos, seja no momento de aferição do consentimento. **Uma cognição adequada do fenômeno do tráfico de pessoas exige letramento de gênero.**

3.10.2.3 Caso Angulo Losada vs. Bolívia (2022)

No caso em questão, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade da Bolívia pela violação do dever de garantia ao acesso à justiça, sem discriminação por motivos de gênero e idade, nas circunstâncias da violência sexual sofrida por Brisa de Angulo Losada, então com 16 anos, por parte de seu primo de 26 anos.

E.G.A., o citado primo, era visto como um filho pelos pais de Brisa, sendo tratado como irmão dela e recebido na residência da família com a esperança de que as filhas menores sofreriam, assim, um pouco menos em razão da ausência dos irmãos mais velhos, que haviam saído de casa para estudar fora.

Durante o período em que viveu na casa da família Angulo Losada, E.G.A. esteve encarregado de cuidar de Brisa e de suas irmãs menores. Esperava-se dele que apoiasse Brisa nos estudos, e ele a acompanhava em seus afazeres na cidade; em síntese, ocupou o lugar de seus irmãos e desfrutava de confiança cega por parte de toda família. Por vezes, dormia no quarto de Brisa, sob pretexto de ajudá-la caso ela sofresse uma de suas crises de asma.

Brisa declarou que, em diversas ocasiões entre outubro de 2001 e maio de 2002, sofreu abusos sexuais e estupros por parte de E.G.A. Perante a Corte, ela afirmou que foi torturada dezenas de vezes, porém, não tinha compreensão de que o lhe acontecia era um crime; achava que estupros eram o que ocorria em ruas escuras e por parte de homens desconhecidos. Que em razão de ser o agressor uma pessoa de sua família e encarregada de sua proteção, não pensou em denunciá-lo; antes, passou a contemplar o suicídio. Brisa afirmou que durante as violações, o agressor não usava de violência, mas batia nela em outros momentos, jogava-a no chão e torturava os animais da casa como uma advertência do que poderia ocorrer com ela se não fizesse as vontades do primo. E assim ela passava seus

dias repleta de medo, do que aconteceria com ela e pelo que poderia acontecer a suas irmãs menores.

Brisa mudou de comportamento, tornando-se agressiva com seus pais e deixando a prática de esportes. Desenvolveu bulimia, anorexia, automutilação, e em determinado momento suspendeu os estudos em razão da depressão que lhe acometeu.

Quando os pais de Brisa tiveram conhecimento do ocorrido, encaminharam a filha para a terapia, na qual a profissional identificou que E.G.A. usou sua relação de confiança com a família para manipular Brisa, fazendo-a crer que havia praticado algo incorreto. O laudo médico apontava que Brisa estava em “estado posterior a abuso sexual”.

Em 31 de julho de 2002, Brisa foi submetida a novo exame médico. De acordo com os documentos forenses, o exame foi realizado por médica do Ministério Público; contudo, Brisa narrou que o exame foi realizado sem a presença de sua mãe ou de qualquer acompanhante, por médico do sexo masculino, com a assistência de cinco estudantes também do sexo masculino, que riam dela e abriam suas pernas sem consideração. Ela pediu para que os estudantes saíssem e o médico lhe respondeu que ela estava sendo ridícula.

Consta que durante as investigações, a Promotora de Justiça encarregada de tomar o depoimento de Brisa a interrompeu continuamente com insinuações de que ela estaria mentindo.

E.G.A. foi detido em 5 de agosto de **2002** e confessou o crime. Contudo, foi absolvido em 2005, eis que o Poder Judiciário da Bolívia não considerou provada a existência de resistência física por parte de Brisa, fazendo referência a “características de sua personalidade” a partir dos quais “não é possível conceber que Brisa tenha sido intimidada” por E.G.A. O Ministério Público recorreu, e o processo continuou a tramitar até **2022**, quando E.G.A. foi capturado na Colômbia para fins de extradição. Contudo, a ordem foi cancelada em razão da ocorrência de prescrição à luz da lei penal colombiana.

Frente a esses fatos, a Corte Interamericana, apreciando o caso, indicou que a violência sexual cometida contra uma menina de 16 anos exige o **estudo à luz da interseccionalidade entre gênero e infância**, pois Brisa, sendo mulher e adolescente à época dos fatos, estava em uma situação de **dupla vulnerabilidade**, não apenas perante

E.G.A., mas diante do próprio Estado da Bolívia na condução do processo criminal (CIDH, 2022, grifo nosso).

Para a Corte Interamericana, o artigo 19 da Convenção Americana obriga aos Estados que promovam medidas especiais de proteção, orientadas ao princípio do interesse superior das crianças, em consideração à sua condição de especial vulnerabilidade. A idade, para a CIDH, é fator de discriminação potencial, pois crianças e adolescentes não contam com legitimidade social para tomar decisões sobre sua educação, saúde e direitos reprodutivos. Tal vulnerabilidade se vê ainda mais sublinhada devido a fatores históricos de discriminação contra as mulheres, fazendo com que mulheres e meninas sofram maiores índices de agressões sexuais. A interpretação da Corte foi também no sentido de que a análise da suposta personalidade forte de Brisa como um fator de impossibilidade de intimidação denota flagrante falta de capacitação e sensibilidade por parte do judiciário boliviano, denotando **extrema necessidade de aperfeiçoamento em matéria de perspectiva de gênero**.

Em outro aspecto muito importante do caso, a Corte abordou demoradamente o consentimento nos casos de violência sexual. Tomando em conta as disposições contidas na Convenção de Belém do Pará, indicou que os dispositivos penais relacionados com violência sexual devem ter o consentimento como figura central, sendo desnecessária prova de ameaça ou uso de força física, bastando que se demonstre, de forma idônea, a ausência de consentimento, o que não significa necessidade de comprovar resistência física ao avanço do agressor. (CIDH, 2022, p. 50, §145, grifo nosso).

Na decisão, ficou estabelecido que muitos abusos sexuais se produzem quando a vítima e o agressor estão em situações de assimetria de poder, que possibilitam que o agressor subjugu a vítima em âmbito escolar, laboral, institucional, por meio de privação econômica e em outros contextos. Em diversas dessas situações, não existe violência física e a vítima não se nega de maneira física, mas o consentimento não está presente, é forçado em situações de poder desigual.

Para a Corte, o uso do consentimento como impedimento de investigação penal em delitos contra mulheres e meninas por razões de gênero é o que permite alto índice de impunidade nesses crimes na América Latina e no Caribe. Isto porque o conceito de

consentimento nos Códigos Penais parte de uma visão de violência que ocorre exclusivamente de forma física, por meio da força, deixando de lado violências psicológicas e dando ensejo a uma visão limitada do que significa uma decisão livre (CIDH, 2022, p. 50). Segundo a CIDH, é fundamental que os Estados incluam na normativa penal elementos para determinar ausência de consentimento, tais como coação ou temor à violência ou outras consequências; opressão psicológica; intimidação; abuso de poder, entre outras. A legislação penal também não deveria poder inferir consentimento:

(i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual, y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción (CIDH, 2022, p. 51, grifo nosso).

É fundamental, portanto, que a lei penal disponha que o consentimento não pode ser simplesmente inferido, devendo sempre ser oferecido de maneira expressa, livre e prévia, bem assim como que possa ser revertido, para que seja considerado válido. Diante de tal premissa, para a Corte, qualquer circunstância coercitiva já é suficiente para invalidar o consentimento. Isto porque toda violência implica inexistência de consentimento; contudo, por vezes a ausência de consentimento não está acompanhada de violência. É o caso quando o consentimento da vítima para relações sexuais se dá quando o agressor tem autoridade sobre a vítima, materializando uma relação desigual de poder.

Do mesmo modo, o uso de estereótipos de gênero pelos servidores da justiça, tal como a análise da personalidade forte de Brisa como impossibilidade de existência de intimidação por parte de E.G.A., denotam a equivocada visão de que existe uma vítima perfeita e verdadeira de violência sexual: aquela que é frágil, débil e indefesa (CIDH, 2022, p. 56). Em tal situação, portanto, o Estado se converteu em um segundo agressor, obstruindo o direito de igualdade no acesso à justiça por parte de Brisa Angulo Losada.

Com esteio em tais considerações, a Corte Interamericana entendeu pertinente determinar que a Bolívia realizasse adequações em seu direito penal, com a finalidade de eliminar obstáculos à obtenção de acesso à justiça por parte de mulheres e meninas. As mudanças requeridas são tendentes a criminalizar as condutas daqueles que utilizem sua

posição de poder, controle ou influência sobre pessoas menores de idade para explorar sua vulnerabilidade, bem como eliminar estereótipos de gênero da penalização de atos de violência sexual (CIDH, 2022, p. 63).

Como se vê, a incursão da Corte Interamericana no conceito de consentimento em crimes sexuais no caso Angulo Losada é muito relevante para a construção de um entendimento convencional sobre o consentimento em matéria de tráfico de pessoas, mesmo quando se trate de tráfico para explorações distintas da sexual. Em verdade, trata-se de análise ampla sobre validade do consentimento e o seu vício por meio de coerções sutis, em especial, o abuso de posição de vulnerabilidade, que, para a CIDH, deve constar da legislação penal como forma de viciar o consentimento.

O voto concordante do juiz interamericano Rodrigo Mudrovitsch, no mesmo caso, explorou com ainda maior contundência o ângulo do uso do direito penal como garantia dos direitos humanos. De acordo com o magistrado, para que um Estado possa prevenir, investigar e sancionar violações de direitos humanos, é preciso contar com instituições jurídicas consolidadas que permitam uma atuação efetiva, dando efeito útil à obrigação, estatuída na Convenção Americana, de adotar disposições de direito interno para garantir as liberdades previstas no Pacto de San José. Da mesma forma, ocorre a obrigação de eliminar de seu ordenamento normas que violem ou concorram para a violação de direitos humanos. Há, portanto, a obrigação de adotar um direito penal convencional (CIDH, 2022, p. 7-9).

Rodrigo Mudrovitsch observou, ainda, que historicamente a adequação constitucional do direito penal se caracterizou pela elaboração de proteções dos direitos do acusado com a finalidade de garantir julgamentos justos. Contudo, considerou necessário lembrar que os tratados de direitos humanos, de forma paralela, trouxeram demandas internacionais pela luta contra o fim da impunidade de violadores de direitos humanos (CIDH, 2022, p. 12).

Para o juiz interamericano, a luta contra a impunidade dos agressores de direitos humanos não é um fim em si mesma, mas tem o objetivo de obter efeito dissuasório, isto é, prevenir novas violações. E para que haja essa prevenção, em geral um dos meios mais eficazes é castigar as pessoas que praticam tais atos, motivo pelo qual se torna necessário um **uso racional do direito penal**.

A proteção a que os Estados são obrigados a conferir aos direitos não se faz apenas por meio do direito penal, que só deve ser mobilizado em casos de estrita necessidade e dentro dos limites do devido processo legal (CIDH, 2022, p. 14). O direito penal é *ultima ratio*, mas isto não significa que não possa ser aplicado, pois o conflito não é com o uso do direito penal, mas com seu excesso (CIDH, 2022, p. 17).

No entender de Rodrigo Mudrovitsch, a Corte Interamericana deve continuar a estabelecer, de forma clara e justificada, os casos em que o Estado deve se utilizar do direito penal para prevenir violações de direitos humanos, sem deixar de buscar alternativas extrapenais que sejam capazes de alcançar eficazmente os objetivos perseguidos. Por fim, afirmou que, no caso em tela, se mostrava necessário mobilizar o direito penal interno boliviano como medida de reparação. Isto porque **o modelo tradicional de tipificação de crimes sexuais adotado pela Bolívia estava baseado em premissas obsoletas, deixando de contemplar todas as formas de violação**. Sobretudo, no que tange ao requisito de resistência física, a tipificação em análise deixava de levar em conta as situações em que a vítima responde de forma diferente, paralisada por evitação psicológica ou medo de sofrer mais danos. Ademais, **as definições que exigem resistência perpetuam a ideia errada de que é responsabilidade da vítima se proteger contra o delito**, e que se não o fez, por que razão for, é que participou do ato sexual. De acordo com o juiz interamericano:

exigir el consentimiento genuino y voluntario al acto sexual y considerar las circunstancias coercitivas que vician cualquier consentimiento es el estándar más apropiado bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger a las víctimas (CIDH, 2022, p. 28, grifo nosso)

Esta é a razão pela qual a Bolívia deveria eliminar os requisitos de violência e intimidação, adotando, verdadeiramente, um parâmetro centrado em ausência de consentimento (CIDH, 2022, p. 28).

É nítido, portanto, que a Corte Interamericana entende que o direito penal pode ser mobilizado pelos direitos humanos não apenas de forma negativa, como direitos de defesa do acusado frente ao poder punitivo, mas também, quando necessário, de forma positiva, criminalizando condutas que representem violações de direitos humanos.

Além disso, o consentimento, se analisado pela ótica do *standard* interamericano de proteção das vítimas de violações de direitos humanos, não pode ser considerado viciado apenas por meios que utilizam violência física ou coerções explícitas. **As coerções sutis devem também integrar a tipificação penal, sobretudo, quando realizadas sobre pessoas em situações de vulnerabilidade.** A vulnerabilidade é tutelada pelo direito internacional dos direitos humanos como um corolário do direito de igualdade, de forma que o acesso à justiça deve ser promovido de forma especial às pessoas que sofrem discriminações históricas. Portanto, **o abuso dessas situações de discriminação para violar os direitos humanos de pessoas que já se encontram em desvantagem social deve ser penalizado.**

Tal interpretação pode ser transportada de forma integral para a questão discutida no presente trabalho, em que se analisa o consentimento no crime de tráfico de pessoas diante de uma tipificação nacional menos abrangente do que o tratado internacional — eis que o legislador brasileiro deixou de lado os meios sutis de coerção e não tipificou o abuso de posição de vulnerabilidade, essenciais ao *standard* de criminalização determinado pelo Protocolo de Palermo.

3.10.3 Jurisprudência nacional relevante

Para Jeibson Justiniano (2023, p. 54), quando o controle de constitucionalidade protege os direitos fundamentais, torna-se garantidor de tais direitos. O autor menciona, como exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal para, com efeitos vinculantes e erga omnes, declarar a existência de omissão normativa inconstitucional do Congresso Nacional, por não ter cumprido com a obrigação de legislar para observar a proteção penal dos indivíduos do grupo LGBTQIA+, ao não tipificar como crime condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Na ocasião, foi dada interpretação conforme a Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989.

De acordo com a construção interpretativa do decisório, as técnicas empregadas na ocasião não partem de completo vazio legislativo, mas da adoção de parâmetros definidos

pelo Congresso Nacional para situações com objetos similares ao do ato normativo de referência (Justiniano, 2023, p. 57).

Situação mais complicada é a tratada no presente trabalho, tendo em conta que o parâmetro definidor da tipificação se encontra em norma internacional. **O Supremo Tribunal Federal, em 2015, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835, decidiu que somente a lei é fonte formal de norma penal incriminadora, não se podendo dar aplicabilidade direta aos tratados internacionais para tal finalidade.** Veja-se trecho da ementa:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsomem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (Brasil, 2015, p. 1-2, grifo nosso).

O Ministro Celso de Mello, relator do caso, afirmou em seu voto que em matéria penal, deve prevalecer a reserva constitucional de lei em sentido formal, que só admite a lei interna como fonte direta de regras de direito penal incriminador, entendendo ademais que isto consta da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 9º (Brasil, 2015, p. 6). De fato, a CADH estabelece que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável”.

Entendemos, no presente trabalho, que tais circunstâncias tornam particularmente problemática a redação do art. 149-A do CP em relação à norma convencional que lhe deu origem, pois a expressão “abuso”, constante do *caput* do dispositivo, tem o seu complemento conceitual (“abuso de posição de vulnerabilidade”) no Protocolo de Palermo, que não pode ser diretamente aplicado como norma penal incriminadora. Ademais, o próprio Protocolo de Palermo é vago sobre o assunto, não especificando a que vulnerabilidades se refere, pelo que precisou ser **vitaminado** por meio de *soft law*. Os parâmetros interpretativos mais claros de que dispomos para aferir o conteúdo normativo de tais vulnerabilidades se encontram na Lei

Modelo contra Tráfico de Pessoas, no Guia Legislativo para o Protocolo de Palermo e nas decisões interamericanas analisadas nos itens 3.2.3.1, 3.2.3.2 e 3.2.3.3.

A questão esbarra na impossibilidade de aplicar analogia *in malam partem* no direito penal, corolário do princípio da reserva legal de lei estrita. Para Luiz Regis Prado (2019, p. 156), referido postulado cumpre funções reciprocamente condicionadas, inclusive, limitantes das fontes formais do Direito Penal, e se apresenta sob diversos subprincípios, sendo um deles a taxatividade.

Segundo este autor, admite-se duas dimensões desse subprincípio, sendo um deles a determinação — que exige que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível, devendo a lei penal ser clara e precisa. Através da determinação, proíbe-se a utilização de conceitos indeterminados ou vagos nos tipos penais (Prado, 2019, p. 157), pois há uma exigência de certeza sobre o que é lícito ou ilícito.

Por meio da taxatividade, se estabelece a margem que deve ser respeitada pelo julgador. Significa que o magistrado deve aplicar a norma penal incriminadora no exato limite em que foi formulada, evitando-se abuso do poder punitivo estatal. Para Luiz Regis Prado, marcos legais excessivamente amplos são colidentes com o princípio da legalidade (Prado, 2019, p. 157-158).

Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú (2022, p. 114) chegam ao ponto de afirmar que uma incriminação vaga e indeterminada faz com que não exista lei definidora de certa conduta como delituosa, eis que entrega ao arbítrio do juiz a definição do fato punível, em ofensa ao princípio da taxatividade.

Diante disso, parece-nos que a redação do art. 149-A, ainda menos abrangente e menos taxativa do que a norma convencional, que por sua vez tem também certa medida de indeterminação, peca por não possibilitar que o intérprete conheça de antemão em que consiste o abuso ilícito, tampouco as formas de vulnerabilidade que precisam ser tuteladas, já que, por outro lado, há um impedimento quanto à utilização de outras fontes de direito penal incriminador que não a lei doméstica. O resultado é uma proteção insatisfatória do bem jurídico em discussão, causada por uma tipificação nitidamente insuficiente, decorrente de **omissão parcial**.

3.11 Conclusão parcial: necessidade de adoção dos parâmetros convencionais sobre a validade do consentimento

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do Estado brasileiro, em pleno exercício de sua soberania, transformou os paradigmas éticos das atividades estatais, que passaram a estar vinculadas ao conteúdo dessas normas ratificadas.

Diante da necessidade de adequar os atos do poder público à normatividade internacional, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no Brasil desde novembro de 1992, que estatui que seus signatários têm o dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, devendo adotar medidas legislativas e também outras, de natureza diversa, que se façam necessárias para efetivar tais direitos e liberdades, despontou na jurisprudência da Corte Interamericana a doutrina do controle de convencionalidade, técnica judicial, com seu conjunto principiológico próprio, criada para compatibilizar o direito interno ao direito internacional.

Há algum debate sobre a natureza do Protocolo de Palermo, que, para o entendimento amplamente majoritário, é um tratado de direito penal; e para uma posição minoritária, é um tratado sobre direitos humanos.

Muito embora o direito interno brasileiro confira diferentes graus hierárquicos às normas de direito internacional de acordo com sua natureza material (de direitos humanos ou sobre outras matérias) e com sua forma de ingresso no ordenamento jurídico interno, o fato é que o direito internacional não se interessa pelas questões internas estatais, entendendo que a compatibilização do direito interno deve ocorrer de qualquer maneira, sob pena de responsabilização do Estado.

Por causa disso, a controvérsia que existe sobre o status hierárquico do Protocolo de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente do debate sobre ser este um tratado de direito penal ou de direitos humanos, é uma discussão teórica que não tem consequência no âmbito do direito internacional, devendo o direito interno, no caso, a Lei nº 13.344/16, ser compatibilizada, independentemente de ser o Protocolo de Palermo considerado como tratado de direitos humanos ou não.

A jurisprudência da Corte Interamericana, que é vinculante para os Estados que aderiram à sua jurisdição contenciosa, como fez o Brasil, já apreciou casos sobre questões correlatas aos temas encontrados nos casos de tráfico de pessoas. No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a CIDH fixou parâmetros para o conteúdo normativo da proibição de escravidão e tráfico de escravos no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, entendendo que pode interpretar todos os tratados em vigor em solo brasileiro, inclusive o Protocolo de Palermo, cuja definição sobre tráfico de pessoas passou a integrar o conteúdo da proibição de tráfico contida na CADH. A Corte Interamericana também estabeleceu que a pobreza é o principal fator de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas.

No caso *Márcia Barbosa de Souza vs. Brasil*, a Corte Interamericana vedou que o Estado se utilizasse, na investigação penal, de estereótipos de gênero sobre a sexualidade a conduta social das vítimas, em especial mulheres, devendo o Estado ater-se aos fatos ilícitos do processo e proporcionar acesso à justiça igualitário para as mulheres. O fato é importante para os casos de tráfico de pessoas, em que estereótipos de gênero frequentemente interferem na formação do convencimento do magistrado acerca do consentimento. Esta decisão interamericana, inclusive, deu origem a uma Recomendação do CNJ no sentido de que todo o Poder Judiciário brasileiro adote perspectiva de gênero em seus julgamentos.

No caso *Angulo Losada vs. Bolívia*, a Corte Interamericana condenou o Estado boliviano a modificar seu direito penal interno, incorporando novas premissas acerca da validade do consentimento, em especial, em situações de coerção sutil e de abuso de posição de vulnerabilidade, estabelecendo que o sexo feminino e a condição de menor de idade são também vulnerabilidades que devem ser tuteladas tanto em face dos indivíduos violadores de direitos humanos quanto em face do Estado na condução do processo penal.

Portanto, o Brasil deve levar em consideração os parâmetros hermenêuticos fixados pela Corte Interamericana, a fim de atender à sua obrigação convencional e manter um ordenamento jurídico harmônico com os padrões internacionais.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS: CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS PARA UMA DECISÃO CONVENCIONAL

Para testar a hipótese do trabalho, consistente no entendimento de que as imperfeições da Lei nº 13.344/16, e consequentes decisões dissonantes das obrigações internacionais brasileiras, expõem o país a responsabilização no âmbito do direito internacional, passaremos agora ao exame de decisões judiciais proferidas com esteio na norma em comento.

Posteriormente, indicaremos nossas conclusões sobre as decisões encontradas e o nível de correspondência com os parâmetros internacionais, assim como sugestões de aplicação de técnicas decisórias para o tema em comento.

4.1 Visão panorâmica dos casos coletados e metodologia de análise

Essa análise foi realizada por meio de estudo de caso nos moldes preconizados por Robert Yin (2015). Referido autor conceitua o estudo de caso como uma análise empírica que “investiga um fenômeno em profundidade e em seu contexto de mundo real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto puderem não ser claramente evidentes” (Yin, 2015. p. 17), e pode ser realizada tanto em formato de caso único, quanto por meio de casos múltiplos.

O estudo de um caso único pode ser apropriado em vários tipos de circunstâncias, a exemplo de situações em que o caso é crítico, peculiar ou revelador. Um caso revelador ocorre quando o pesquisador pode, a partir de seu estudo, observar e analisar fenômeno anteriormente inacessível à ciência (Yin, 2015, p. 55). Por outro lado, a evidência produzida pelo estudo de casos múltiplos é considerada mais robusta, muito embora exija recursos e tempo extensos (Yin, 2015, p. 60).

Para Robert Yin, o estudo de casos múltiplos deve ser considerado como a realização de múltiplos experimentos, que seguem uma lógica de replicação — se um resultado significativo for encontrado, busca-se replicar o achado, que, se puder ser repetido, pode tornar a descoberta original mais robusta. Assim, cada caso deve ser selecionado

cuidadosamente, a fim de que possa gerar resultados similares, ou ainda, resultados contrastantes por razões previsíveis (replicação teórica) (Yin, 2015, p. 60).

Um ponto importante acerca do estudo de caso é que a lógica de replicação não se confunde com a lógica de amostragem correspondente aos levantamentos. A amostragem procura representar o todo ou o conjunto, e produzir estatísticas inferenciais, medindo a prevalência ou a frequência de determinado fenômeno. Robert Yin (2015, p. 62) aponta que a lógica de amostragem não é pertinente à pesquisa de estudo de caso, eis que, para isso, o estudo de casos exigiria uma amostragem muito grande, inviabilizadora de qualquer análise mais aprofundada.

Para o autor, os estudos de caso são experimentos que buscam fazer generalizações de proposições teóricas, não de populações ou universos. Trata-se, portanto, de **generalização analítica e não estatística** (Yin, 2015, p. 22, grifo nosso). Entender a diferença entre esses dois tipos de generalização é essencial para o estudo de caso, sendo talvez sua parte mais importante (Yin, 2015, p. 43).

Não há uma regra para definir a quantidade de casos suficientes à pesquisa. Robert Yin sugere que dois ou três casos bastam quando as proposições teóricas são simples, mas uma diferenciação teórica mais sutil ou o desejo de maior grau de certeza pode exigir a partir de cinco replicações (Yin, 2015, p. 64-65).

O autor expõe ainda que é altamente desejável o desenvolvimento prévio de teoria ao estudo de caso, de forma a ser possível verificar a generalização de tais premissas. A teoria reflete questões de pesquisa e orienta a coleta de dados, gerando **prioridades analíticas** (Yin, 2015, p. 140, grifo nosso). É importante também definir as unidades de análise e os critérios para interpretar as constatações (Yin, 2015, p. 31), bem como documentar adequadamente a coleta, a fim de conferir confiabilidade à pesquisa (Yin, 2015, p. 52).

As unidades de análise, consistentes em **decisões de segunda instância**, foram selecionadas entre processos cujo trâmite se deu na Justiça Federal, tendo em vista que, acaso a pesquisa fosse realizada nos arquivos dos tribunais de justiça estaduais, que são mais de vinte, a obtenção dos dados se tornaria mais difícil e fragmentada. A análise foi realizada apenas nas decisões de segundo grau. Os processos não foram integralmente examinados, tendo em vista não apenas a dificuldade de acesso à integralidade dos autos, mas também a

pretensão do presente trabalho de indicar critérios hermenêuticos convencionais para as decisões judiciais.

Na presente pesquisa, optou-se por selecionar ao menos um caso de cada Tribunal Regional Federal, com o objetivo de conferir maior robustez ao resultado. Em alguns casos, foram selecionadas mais de uma decisão por Tribunal, o que foi feito para propósito de comparação entre as generalizações teóricas relativas às prioridades analíticas. Assim, o trabalho examina ao menos uma decisão dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) 1 a 5. Em relação ao TRF 6, embora tenha sido instalado em 19 de agosto de 2022⁸, não foi possível obter nenhuma decisão, visto que sua página de busca de jurisprudência se encontrava, na data de escrita deste capítulo, em setembro de 2024, ainda em construção. O resultado final foi de 10 decisões coletadas, proferidas de 2017 a 2024.

O processo de coleta das decisões se deu através de busca inicialmente realizada na ferramenta de busca de jurisprudência denominada LEX MAGISTER⁹, a que temos acesso em razão de nosso atual exercício de cargo de assessora jurídica na segunda instância no âmbito do Ministério Público do Estado da Paraíba. O uso da ferramenta se justifica no fato de que, muitas vezes, identificou-se que os buscadores próprios de cada Tribunal entregavam resultados menos precisos, relativos a processos que versavam sobre outros temas diferentes do tráfico de pessoas, como, por exemplo, sinalização em estradas.

Foram utilizadas as palavras-chave “tráfico de pessoas” e “149-A”. A escolha de palavras-chave singelas se deu com o intuito de obter o maior número de resultados possível. A busca trouxe 36 resultados, sendo 16 para o TRF1, 01 para o TRF 2, 11 para o TRF 3, 03 para o TRF 4 e 05 para o TRF 5.

Posteriormente, de posse do número de cada processo, buscamos o inteiro teor do Acórdão na ferramenta buscadora do respectivo Tribunal Regional Federal que proferiu o julgamento, pois no mais das vezes, a ferramenta LEX MAGISTER disponibiliza apenas a ementa.

Após a coleta dos Acórdãos nos sites dos respectivos Tribunais, passamos a selecionar as amostras. As decisões utilizadas foram escolhidas entre aquelas cuja

⁸ Vide: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/trf-6-e-instalado-em-solenidade-historica-em-bh.htm>. Acesso em: 14 set. 2024.

⁹ Disponível em: <https://www.lex.com.br/sistema/auth>.

fundamentação de alguma forma, ainda que mínima, explorou o **consentimento da vítima**. Tal prioridade analítica decorreu da teoria desenvolvida nos capítulos anteriores, em que ficou estabelecido que a diferença da normativa brasileira em relação ao Protocolo de Palermo repousa sobretudo no tratamento dado ao consentimento e suas formas de vício.

Nem sempre os julgados coletados tinham a referência ao consentimento na ementa, sendo necessária a leitura e a análise do inteiro teor de todos os Acórdãos que surgiram a partir da busca, a fim de selecionar os julgados considerados relevantes para o trabalho. A busca por esse inteiro teor encontrou alguns percalços, notadamente no âmbito do TRF 1, que disponibiliza o Acórdão de forma fragmentada (um arquivo para a ementa; outro para o voto do relator, outro para o voto revisor, etc) e no âmbito do TRF 5, que não disponibiliza o inteiro teor de seus Acórdãos na ferramenta de busca de jurisprudência, mas apenas a ementa. Para obter acesso ao Acórdão, é necessário realizar diversos passos extras, e por fim, o Acórdão referente ao caso selecionado foi encontrado em consulta à movimentação processual.

Importante destacar que, consoante proposições teóricas de Robert Yin (2015), a seleção de tais casos a partir de semelhantes parâmetros não espelha enviesamento da amostra, tendo em conta que não se pretende fazer generalizações estatísticas¹⁰. Em outras palavras, o propósito da seleção não é demonstrar sedimentação de orientações jurisprudenciais deste ou daquele Tribunal, menos ainda do Judiciário como um todo. Diferentemente, o que se pretende confirmar é o fato de que a dissonância da Lei em relação ao tratado aumenta o risco de responsabilização internacional do país. Sobretudo porque uma única decisão judicial considerada pelos órgãos de Direito Internacional como discordantes dos *standards* internacionais, como ato emanado do Estado Brasileiro através do Estado-Juiz, já seria bastante para atrair a responsabilização. Não obstante, é significativo observar de que maneiras a teoria prévia pode ser observada e generalizada a partir do estudo de mais de um caso.

Outro aspecto que merece ser sublinhado é a importância da análise dos fundamentos decisórios. Não entendemos que seja suficiente a mera exposição do resultado do julgamento (condenação ou absolvição). Em verdade, tem muito maior relevância o caminho cognitivo

¹⁰ Para estudos estatísticos acerca de tráfico de pessoas, veja: (MIRAGLIA *et al.*, 2022).

utilizado pelo julgador para alcançar o referido resultado. O julgador é obrigado a fundamentar suas decisões, por força do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, o que viabiliza a fiscalização de atos decisórios (Haddad; Miraglia; Silva, 2020, p. 277).

É de se registrar a singeleza da fundamentação das decisões coletadas. A maioria das unidades de análise fez exame extremamente breve sobre o consentimento, muitas vezes não tecendo qualquer tipo de consideração sobre a sua validade. Por tal razão, em diversos casos restamos impedidos de aprofundar, como gostaríamos, os fundamentos decisórios, limitando-nos, praticamente, a descrever aquilo que, no Acórdão, ocupou duas ou três linhas.

Ao buscar a compreensão dos fundamentos utilizados nas decisões analisadas, o presente trabalho não tem o intuito de afirmar que a decisão correta sempre será a condenação (Haddad; Miraglia; Silva, 2020, p. 238-239). Ao revés, o que se quer é verificar se os decisórios refletem os padrões interpretativos estabelecidos pelo direito internacional para a matéria em comento, abrindo espaço para que tanto julgadores quanto membros do Ministério Público Federal possam identificar os parâmetros necessários para um tratamento convencional do tráfico de pessoas.

De relevo ainda mencionar que a média de duração da tramitação dos processos relativos ao crime de tráfico de pessoas é de 10 anos, 10 meses e 16 dias (Miraglia *et al.*, 2022, p. 8), o que faz com que as decisões selecionadas tenham sido proferidas, em sua maioria, em processos que tiveram início sob a vigência do artigo 231 e 231-A do Código Penal, já que o atual art. 149-A do CP entrou em vigor em novembro de 2016. Assim, temos apenas os indícios iniciais das orientações interpretativas decorrentes da Lei Nº 13.344/16. Contudo, são suficientes para a detecção de pontos de inconveniência, conforme se demonstrará.

4.1.1 Tribunal Regional da 1ª Região

4.1.1.1 Caso 1A – Prisioneiras voluntárias: a verdade confinada em quartos sem janelas

A Apelação Criminal n. 0001652-61.2013.4.01.3903/PA foi interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que condenou a ré C. F. pela prática do crime descrito no art. 229 do CP, mas a absolveu de outros delitos previstos no Código, sendo um deles o descrito no antigo art. 231-A, que versava sobre tráfico de pessoas dentro do território brasileiro.

Em seu voto, datado de 07/02/2020, o Relator Convocado indicou o desprovimento do apelo ministerial. Para justificar a conclusão, asseverou que o consentimento da vítima, na incriminação anterior, era irrelevante, mas agora, sob a vigência do art. 149-A, torna a conduta atípica.

Ao fazer a reanálise das provas produzidas, observa-se da redação do voto que o Relator entendeu que a acusada de fato facilitou a saída de pessoas de Santa Catarina com destino ao Pará, para o exercício da prostituição, sob promessas de lucro. Contudo, indicou que todas as pessoas envolvidas conheciam o propósito da viagem (isto é, o meretrício) e já exerciam antes a atividade da prostituição, pelo que não haveria emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Assim, **tendo em vista unicamente o conhecimento das vítimas sobre o exercício da prostituição, o Tribunal manteve a absolvição da ré, considerando o consentimento como existente e válido, sem nada inquirir sobre as circunstâncias de sua oferta.** Ademais, muito embora houvesse entre as envolvidas uma menor de idade, o Tribunal descartou o dolo, sob o argumento de que não era do conhecimento da ré a menoridade da jovem, que teria ocultado sua condição (Brasil, 2020a).

Acerca das condições em que a prostituição era exercida, vislumbrou-se da reprodução de trechos da sentença que as vítimas residiam em quartos sem janelas, ocupados

por mais de uma pessoa e que não tinham fornecimento de energia elétrica à noite. A decisão de primeiro grau, ratificada no ponto pelo voto vencedor, indicou que isso deveria ser considerado esperado, eis que as condições da vida na região Norte se diferem bastante daquelas verificadas na região Sul, e que embora as condições gerais fossem reconhecidamente precárias, isso seria típico da região.

A sentença reproduzida pelo Acórdão também indicou que muito embora parte da prova testemunhal tenha indicado a existência de surras nas mulheres da boate, perpetradas por funcionários locais, se fossem verdadeiros os relatos, não teriam passado despercebidos por outras mulheres do local, não havendo prova de coação, eis que algumas mulheres se recusaram a deixar o local, ainda que acompanhadas da polícia.

Observa-se, da fundamentação, a superficialidade na análise do consentimento, bastando que a vítima conheça o fato de que irá se prostituir para que o fato seja considerado atípico, muito embora a própria análise da prova deixe entrever circunstâncias em que o consentimento foi retirado ou se deu para circunstâncias fáticas diferentes das que as vítimas efetivamente encontraram. Ademais, o acórdão considera que os relatos de violência não são verdadeiros porque não eram do conhecimento ou não foram confessados por todas as vítimas.

Nota-se a ausência da escuta individualizada e específica necessária para a produção probatória no crime em questão, consabidamente difícil. Contudo, é possível que isto tenha se dado porque, na incriminação anterior, não era necessário produzir prova da validade do consentimento. Apesar disso, seria esperado do magistrado que, conhecendo a mudança legislativa e o direito internacional relacionado (*iura novit curia*), averiguasse as condições para as quais a referida concordância foi ofertada pelas vítimas.

4.1.1.2 Caso 1B – Dois pesos, sem medida: o consentimento ignorado na mescla penal

Trata-se da Revisão Criminal nº 0057205-94.2015.4.01.0000/GO (processo originário 0007512-11.2001.4.01.3500), decidida em 02/03/2020.

A referida revisão foi ajuizada por Z.B. contra acórdão proferido pela Quarta Turma do TRF1 que confirmou a sentença condenatória da ré por, entre outros crimes, aquele previsto no art. 231 do Código Penal.

No acórdão em tela, embora haja considerações concernentes a outros pontos, a exemplo da impossibilidade de uso da revisão criminal como uma segunda apelação para rediscussão do mérito, o cerne da questão que interessa ao trabalho é saber se a Lei nº 13.344/16, que revogou o art. 231 e trouxe a nova incriminação de tráfico de pessoas consubstanciada no art. 149-A, seria mais benéfica à requerente, e capaz de operar *abolitio criminis* da conduta que lhe foi imputada no tocante ao tráfico de pessoas.

Apreciando esse ponto, o relator entendeu que o novo tipo penal passou a exigir que a prática do tráfico se dê por meio de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Assim, asseverou, o dever de se comportar de acordo com a norma penal “exige que ao tempo da conduta todos os elementos do tipo penal já estivessem concretamente à disposição do agente de modo a entrar na sua esfera de conhecimento e vontade” (Brasil, 2020b, p. 6).

Prosseguindo, o voto afirma que o elemento “fraude”, constante da nova norma, não poderia ter sido imputado à requerente, porque à época dos fatos não compunha o tipo penal. Portanto, embora considere que a requerente efetivamente aliciou pessoas para prática de prostituição na Espanha, alguma delas mediante fraude (promessa de que trabalhariam em restaurante), o entendimento vertido no acórdão foi no sentido de que a nova incriminação exige consentimento, porém, como a antiga incriminação não previa o elemento “fraude”, não poderia a nova incriminação ser integralmente aplicada, **aplicando-se as partes mais benéficas de cada tipo penal.**

Assim, como é possível observar, **o acórdão, para absolver a requerente, aplicou simultaneamente elementos da nova e da antiga incriminação, a despeito da vedação contida em enunciados proferidos, previamente ao citado acórdão, por dois Tribunais Superiores brasileiros — a saber, a Súmula 501 do Superior Tribunal de Justiça¹¹ e o**

¹¹ **STJ SÚMULA N. 501.** É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Tema 169 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal¹² (este, de natureza vinculante), ambos no sentido de proibir a aplicação de partes diversas de lei incriminadora em benefício do acusado — deve o juiz decidir qual é a norma mais benéfica e aplicá-la na íntegra.

4.1.2 Tribunal Regional da 2ª Região

4.1.2.1 Caso 2A – Livre para pagar: consentimento para prostituição sob ameaças

Trata-se da Apelação Criminal nº 0013833-76.2010.4.02.5001/ES, interposta por J.A.L.V., em caso vinculado à denominada Operação Mediador IV. Neste caso, os demais denunciados no âmbito da operação já haviam tido condenações confirmadas pela 2ª Turma Especializada do TRF 2, incluindo o irmão da apelante. Em fase anterior da operação Mediador, houve outra condenação da apelante pelo art. 231 do CP, em 2015, de modo que, como mencionado no próprio acórdão, o Tribunal já teve oportunidade de apreciar anteriormente a configuração da associação criminosa e sua maneira de atuar.

Os fatos discutidos no processo revolvem acerca do envio de três mulheres brasileiras à Itália com o objetivo de exercer a prostituição.

No caso descrito, houve o deferimento de interceptação telefônica, na qual a condenação tem forte embasamento, de acordo com o acórdão em análise. Partes dessas interceptações foram transcritas no texto do voto do relator.

Nas transcrições, consideradas válidas e largamente utilizadas pela decisão analisada, está registrado que uma das vítimas, L.A., disse que “não interessa onde ela vai trabalhar, que ela só precisa de dinheiro urgente, pra ontem (para pagar a dívida com Carminha). Que sua mãe disse que o ‘rapaz da viagem’ (Júnior, Carminha) ligou para lá muito nervoso (provavelmente para cobrar)” (Brasil, 2023, p. 4). Júnior/Carminha a interrompeu dizendo

¹² **STF Tema 169** - Aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 sobre pena cominada com base na Lei nº 6.368/76. **Tese:** I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976; **II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes;** **III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade.**

que “ligou calmo, não ligou nervoso não. (A LIGAÇÃO NÃO FOI INTERCEPTADA POR MOTIVO DAS CAUTELAS DE CARMINHAS, MAS AQUI ELA MESMO CONFIRMA TER TELEFONADO)” (Brasil, 2023, p. 4). A vítima L.A. afirmou ainda na interceptação que “agora a Jô está tratando-a como pilantra, ligando para a casa dela (no Brasil) pedindo o endereço da casa dela, dizendo que quer ver a mãe dela (Luana). (COBRANÇAS, AMEAÇAS)” (Brasil, 2023, p. 5).

Assim, com esteio em tais provas, o voto considera confirmada a atuação de ALTOMIR (Júnior/Carminha) e JOCÉLIA, inclusive no tocante a tais cobranças de valores. O Relator leva ainda em conta a condenação confirmada na ação principal no sentido de que os irmãos ALTOMIR e JOCÉLIA promoveram o embarque da vítima L.A. e de outras pessoas para o exterior com a finalidade de explorá-las na prostituição, na mesma sistemática da captação ligada a L.A..

Contudo, apesar da indicação clara da prova produzida nos autos no sentido de que havia cobrança de dívidas e coação por meio de ameaças aos familiares da vítima, a decisão analisada considerou “irretocável a sentença” no sentido de absolver a ré do delito do art. 149-A, a ser aplicado em face de ser mais benéfico, eis que a exigência de vício de consentimento não estaria satisfeita uma vez que a vítima L.A. tinha conhecimento dos verdadeiros motivos da viagem e estava de acordo com eles.

Portanto, mesmo diante de evidências de que a prostituição em tela não era exercida de forma inteiramente livre, o Tribunal considerou que a ciência do exercício da prostituição seria suficiente para tornar atípica a conduta, não existindo qualquer outra consideração acerca da validade do consentimento da vítima para as condições em que a referida atividade de prostituição seria exercida.

4.1.3 Tribunal Regional da 3ª Região

4.1.3.1 Caso 3A – Promessas de ouro, realidade de prisão: o consentimento pago com mentiras

O processo n. 0003569-27.2007.4.03.6181/SP trata de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu os réus da prática dos delitos previstos nos artigos 231-A, §§2º, I, e 3º, 218-B, 230, 149, §2º, II, e 288, do Código Penal.

O voto vencedor afirma que a revogação do art. 231 pela Lei nº 13.344/2016, muito embora não tenha suprimido o fato criminoso, operou alteração em sua topografia, o que, no entanto, não inviabilizaria a pretensão punitiva do Estado. Contudo, a partir da nova incriminação, é necessário comprovar que o crime ocorreu em circunstâncias de violência, grave ameaça, fraude, coação e abuso, agora elementares do tipo, sob pena de atipicidade.

Analizando a prova dos autos, o relator entendeu que as vítimas tinham conhecimento de que se deslocariam de Joaçaba/SC para Xingu/PA com o intuito de exercer a prostituição. Debruçando-se sob a prova do consentimento, a decisão de segunda instância limitou-se a reproduzir os termos da sentença, que entendeu que as promessas de altos lucros, não concretizadas, não caracterizariam vício de consentimento porque a aventada probabilidade de ganhos mais vultosos teria respaldo em uma circunstância de caráter objetivo: a proximidade da Boate com as obras da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, que contaria com a presença de muitos trabalhadores do sexo masculino.

Portanto, em mais este caso, o mero conhecimento da vítima sobre o exercício da prostituição foi suficiente para o Judiciário considerar existente e válido o consentimento destipificador.

4.1.3.2 Caso 3B – A justiça do 'sim': o consentimento de uma criança como moeda de troca para o abuso

O caso ora analisado é o Recurso em Sentido Estrito nº 5008052-50.2020.4.03.6119, interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal em Guarulhos/SP, que rejeitou a denúncia quanto à imputação de prática do crime

inscrito no art. 149-A, V, c/c § 1º, II, do CP por A.Z.M.B., declinando a competência do feito para o juízo estadual quanto aos crimes do art. 217-A, c/c art. 226, II, c/c art. 234-A, III, todos do CP.

O acórdão em tela trata de caso ocorrido após o início da vigência do art. 149-A e contém diversos detalhes, possibilitando uma análise mais aprofundada.

Segundo a decisão, a denúncia rejeitada revela que em uma data incerta anterior a abril de 2019, o denunciado A.Z.M.B. aliciou, transportou, alojou e acolheu adolescente, mediante fraude, com a finalidade de exploração sexual, havendo trazido do Paraguai a adolescente D.R.O., nascida em 2006 (isto é, a vítima tinha então a idade de 13 anos).

No período entre abril de 2019 a 18 de maio de 2020, o acusado manteve conjunções carnavais com a vítima, o que resultou em gravidez. A decisão recorrida rejeitou a denúncia quanto ao art. 149-A, considerando que remanesceram indícios da prática do delito do art. 217-A c/c art. 226, inciso II, c/c. art. 234-A, inciso III, todos do CP, razão que justificaria a remessa à Justiça Estadual.

Irresignado, o MPF interpôs o RESE, entendendo haver elementos suficientes para o início da instrução penal.

Apreciando os fatos descritos na demanda, o acórdão narra que restou apurado que o acusado entrou em contato com a vítima por meio do *Facebook*, passando a conversar com ela sobre diversos assuntos, em especial a vida do acusado no Brasil. A vítima teria então manifestado interesse em vir trabalhar no Brasil. Posteriormente, o acusado retornou ao Paraguai, conhecendo pessoalmente a vítima D.R.O e seus familiares. Em um segundo encontro no Paraguai, no primeiro trimestre de 2019, o acusado A.Z.M.B. conversou com a mãe de D.R.O., convencendo-a a permitir a viagem da adolescente ao Brasil para trabalhar na confecção do acusado, viagem esta que ocorreu com o auxílio de M.M., tio materno da vítima.

Em abril de 2019, a vítima chegou ao Brasil com o acusado, passando a residir no imóvel em Guarulhos onde funcionava a oficina de costura do acusado e onde ele também residia. Além do acusado e da vítima, outras 11 pessoas de origem paraguaia residiam no local, também trabalhando para o acusado. As despesas da vítima passaram a ser custeadas pelo acusado, que iniciou com ela um relacionamento amoroso, embora não se

apresentassem em público como um casal. Após três meses da chegada de D.R.O. no Brasil, ela engravidou de A.Z.M.B. e deixou o trabalho na oficina, passando a cozinhar para os moradores da casa, sem receber remuneração para tal. Seus documentos pessoais permaneceram retidos pelo acusado.

Em 18 de maio de 2020, a adolescente deu à luz uma criança do sexo feminino.

Conforme relatório do Conselho Tutelar de Guarulhos, o acusado compareceu ao hospital afirmando ser o genitor da criança recém-nascida e companheiro da adolescente, afirmando ainda que reside com a adolescente e amigos.

Em 26/05/2020, o tio materno M.M., apresentou-se no hospital, dizendo ser vizinho da adolescente e afirmando que esta veio em sua companhia do Paraguai. Apesar disto, a vítima não foi liberada.

A entidade que efetuou o acolhimento institucional de D.R.O. e sua filha elaborou avaliação psicossocial. Entre os trechos do documento que constam do Acórdão, é possível destacar que foi identificado que D.R.O. deu início à sua vida sexual com 12 anos, em relacionamentos anteriores ao acusado, sempre com homens muito mais velhos. A adolescente sentia angústia diante da ideia de criar sua filha sem o pai, tendo em visto que vivenciou essa situação em sua vida pregressa. Entende a vítima que o acusado é uma boa pessoa e que a falta de oportunidade profissional e a dificuldade financeira vivida em seu país de origem motivaram a sua vinda ao Brasil. Não se enxerga como vítima de exploração infantil, mas como noiva do acusado, que tem 28 anos. Afirmou que trabalhava de 7h às 20h como costureira na oficina de A.Z.M.B. e que recebia salário, que usava para despesas pessoais, eis que a moradia era custeada pelo acusado. Afirmou que seu tio materno M.M. trabalhava trazendo pessoas do Paraguai para o Brasil e que na casa em que residia com o acusado moravam 11 pessoas, todas trabalhando com costura. Que nos dias de folga todos da casa saíam sempre juntos. Que não sofreu violência enquanto residiu na casa com o acusado. Afirmou também que interrompeu os estudos e não tinha intenção de dar continuidade. Que saía com o acusado, mas nunca sozinha como casal, sempre com outras pessoas.

A Polícia Federal efetuou missão no endereço do acusado A.Z.M.B., mas não pôde adentrar o local para verificar as condições de trabalho lá desenvolvidas. O acusado afirmou que trabalha com costura desde 2019, mas não tem firma estabelecida. A.Z.M.B. respondeu

que mais uma conterrânea dele residia no local, mas não estava pois havia ido ao mercado. Em nova missão, a PF foi recebida por uma Sra. Letícia Duarte Cabral, que se identificou como esposa de A.Z.M.B.

O acórdão entendeu que, apesar de que o MPF indicou existência de fraude, a menor veio conscientemente ao Brasil e que o trabalho era remunerado, razão pela qual não incidiram os fins específicos de redução à condição análoga à de escravo ou de servidão constantes dos incisos II e III do art. 149-A do CP. Afirmou ainda a decisão que as relações sexuais estabelecidas foram consensuais, e que o fato ganha relevância apenas por ser a vítima menor de 14 anos (Brasil, 2022a).

Contudo, o juízo de primeira instância, ratificado posteriormente pela decisão de segundo grau, considerou que não se configurou a finalidade específica de exploração sexual descrita no tipo penal de tráfico de pessoas. Isto porque o dolo específico de exploração não estaria caracterizado na conduta do acusado, que aliciou a adolescente não para explorá-la financeiramente como um bem de quem se colhe frutos, mas tão somente para a satisfação de sua própria lascívia. Assim, pela inexistência de proveito da vítima perante terceiros, ou de obtenção de vantagem decorrente da exploração da menor como um bem, não estaria configurada a exploração sexual descrita no tipo penal, estando presentes as elementares de outra tipificação, no caso, o art. 217-A (estupro de vulnerável). Assim, e citando parecer ministerial de segunda instância no mesmo sentido, manifestado na condição de *custos legis*, que fazia menção a uma suposta “normalidade” com que os relacionamentos de D.R.O. eram encarados no Paraguai, a decisão desproveu o recurso em sentido estrito (Brasil, 2022a).

Relatados os fatos descritos na decisão, nota-se no caso em tela inúmeras inconsistências nas circunstâncias fáticas descritas, que necessitariam de esclarecimentos adicionais, tais como a relação do acusado com o tio materno; em que consiste o trabalho do tio materno; quais as condições de trabalho que eram ofertadas na oficina de costura; quem seriam as pessoas que residiam com a vítima e o acusado e como eram seus regimes de trabalho; quem seria a Sra. Letícia que se apresentou como esposa do acusado A.Z.M.B., tendo em vista que a vítima se considerava em um relacionamento com ele, como sua noiva, e afirmou que dormia com ele na mesma cama; por que razão as pessoas que residiam na oficina só podiam sair juntas; como o acusado A.Z.M.B. estaria em um relacionamento com

adolescente se não saía com ela como casal; por que o tio materno se apresentou no hospital como vizinho da vítima e não com a relação de parentesco; por que o acusado mantinha em sua posse a documentação da adolescente, entre muitas outras.

Nota-se que a instrução probatória consistiu principalmente nos relatos da vítima, que, nitidamente em situação de múltiplas vulnerabilidades — pobreza, infância e gênero — possivelmente ludibriada pelo acusado, se considerava em um relacionamento com ele, mesmo com muitos outros indícios de que isso não seria verdadeiro, além de obviamente não perceber sua situação de criança explorada, ainda que se considere unicamente a condição de costureira. A vítima D.R.O. também não tem capacidade para apreender o alcance e as consequências da interrupção de seus estudos. Como dito em momento anterior, o foco da produção probatória nos casos de tráfico de pessoas não deve se dar na perspectiva da visão da vítima, mas nas ações do acusado.

Com relação ao afirmado no acórdão, no sentido de que a satisfação da própria lascívia não caracteriza exploração sexual, é de se observar que no artigo temático *The Concept of ‘Exploitation’ in the Trafficking in Persons Protocol*, a UNODC esclarece que, muito embora o termo “exploração sexual” não seja exaustivamente definido no Protocolo de Palermo, não sendo parte da linguagem internacional no que toca aos direitos humanos, a situação não se aplica às crianças. De acordo com o documento, **a Convenção sobre os Direitos das Crianças identifica como exploração a indução ou coerção de criança a participar de atos sexuais ilegais**, e essa seria a posição também de outros instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção do Conselho Europeu sobre a Proteção da Criança contra Exploração Sexual e Abuso sexual (UNODC, 2015, p. 29, grifo nosso).

De fato, a Convenção sobre os Direitos da Criança em seu art. 34 determina que os Estados-Parte — entre os quais se encontra o Brasil — se comprometem a proteger as crianças contra todas as formas de exploração e abuso sexual, adotando as medidas necessárias para impedir o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal.

Assim, no caso em tela, além do Protocolo de Palermo e das disposições da Convenção de Belém do Pará, aplicam-se também de forma complementar as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, pelo que o entendimento de que a exploração para a

própria lascívia é atípico, não caracterizando exploração sexual, incide em flagrante inconveniência. Abuso sexual de menores é, para os fins do Protocolo e da Convenção sobre os Direitos da Criança, uma forma de exploração sexual.

4.1.3.3 Caso 3C – Liberdade sob câmeras: o consentimento garantido por ameaças e mentiras

Trata-se da Apelação Criminal nº 0002895-09.2018.4.03.6102, interposta pelo Ministério Público Federal em decorrência dos desdobramentos da denominada Operação Cinderela. A denúncia, originalmente formulada pelo Ministério Público de São Paulo, narra a existência de organização criminosa responsável por controlar prostituição de pessoas transgênero em regiões da cidade de Ribeirão Preto, por meio de endividamento e aliciamento de pessoas de outras regiões do país. Em 17/05/2023, o MPF aditou a denúncia, acrescentando a imputação de redução à condição análoga à de escravo a todos os denunciados, assim como o crime de tráfico de pessoas com finalidade de exploração sexual para alguns deles.

A sentença absolveu os réus das acusações dos crimes de tráfico de pessoas para o fim de exploração sexual e de rufianismo qualificado, por entender inexistirem provas de que os réus concorreram para a infração, ao que o MPF manejou o recurso, pleiteando a condenação por estarem provadas as circunstâncias do delito, inclusive mediante abuso de posição de vulnerabilidade das vítimas.

Analizando as provas encartadas no tocante ao crime de tráfico de pessoas, o acórdão fez referência ao fato de que, para a incidência típica, é necessário que os verbos nucleares ocorram mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Afirma a decisão que são comuns os exemplos de agente que alicia as vítimas prometendo-lhes oportunidade de trabalho no exterior, porém, ao chegar no destino as pessoas se deparam com realidade que difere da promessa, sendo submetidas a exploração sexual de maneira forçada. Nesses casos, de acordo com o relator, poderia haver claro emprego de ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, não sendo voluntária a prostituição. Contudo, para o Relator do voto, a acusação não se desincumbiu de comprovar a existência de alguma das coações mencionadas, eis que

as mulheres transexuais eram profissionais do sexo que buscavam de forma voluntária exercer a prostituição.

A decisão transcreve depoimentos extrajudiciais de testemunhas 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, entendendo que as demais não trouxeram informação pertinente em seus depoimentos.

Analisando a prova, o acórdão afirma que as testemunhas 2, 5, 6 e 11 narram ter buscado a prostituição de forma voluntária, sem que houvesse o uso de alguma estratégia específica determinada por terceiros – fosse mediante engano em relação aos pontos fundamentais, fosse por uso de alguma forma de ameaça ou violência, o mesmo ocorrendo para as testemunhas 12, 14, 15, 16 e 17.

Em exame da prova relativa às testemunhas 1 e 13, a decisão admite que a testemunha 1 foi surpreendida com as más condições de trabalho e de vida oferecidas pelas rés, apesar de não haver uma logística que se aproveitasse de seu engano quanto à finalidade da viagem. Acerca da testemunha 13, muito embora a decisão registre o relato de cobrança a maior de dívidas e cobranças abusivas, não há narrativa de violência ou coação ligada ao deslocamento. Para o acórdão, qualquer fraude só se efetivaria se fosse o método com o qual se conseguiu realizar o transporte, não havendo a acusação produzido prova de que teriam sido prometidas outras formas de trabalho que não a prostituição.

Embora mencione a possibilidade de vício de consentimento por vulnerabilidade, e ainda reconheça as pessoas trans como vulneráveis, o decisório prossegue repetindo que as vítimas conheciam a finalidade de prostituição e inclusive se prostituíam anteriormente.

Por outro lado, deixando-se de lado a análise realizada pelo acórdão e observando-se apenas a transcrição literal dos depoimentos, é de se ver que a testemunha 1 sabia que iria exercer a prostituição mas não em condições tão duras; que a ré a iludiu dizendo que teria as melhores condições de trabalho, proteção, que teria liberdade para escolher seus clientes e as práticas sexuais que praticaria. Ainda afirmou que foi induzida a usar cocaína, que ficou assustada e quis fugir, mas não podia porque havia o endividamento, que havia câmeras por todo lado e que a ré a ameaçou, dizendo que se fosse embora mataria sua família (Brasil, 2024a).

A testemunha 2 menciona que a cada vez que pagava uma dívida, a ré imediatamente aparecia com outra, afirmação corroborada pela testemunha 11.

Observa-se, nitidamente, que **a decisão, muito embora pretenda levar a crer que analisa minuciosamente os depoimentos transcritos, em realidade entende que, estando a vítima ciente de que iria se prostituir, a submissão a qualquer tipo de condição sub humana não seria suficiente para caracterizar o crime de tráfico de pessoas, independente da manifestação de qualquer coação a fim de manter as pessoas prostituídas naquela prática. Por óbvio, tal visão reflete um conceito extremamente limitado de consentimento, e inteiramente dissonante das finalidades do Protocolo de Palermo.**

4.1.3.4 Caso 3D – Um negócio da China: a vulnerabilidade como passaporte para a escravidão

Analisa-se aqui o acórdão que resolveu a dupla Apelação Criminal nº 0001447-21.2019.4.03.6181, interpostas pelo Ministério Público Federal e por Z.L. contra sentença que condenou Z.L. pela prática dos delitos tipificados nos arts. 149, caput e §1º, inciso II e 149-A, inciso II, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A peça inicial acusatória narrou que Z.L., natural da China, submetia estrangeiros a condições degradantes de trabalho, além de restringir sua locomoção, reter seus salários e também documentos pessoais. Afirmou ainda que o aliciamento dos estrangeiros se deu mediante fraude.

No caso, observou-se a existência de uma marcenaria clandestina na cidade de Tatuapé, no Estado brasileiro de São Paulo, onde pessoas de origem chinesa eram mantidas em situação irregular de migração e de trabalho, sem condições dignas e nem acesso a seus documentos. Havia sido prometida uma remuneração em moeda chinesa, a ser paga aos familiares na China. Ao chegar ao Brasil, as vítimas tiveram seus passaportes retidos e passaram a laborar das 7 às 19 horas com uma hora de descanso, sem descanso semanal remunerado, ficando confinados no imóvel e sem equipamentos de segurança para o trabalho.

A sentença proferida no feito condenou Z.L. pelos delitos tipificados nos arts. 149, caput e §1º, inciso II e 149-A, inciso II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, ao que o MPF recorreu pedindo, em síntese, a majoração da pena e o reconhecimento do concurso formal, tendo em vista a multiplicidade de vítimas.

A defesa do réu, por sua vez, apelou para requerer a absolvição, tendo em vista tratar-se de irregularidades trabalhistas.

Analizando a prova dos autos, o acórdão relata que as precárias condições de trabalho e habitação foram bem demonstradas, a exemplo de camas insuficientes, lixo exposto, falta de papel higiênico, entre outros. Além disso, restou comprovada a jornada exaustiva e a retenção de salários. Os depoimentos deixaram comprovado também o engano, eis que as condições oferecidas na China quando da contratação eram muito superiores às que efetivamente foram oferecidas quando as vítimas chegaram ao Brasil. Várias das vítimas relataram ter medo de sofrer represálias por parte de Z.L.

A decisão, de forma louvável, registra também que as vítimas, em razão da necessidade do trabalho, se tornavam facilmente exploráveis, aceitando jornadas e condições degradantes para obter recursos mínimos. Assim, muito embora não tenha havido coerção física, ficou evidenciado o aproveitamento de sua vulnerabilidade e pobreza como mecanismo de perpetuação da exploração (Brasil, 2021c).

Assim, de forma correta, o acórdão reconheceu o abuso da vulnerabilidade dessas vítimas a viciar o consentimento dado para as condições de trabalho, mantendo assim a condenação pelo delito previsto no art. 149-A.

4.1.3.5 Caso 3E – A prisão da necessidade: tráfico para cometimento de crimes sob a sombra da vulnerabilidade

O caso em tela é a apelação criminal nº 5006964-40.2021.4.03.6119, interposta por M.W.M. contra a sentença que a condenou à pena privativa de liberdade pelo cometimento do delito previsto no art. 33, caput, c. c. o art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, posteriormente substituída por duas restritivas de direitos (prestação pecuniária e de serviços à comunidade).

De acordo com a decisão de segunda instância, o recurso defensivo narra que a ré é natural da Tanzânia, e sobrevivia com a renda de 11 mil xelins tanzanianos por mês como vendedora de frutas, equivalente a 4,78 dólares americanos ou 22 reais. Tal miserabilidade a impedia de comprar comida, pagar despesas hospitalares de seu pai, a escola de sua filha, o que a motivou a aceitar a realização da viagem transportando drogas. Inicialmente não tinha ciência da finalidade ilícita da viagem, pois foi-lhe informado que teria que levar um mineral em Doha, quando já estava em conexão a caminho do Brasil, longe de sua família (Brasil, 2022b).

Além disso, a apelante fazia renda extra como prostituta, o que lhe rendia 4 a 5 mil xelins tanzanianos por mês, equivalentes a um valor entre 8 e 10 reais por mês, sendo pessoa em estado de extrema necessidade, detentora de vulnerabilidade social passível de abuso. Assim, a defesa afirmou que a apelante foi vítima de tráfico de pessoas, sendo recrutada ilicitamente para transporte internacional de drogas por meio do oferecimento de um valor expressivo em moeda tanzaniana (equivalente a 1.500 dólares americanos).

Afirmou ainda a defesa que a ré foi aprisionada em casa por um mês e foi ameaçada de morte para não deixar o local, sendo nítido que agiu sob coação.

A prova produzida nos autos e reproduzida na decisão informa que a ré sabia que transportava drogas, tendo-o feito porque tinha problemas na família: sua mãe e irmão estavam tendo dificuldades para pagar o hospital após a morte de seu pai. Afirmou que veio para o Brasil a convite de um vizinho na Tanzânia, e que, ao chegar ao país, foi trancada em uma casa por um mês, sem fazer contato com ninguém. Após esse período, uma pessoa foi até a casa e lhe entregou a mala, mandando-a levar o conteúdo para a África do Sul sob promessa de receber o valor de 1.500 dólares para ajudar a sua família. Era ameaçada pela pessoa que lhe entregou a mala, que, embora lhe permitisse acesso ao telefone, frequentemente mexia no aparelho, vigiando os seus conteúdos.

Embora reconhecendo as circunstâncias difíceis da vítima, o acórdão entendeu que a vulnerabilidade descrita não é suficiente para a descriminalização de sua conduta. E que, havendo ficado em poder do seu celular, teria a possibilidade de entrar em contato com quem quisesse, inclusive solicitar ajuda. Para o acórdão, a dificuldade econômica não se mostra hábil a isentar a ré do cometimento de delitos (Brasil, 2022b, incluir página).

Como se vê, o caso em tela tratou da criminalização de pessoa recrutada pelo tráfico de pessoas como “mula”, por meio de abuso de vulnerabilidade. Importante dizer que a Lei n. 13.344/16 não criminaliza o recrutamento para outras finalidades no tráfico de pessoas, a exemplo do propósito de obrigar as vítimas ao cometimento de crimes. A falta dessa previsão é um dos pontos que adicionam dificuldades extras para a identificação e punição do tráfico de pessoas, pois solapa o reconhecimento da situação das vítimas e dos correspondentes direitos que deveriam ser-lhe garantidos quando praticam crimes como consequência direta de sua captura por traficantes de pessoas (Brasil, UNODC, 2022, p. 26).

Contudo, publicação do Ministério da Justiça em parceria com o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime já acenou com a possibilidade interpretativa de se considerar a prática forçada de crimes como uma forma de servidão (Brasil, UNODC, 2022, p. 26), o que permitiria o enquadramento no inciso III do art. 149-A. Apesar disso, o consentimento da vítima para prática do crime, mesmo profundamente viciado por meio das coações exercidas pelos agentes criminosos, tende a ser visto como fator configurador da culpabilidade, conforme visto na unidade de análise em discussão. Por causa disso, a exploração da vítima passa sem identificação pelo sistema penal (Brasil; UNODC, 2022, p. 32).

Muito embora a vulnerabilidade seja reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no caso de exploração do trabalho (vide caso 3c), quando a finalidade exploratória foi o cometimento de delitos (caso 3d) ou a exploração da prostituição (caso 3b), o abuso de vulnerabilidade não foi reconhecido.

4.1.4 Tribunal Regional da 4ª Região

4.1.4.1 Caso 4A – De olhos bem fechados: consentimento de menores para exploração sexual validado pela Justiça

Analisa-se agora o acórdão que decidiu a Apelação Criminal nº 5000721-81.2016.4.04.7007/PR, interposto pelo réu P.C.M. contra sentença que o condenou por diferentes tipificações contidas no Código Penal, entre elas, o delito de tráfico de pessoas, então descrito no art. 231.

Analizando-se a transcrição da sentença, contida no acórdão, nota-se que P.C.M. era proprietário do estabelecimento Drink Bar na cidade de Planalto, no Estado brasileiro do Paraná, local onde era realizada venda de bebidas e aluguel de quartos para programas da atividade de prostituição. No inquérito, a agente indicou que o réu se deslocou a Foz do Iguaçu para trazer duas meninas paraguaias, uma delas menor de idade (R.R.F.G.), para atuarem como prostitutas em sua boate. No interrogatório judicial, o acusado confirmou ser dono da boate e auferia seu lucro da venda de bebidas e do aluguel dos quartos, e que as duas meninas apanhadas eram maiores de idade.

A menina adolescente, R.R.F.G., na fase inquisitorial disse ter 16 anos de idade, e que havia ingressado no Brasil para se prostituir, tendo exercido o meretrício e consumido bebida alcoólica na boate do réu. Inquirida judicialmente por rogatória, R.R.F.G. afirmou que entrou no Brasil sozinha, mas não sabia no que iria trabalhar.

A outra vítima apanhada em Foz pelo réu, S.L.G., ouvida apenas na fase administrativa, pois não foi localizada no curso do feito, também declarou ter realizado programas na boate Drinks, sendo que o pagamento dos clientes era feito ao réu, que lhe repassava o valor descontado o aluguel do quarto.

Outras testemunhas ouvidas afirmam que uma das mulheres que trabalhavam no local (supostamente R.R.F.G.) era menor e aparentava isto, tendo comportamento infantilizado, condizente com a idade. As testemunhas afirmaram que se tratava nitidamente de uma adolescente.

A sentença de origem indicou que, muito embora R.R.F.G. tenha negado, na etapa judicial, o exercício da prostituição, a versão é contraditória com o restante da prova produzida. Ademais, asseverou que não socorre ao acusado a alegação de desconhecimento da menoridade da vítima, eis que deveria ter indagado — e se não o fez é porque não tinha interesse, mesmo diante do fato notório de que a vítima tinha características evidentes de sua tenra idade.

O acórdão, revisando a questão, asseverou que, com a nova formatação do tipo penal, o crime só se consuma se houver grave ameaça, violência, coação ou fraude. Assim, considerando que a atividade de meretrício de R.R.F.G. e S.L.G. se deu sem grave ameaça,

violência, coação ou fraude, considerou atípico o fato, mesmo diante da menoridade da vítima R.R.F.G. (Brasil, 2021c).

Assim, a decisão conferiu validade à consentimento dado por menor para sua própria exploração sexual, em total desconformidade com as disposições do Protocolo de Palermo.

4.1.5 Tribunal Regional da 5ª Região

4.1.5.1 Caso 5A – A justiça que não questiona: quando o ‘saber’ vira licença para a exploração

Cuida-se aqui de duas apelações (processo nº 0000303-89.2017.4.05.8100), manejadas respectivamente pelo Ministério Público Federal e pelos réus R.M. e E.A.B., em face de sentença proferida pelo Juízo da 32ª Vara Federal do Ceará que condenou o segundo apelante pela prática do crime de associação criminosa (artigo 288, CP) e de crimes continuados de tráfico de pessoas para exploração sexual (artigo 149-A, V, § 1º, IV, e § 2º, CP); e a terceira apelante, pelo crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228, CP).

O MPF recorreu para conseguir a condenação de E.A.B. ao crime do art. 149-A, V, § 1º, IV, e § 2º, e, também, pelo crime do artigo 288 do Código Penal, eis que omitiu das vítimas as reais condições em que a prostituição se realizava. Os réus, por seu turno, buscaram sua absolvição.

O acórdão entendeu que a sentença mereceria reforma, em razão da tipificação mais benéfica contida no art. 149-A. Isto porque, na redação anterior, do art. 231, o consentimento da vítima era irrelevante, mas pela nova incriminação, a ocorrência de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso é essencial para a tipicidade do fato. Assim, em razão do fato de que as vítimas eram maiores e tinham ciência de que iriam se prostituir, o acórdão afirmou que não seria caso de tráfico (Brasil, 2024b).

Na fundamentação, o decisório afirmou que a tese do MPF que a diferença nas condições de trabalho caracterizam vício no consentimento não merece prosperar, pois as vítimas sabiam o que iriam fazer no país estrangeiro, devendo portanto ser absolvidos os apelantes, com resultado extensivo ao réu FF, que não recorreu.

Como visto, o TRF 5 esposou, nesta ocasião, o entendimento limitado e inconveniente no sentido de que o intuito de se prostituir justifica quaisquer condições para o exercício de tal meretrício, de forma que, se a vítima tinha ciência de que iria se prostituir, nada mais poderia exigir de suas condições de trabalho.

4.2 Resultados e discussão

Observando-se as decisões selecionadas, destacamos o principal achado desta fase da pesquisa: o de que os Tribunais Regionais Federais brasileiros frequentemente consideram que, caso a vítima deseje se prostituir, pode ser submetida a quaisquer condições de trabalho (na atividade de prostituição), ou de coação, sem que isso caracterize vício de consentimento. Este entendimento constou de todas as unidades de análise que trataram sobre prostituição.

Assim, de acordo com o entendimento prevalente nas decisões coletadas, para que haja possibilidade de se considerar viciado o consentimento, será preciso, em primeiro lugar, que a vítima não tenha se prostituído anteriormente nem deseje fazê-lo no local de destino a que está sendo transferida. Parece, da leitura da amostra coletada, que a tipificação dada pelo art. 149-A do CPB ao tráfico de pessoas atuou quase como uma exculpança automática de todo acusado que deseje explorar as vítimas prostituídas, tendo em vista que, caso o faça, nem mesmo ameaças de morte direcionadas à manutenção da pessoa na prostituição serão bastante para que o consentimento seja considerado viciado.

Contudo, o padrão hermenêutico identificado não está de acordo com o direito, nacional ou internacional. Como visto na parte teórica do trabalho, em algumas situações, a norma penal admite a renúncia à sua proteção. Porém, o âmbito da eficácia do instituto do consentimento não é ilimitado.

Para que o consentimento seja eficaz como causa justificante, o bem jurídico tutelado deve ser disponível. Muito embora seja concebível que as pessoas concordem em se dedicar à prostituição, **não é juridicamente possível que uma pessoa consinta na abdicação de sua própria liberdade, pois trata-se de bem jurídico indisponível.**

Quando a manutenção na prostituição, em determinado local ou em certas condições de trabalho decorre de ameaças e cobranças de dívidas abusivas, que se eternizam, não há

dúvida alguma de que o consentimento da pessoa, ainda que prostituída voluntariamente, se encontra viciado, pois o consentimento foi dado para a prostituição e não para as condições abusivas de seu exercício, nem para a exploração de sua liberdade de decidir.

Ademais, nos casos em que a vítima é explorada para o cometimento de crimes, a tipificação do art. 149-A pode ser entendida para que se considere a prática forçada de delitos como uma forma de servidão, visto que os meios de coação atuam de forma a invalidar a vontade da vítima (Brasil; UNODC, 2021. p. 26). É esta a interpretação dada, inclusive, de forma expressa em Códigos Penais de outros países, a exemplo da Espanha e do Uruguai (Brasil; UNODC, 2021, p. 29).

É preciso lembrar que **uma das finalidades criminosas descritas pelo Protocolo, e também pelo art. 149-A, é a submissão a servidão de qualquer tipo (art. 149-A, III, CP)**. Portanto, a **servidão é uma forma de exploração**, que precisa passar a ser reconhecida pelos Tribunais, seja por meio de endividamento das vítimas, seja para a realização de atos criminosos. O mesmo vale para quando a manutenção da atividade de comércio sexual se dá por meio de ameaças de morte ou outras formas de coação, que agridem de maneira indisfarçável a esfera volitiva da pessoa.

Ademais, como visto no capítulo referente às definições trazidas pelo Protocolo de Palermo, as interpretações dos órgãos de direito internacional convergem no sentido de que falsas promessas relativas às condições de exercício do trabalho caracterizam **engano ou fraude**, forma de coação punível, apta a viciar o consentimento da vítima.

Na realidade, a intelecção existente nas amostras revela discriminação incompatível com a isonomia conferida a todas as pessoas pela ordem constitucional, e perpetua a ideia de que a pessoa prostituída não é sujeito de direitos, sendo causadora ou merecedora de agressões à sua esfera jurídica a partir do momento em que tem ciência da atividade de prostituição.

Deve o magistrado atentar para as condições em que o consentimento foi dado, tendo em vista que uma situação, inicialmente não exploratória, pode evoluir para exploração. Isto é, o exercício da prostituição pode ocorrer de forma legítima no início, e depois passar a acontecer mediante coação do agressor em face das vítimas.

Conforme já mencionado em momentos anteriores, o sexo feminino é o mais afetado pelo tráfico de pessoas. A título de exemplo, estudo quantitativo realizado pela UFMG detectou que, no Brasil, de 714 vítimas identificadas, 688 eram mulheres, o que corresponde a 96,36% do total de vítimas identificadas em processos relativos a tráfico de pessoas. Os homens correspondem a menos de 1% das vítimas identificadas (Miraglia *et al.*, 2022, p. 39).

Além disso, a maior parte dos processos — tanto na amostra coletada para o presente trabalho, quanto no estudo realizado pela Clínica de Trabalho Escravo da Universidade Federal de Minas Gerais (Miraglia *et al.*, 2022) — envolvem acusação pela prática de tráfico de pessoas com finalidade de exploração sexual. A prevalência de mulheres como vítimas indica que elas são as mais exploradas para tal finalidade.

Por tal razão, é nítido que um olhar discriminatório em relação ao tráfico de pessoas para finalidade de exploração sexual corresponde a um olhar discriminatório contra as mulheres, maiores vítimas dessa modalidade criminosa. A imperiosa necessidade de aplicação de perspectiva de gênero ao julgamento desses casos é a conclusão natural.

Dos casos descritos se nota também a ausência de aferição sobre a ocorrência de vícios de consentimento, e portanto, acerca de sua validade. Em nenhuma das amostras a validade do consentimento foi objeto de cognição exauriente, e em pelo menos um caso, essa indisposição para analisá-la levou a aplicação da lei penal em franco confronto com a autoridade de enunciados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal (sendo o deste último de caráter vinculante), por meio de uso parcial de incriminações diversas.

Observa-se também que a vulnerabilidade e o engano foram reconhecidos em decisão que versava sobre exploração do trabalho, em que as vítimas mais frequentemente são do sexo masculino. Porém, relativamente a vítimas do sexo feminino, recrutadas para a prostituição ou para o tráfico de drogas, a vulnerabilidade e a pobreza da vítima não foram objeto de consideração na fundamentação das decisões.

Outro ponto merecedor de atenção é a validade conferida, nas decisões coletadas, ao consentimento dado por menores para exploração sexual, seja na prostituição, assim como o olhar naturalizante para relações de caráter supostamente conjugal com o acusado.

Como visto em momento anterior, a lei penal brasileira não define o consentimento como causa de atipicidade ou de justificação, pelo que o instituto, apesar de ser largamente utilizado no país, carece da desejável clareza que conferiria segurança jurídica à sua aplicação. Aliado a isso, a redação do art. 149-A não faz nenhuma ressalva quanto à impossibilidade do consentimento de menores para qualquer finalidade do tráfico de pessoas, sendo assim menos protetiva do que o Protocolo de Palermo.

Nesse ponto, consoante se pode ver dos julgados coletados, a omissão da legislação brasileira apresenta particular gravidade, comprometendo as obrigações de proteção previstas na Constituição Federal, no Protocolo de Palermo e na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Como o tráfico de pessoas é um crime que afeta mais as mulheres, também é considerado violência contra as mulheres e, quando cometido contra menor, violência contra infância. As mulheres e meninas são também as maiores vítimas de casamentos forçados e infantis, além de outras práticas deletérias como estupro marital e de crianças dentro do lar. Tais formas de abuso e exploração, relacionadas ou não com o tráfico de pessoas, são a manifestação de relações de poder historicamente desiguais (UNODC, 2020a, p. 22).

A literatura se refere ao fenômeno “*loverboy*” como uma forma de recrutamento para o tráfico de pessoas, que, em alguns poucos casos, pode incluir casamento. Contudo, na maior parte de tais situações, o que se observa é que a interação entre a vítima e o agressor contém um elemento de relacionamento afetivo. Os criminosos constroem um laço de confiança com a vítima fingindo manter com ela uma amizade ou namoro, e uma vez dentro da relação, passam a coagir a vítima (UNODC, 2020a, p. 37).

O Protocolo de Palermo não menciona o casamento como finalidade exploratória, mas alguns países criminalizam casamentos forçados e infantis (UNODC, 2020a, p. 10), que são práticas prejudiciais às mulheres e às crianças. A Convenção sobre Consentimento para Casamento, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamento, promulgada pelo Brasil 1969 (Decreto-Lei nº 659), traz para os Estados signatários (como o Brasil) a obrigação de garantir uma idade mínima para o casamento, assim como a necessidade de consentimento válido das partes para que o casamento seja realizado. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, também estabelece

especificamente que o casamento de crianças não têm efeito legal (art. 16). Há um razoável consenso acerca do fato de que a idade mínima deveria ser de 18 anos, bem assim como sobre o fato de que casamentos forçados e infantis são violações de direitos humanos, consistindo, em certos casos, em uma forma de escravidão (UNODC, 2020a, p. 16-19). As mulheres e meninas submetidas a tais violações sofrem consequências negativas dessas agressões em sua saúde, educação e liberdade pessoal, sendo mais vulneráveis à exploração dentro do casamento (UNODC, 2020a, p. 23). Por vezes, são exploradas em trabalhos domésticos ou mesmo em atividades comerciais, sem acesso às suas remunerações, que são controladas pelo marido/agressor (UNODC, 2020a, p. 40).

Para alguns especialistas, qualquer casamento infantil pode ser considerado forçado, eis que crianças não podem dar consentimento válido (UNODC, 2020a, p. 85). Assim, as jurisdições dos países devem dar especial atenção para os elementos que possam caracterizar esses tipos de relação, e sobretudo, nos casos de casamento infantil, em que deve ser realizada investigação acerca de exploração sexual infantil. Seria adequado estabelecer linhas de orientação para a persecução penal em casos de tráfico de pessoas que envolvem casamentos (UNODC, 2020a, p. 91-92) e outras situações que possam impedir a vítima de deixar a situação de exploração, a exemplo de gravidez.

Importante lembrar que, no julgamento do RE 418.376, em 2006, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a possibilidade de união estável, como entidade familiar, em caso que versava sobre a situação de uma menina de 9 anos que foi confiada a um tutor, que passou a manter relações sexuais com ela. Posteriormente, quando a menina tinha 12 anos, veio a juízo dizer que engravidou e que vivia maritalmente com o agressor (que era marido de sua tia). Na ocasião, O STF entendeu pela impossibilidade de formação de família em tal situação, pois a criança não tinha idade núbil, não poderia dar seu consentimento para tal relação, e que o Estado brasileiro não podia chancelar tal ofensa, sob pena de incidir em proteção insuficiente, a outra faceta do princípio da proporcionalidade (Mendes; Branco, 2024a, local. 6153).

Ao invés de se ter como principal elemento de prova as declarações da vítima, deve-se realizar instrução ampla, focada nas circunstâncias fáticas e nas atitudes do acusado. É preciso que a Justiça passe a ter o olhar voltado para a detecção do tráfico de pessoas

(Miraglia *et al.*, 2022, p. 35), não podendo o Estado brasileiro deixar a cargo das vítimas a identificação do seu estado de exploração.

Sabe-se que, nas denúncias oferecidas quando da vigência dos arts. 231 e 231-A do CP, não havia necessidade de construir material probatório sobre a validade do consentimento. Porém, a partir da incriminação constante do art. 149-A, a possibilidade de um julgamento justo, do ponto de vista da vítima, passou a revolver acerca de uma adequada instrução, voltada a esclarecer pontos-chave que determinam a existência ou inexistência de tráfico de pessoas.

Nessa produção probatória, é preciso atentar para as situações em que o consentimento foi dado mediante abuso das vulnerabilidades sofridas pelas pessoas ou grupos afetados, de gênero, de idade, de raça ou mesmo outras (Miraglia *et al.*, 2022, p. 70), inclusive nos casos em que a vítima não tem ciência de que está sendo explorada, ou pensa estar em um relacionamento amoroso com o acusado. Esse olhar atento não ocorreu nas decisões coletadas, que não se debruçaram sobre as discriminações históricas e as vulnerabilidades de idade, de gênero ou tampouco econômicas das vítimas, em gritante descumprimento ao entendimento vertido pela Corte Interamericana na decisão *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2016.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, publicado em 19 de outubro de 2021, e oriundo, como já mencionado, do Caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil* (CIDH, 2021), oferece algumas diretrizes para os julgadores, definindo uma metodologia que tem como objetivo trazer atenção às desigualdades para neutralizá-las. Assim, há um estímulo para que os magistrados se questionem sobre a presença de assimetrias de poder entre os sexos, mas também em outros contextos, como por exemplo o racial e o financeiro (Miraglia *et al.*, 2022, p. 87).

O documento é um parâmetro mínimo, e obrigatório, de reflexão para os julgadores, que, na condição de *longa manus* do Estado brasileiro, devem aferir a validade do consentimento levando em consideração todos os aspectos que podem influenciá-lo.

A obrigação se estende aos membros do Ministério Público, titulares da ação penal, a quem compete fazer o controle de convencionalidade no âmbito de suas atribuições. Para que esse dever se considere cumprido, a prova produzida pela acusação precisa ser de qualidade,

apta a satisfazer os elevados *standards* probatórios do processo criminal (Haddad; Miraglia; Silva, 2020, p. 289), devendo ser direcionada sua confecção aos pontos verdadeiramente capazes de esclarecer a situação, de acordo com os padrões encontrados no tráfico de pessoas e às particularidades afetas ao consentimento da vítima nesse tipo de crime.

Essa consideração sobre o consentimento, dever de todos os atores do sistema de justiça, precisa ser feita de maneira interseccional, pois, como se pode observar, as inconveniências encontradas, resultantes das incompletudes do art. 149-A, não se restringem aos ditames do Protocolo de Palermo, acabando por se refletir no descumprimento de obrigações previstas no texto de diversos outros tratados de que o Brasil é signatário – o que não surpreende, dada a característica de indivisibilidade dos direitos humanos.

4.3 Uma saída convencional: aplicação das técnicas decisórias do controle de constitucionalidade

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024b, p. 1.258), a tendência atual do constitucionalismo de prestigiar as normas internacionais voltadas para a proteção de direitos humanos faz com que as constituições apresentem maiores possibilidades de concretização de sua eficácia, e na verdade que só possam mesmo ser concebidas, em uma abordagem que reconheça as aproximações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional.

Em razão desse panorama, que inclui o uso de direito estrangeiro e de jurisprudência de tribunais internacionais na dinâmica que oportunamente chamamos de fertilização cruzada, novos conceitos estão sendo desenvolvidos para permitir a harmonização entre tais ordenamentos jurídicos (Mendes; Branco, 2024b, p. 1.259).

E é isto que, de uma forma breve, o trabalho pretende fazer neste tópico, ofertando, como uma sugestão de solução para a harmonização das inconveniências encontradas na Lei nº 13.344/16, o uso de técnicas de controle de constitucionalidade. Trata-se, evidentemente, de ponto que mereceria maior estudo e aprofundamento e que, não sendo o

escopo principal do trabalho, merecerá um comentário apenas incipiente, a ser melhor desenvolvido, possivelmente, em trabalhos futuros.

Não se trata de defender, aqui, que o Protocolo de Palermo ou mesmo que outros tratados de direitos humanos têm caráter constitucional. Vimos em momento anterior a disciplina constante da Constituição de 1988 e a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, conquanto, como também já alertamos, essa hierarquia tenha valor apenas em âmbito nacional, não tendo consequência no direito internacional.

Contudo, diante da vocação supranacional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do intuito de construir um Direito Público compartilhado em âmbito regional, esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se a possibilidade de aplicação das técnicas do controle constitucional ao controle convencional das normas. Justiniano (2023) já observou as semelhanças entre os dois tipos de controle (), e ademais, dado o fato de que a Corte Interamericana não estabeleceu um passo a passo de realização do controle de convencionalidade, muito embora sublinhe sua obrigatoriedade pelos países, o controle de constitucionalidade certamente tem grandes chances de servir como um guia útil no cumprimento desse dever por parte dos magistrados.

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024b, p. 1.249) observam que constitucionalidade e inconstitucionalidade — e nós acrescentamos, convencionalidade e inconvencionalidade — fazem menção a um conceito de relação que se estabelece entre uma coisa e outra. Assim, um comportamento, uma norma, pode ou não estar conforme a Constituição (ou um tratado), cabendo ou não em seu sentido.

Assim, convencional é o ato que não incorre em sanção, havendo sido criado na forma correta prescrita pela norma tomada como superior para que haja integração. E inconvencional é o ato que, por desconformidade, com a ordem tomada como superior, é passível de nulidade ou anulabilidade.

Uma lei pode ser inconstitucional, ou inconvencional, se não se adequar à proporcionalidade estrita; isto é, se ferir a proibição de excesso, ou a de insuficiência.

A proibição de excesso legislativo se dá nos casos em que é possível constatar a possibilidade de aplicação de medidas menos lesivas para que se consiga a adequada proteção do bem jurídico protegido.

Ao lado, porém, da proibição de excesso, se encontra a proibição da proteção insuficiente. Se o Estado não age, ou não age suficientemente para proteger um bem que é obrigado a proteger, está malferindo seu dever de atuação, consubstanciado no dever de legislar ou de conferir proteção de alguma forma (Mendes; Branco, 2024a, local. 6.144).

A proibição da proteção insuficiente vem despontando na doutrina como uma forma de “garantismo positivo”, isto é, uma obrigação de mobilizar positivamente o direito para proteger direitos, diferente (mas complementar) do garantismo negativo que pressupõe um dever para o Estado, de se abster de interferir excessivamente na esfera dos indivíduos. Segundo Mendes e Branco (2024b, p. 1.271), a importância desse garantismo positivo é revelada na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, pelo Estado, de outros direitos.

Há também o reconhecimento de inconstitucionalidade/inconvencionalidade por omissão, o que é uma construção doutrinária recente. Antes, se considerava que uma inconstitucionalidade somente poderia ocorrer como resultado de um agir positivo do legislador. A omissão legislativa é a inobservância de um dever de legislar, como resultado direito “que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (Mendes; Branco, 2024b, p. 1.281). Naturalmente, deveres de legislar também podem decorrer de instrumentos internacionais. A Convenção Americana, por exemplo, proíbe o tráfico de escravos em todas as suas formas (art. 6).

Em relação ao objeto deste trabalho, importante notar que a Constituição Federal comanda que seja criminalizado e severamente qualquer abuso, violência e exploração sexual em face de crianças (Brasil, 1988, art. 227, §4º).

A omissão pode ser absoluta ou parcial. Omissão absoluta ocorre quando o legislador simplesmente não confecciona a providência legislativa. Omissão parcial, por outro lado, se dá quando a norma é editada, mas apenas parcialmente, de maneira insuficiente quando comparada com a “*mens*” constitucional ou convencional. Mendes e Branco consideram o tema da omissão parcial como um dos mais difíceis temas do direito constitucional, exigindo sagacidade do jurista para alcançar a solução esperada. Isto é particularmente verdade quando se trata do Direito Penal, em que não é possível criar tipos penais por analogia.

No caso versado no presente trabalho, podemos destacar três inconveniências principais, sugerindo técnicas decisórias adequadas a cada tipo de inconveniência. Vamos a elas.

4.3.1 Inexistência da elementar “engano” como forma de viciar o consentimento

Vimos, no primeiro capítulo, que o engano, forma de viciar o consentimento que é elementar do crime de tráfico de pessoas no Protocolo de Palermo, não consta da redação do art. 149-A, que no entanto prevê a elementar fraude.

O UNODC (2020a, p. 31) já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que o Protocolo de Palermo usa os dois termos (“*deception*” e “*fraud*”), o que certamente refletiria a intenção de denotar que significam coisas diferentes. Contudo, em certos contextos, podem ser considerados sinônimos, envolvendo representações equivocadas da natureza do trabalho para o qual a vítima está sendo recrutada.

Vale notar que, na maioria dos materiais interpretativos, tais meios de cometimento sempre aparecem juntos, não havendo diferenciação clara entre os dois.

A análise da jurisprudência coletada demonstra que frequentemente ocorre do traficante enganar a vítima, seja sob alegações acerca do **tipo de trabalho** a ser exercido, seja com falsas promessas acerca das **condições em que o trabalho será efetivamente exercido**, mesmo quando, por exemplo, a vítima tem ciência de que exercerá a prostituição.

Devido à evidente aproximação entre os significados das palavras “engano” e “fraude”, entendemos que o conteúdo semântico contido nos termos, em uma interpretação teleológica, pode ser considerado sinônimo, de forma que o termo “fraude”, previsto na legislação brasileira, abarque as falsas promessas que os acusados fazem às vítimas sobre as condições de vida e de trabalho a que serão submetidas, com o fim de obter um incauto consentimento, que obviamente não seria dado caso a vítima tivesse ciência do que seria vivenciado no momento de exercer a atividade.

Para tanto, o uso da técnica de **interpretação conforme** a Constituição (ou Convenção/Protocolo) poderia ser útil, porquanto a interpretação aqui sugerida nitidamente é

expressão da vontade do legislador, o que é requisito de admissibilidade dessa técnica interpretativa (Mendes; Branco, 2024b, p. 1.574).

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024b, p. 1.574), todo texto normativo, como linguagem que é, padece de certa indeterminação semântica, sendo passível de variadas interpretações. Porém, no caso de duas interpretações possíveis, sempre se há de preferir aquela que se revela compatível com o texto paradigmático (seja este a Constituição ou um tratado), o que possibilita sua efetividade. Tal técnica pode, com tranquilidade, ser utilizada no âmbito do controle de convencionalidade difuso, até porque a decisão somente terá efeito entre as partes (Mendes; Branco, 2024b, p. 1.569).

4.3.1 A falta de diferenciação do consentimento de menores em relação ao consentimento de adultos

Em relação ao consentimento de menores, o Protocolo de Palermo deixa clara a desnecessidade de uso de “meios”, não sendo possível qualquer consentimento válido de menor no caso de realização das ações previstas, presente o propósito de exploração. Como já exaustivamente destacado, a Lei n. 13.344 não fez tal ressalva, o que não surpreende porque o próprio Direito Penal Geral pátrio não regulamentou o instituto do consentimento do ofendido.

Por outro lado, apesar da falta de regulação, o consentimento é utilizado, sendo pacífico na doutrina que o instituto tem requisitos para aferição de sua validade. Um deles é a capacidade da parte que anui. Naturalmente, menores de idade não podem ofertar consentimento válido, por carecerem dessa capacidade.

A fim de harmonizar o art. 149-A com o Protocolo de Palermo, uma saída poderia ser o uso de **declaração de nulidade parcial sem redução de texto**.

Gilmar Mendes e Paulo Branco lecionam que, enquanto na interpretação conforme se tem a declaração de que uma lei é constitucional se lhe for dada determinada interpretação, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto expressamente exclui determinada hipótese de aplicação da norma, sem que seja necessária alteração da redação do dispositivo

(Mendes; Branco, 2024b, p. 1.571). Segundo os autores, tal técnica confere maior segurança jurídica, em face de sua clareza, pois determina que a lei é inconstitucional em certa hipótese, excluindo-a do âmbito de aplicação da lei. Seria o caso de se declarar, sem redução de texto, a inconveniência da inquirição do uso de “meios” de viciar o consentimento, apenas e tão somente se a vítima for menor. Nessa hipótese, não existe consentimento válido, seja por causa da obrigação internacional assumida pelo Brasil, seja porque o próprio instituto do consentimento em si, como entendido pela doutrina penal, não pode ser aplicado a menores.

4.3.1 Ausência de descrição do abuso (de vulnerabilidade)

Como estabelecido em momento anterior, o abuso de vulnerabilidade — possivelmente a mais relevante forma de viciar o consentimento da vítima, presente na quase totalidade dos casos — não foi adequadamente explicitado no art. 149-A, CP, que somente descreve o meio “abuso”, deixando de dar a conhecer ao intérprete qual seria o abuso ilícito.

Vimos ainda que marcos normativos amplos agredem o princípio da taxatividade no Direito Penal, chegando mesmo alguns autores a afirmar que as lacunas existentes nas normas incriminadoras devem ser consideradas espaços de licitude (Gueiros; Japiassú, 2022, p. 115).

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024b, p. 1.352) consideram a omissão inconstitucional (aqui, inconveniente) um dos temas mais tormentosos do direito constitucional moderno, sendo, contudo, de transcendental importância para a concretização dos direitos fundamentais.

A omissão inconstitucional resulta da inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta de comandos explícitos da Constituição, bem como de decisões axiológicas identificadas no processo interpretativo do texto normativo em análise. Tal inobservância pode ocorrer de maneira total, quando o legislador simplesmente não edita a lei necessária, como também, como é o caso aqui, de forma parcial — quando o atendimento da providência legislativa é insuficiente, defeituoso ou incompleto (Mendes; Branco, 2024b, p. 1.450).

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, completa ou parcial, demanda uma especial atenção do julgador, que não pode se substituir ao Poder Legislativo na tarefa de concretizar a Constituição. Gilmar Mendes e Paulo Branco mencionam o desenvolvimento, pelo Tribunal Constitucional alemão, da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*), em que decisão de caráter mandamental obriga o legislador a suprimir a omissão. Obviamente, trata-se de uma ferramenta para o controle concentrado.

Em determinados casos, como reconhecido pelos próprios autores, apesar do reconhecimento do ponto de desconformidade com o texto paradigma, a declaração de nulidade de uma lei e seu consequentemente afastamento não configura a melhor técnica para a eliminação da inconstitucionalidade/inconvencionalidade, pois excluiria o benefício advindo de outras partes da norma, aprofundando o estado inconvencional. A declaração da inconvencionalidade decorrente de omissão legislativa parcial exige a limitação de seus efeitos (sem a pronúncia da nulidade), pois em certas ocasiões não é possível afastar a norma sem prejuízo considerável. Para Gilmar Mendes e Paulo Branco (2024b, p. 1589), um juízo rigoroso de proporcionalidade, em tais situações, pode recomendar que seja declarada a inconvencionalidade sem nulidade, congelando-se a situação jurídica existente até que o legislador se manifeste a fim de superar a situação desconforme.

No caso em apreço, que versa sobre direito penal incriminador, não sendo possível criar tipos penais por analogia, não se deve excluir a possibilidade de decisões que promovam diálogo com o Poder Legislativo acerca da necessidade de aperfeiçoamento da incriminação que envolva grave atentado contra direitos fundamentais (Andrade, 2014, p. 289). É de se ver que, sendo reconhecida de forma reiterada a inconvencionalidade, podem os legitimados provocar também o controle de constitucionalidade ou de convencionalidade concentrado. Na realidade, por mais que se vislumbre que a norma incide na proibição de proteção insuficiente, não se pretende, aqui, descambar para uma interpretação do direito penal que extrapole as garantias negativas dos direitos humanos, resultando em um uso descuidado da proibição de proteção insuficiente (D'ávila; Scalcon, 2019, p. 91), também incompatível com os tratados de direitos humanos.

Assim, sugerimos que, no caso do vício de consentimento relativo ao abuso de posição de vulnerabilidade, a inconvenionalidade pode ser declarada, sem pronúncia de nulidade, sendo possível manter diálogo com outros órgãos do Estado para que promovam o controle de convencionalidade que lhes cabe dentro de suas atribuições, a exemplo do Poder Legislativo e do Ministério Público.

4.4 Conclusão parcial: a multiplicação das inconvenionalidades requer uma reação hermenêutica

O presente capítulo se dedicou ao estudo de caso nos moldes preconizados por Robert Yin (2015), selecionando uma amostra de dez decisões de segunda instância, relativas ao crime de tráfico de pessoas, oriundas dos Tribunais Regionais Federais brasileiros. As unidades de análise da amostra foram escolhidas com base em uma prioridade analítica: a existência de exame, ainda que mínimo, acerca do consentimento da vítima na incriminação criada pelo art. 149-A do Código Penal, objeto de estudo deste trabalho. O intuito da verificação foi investigar se a interpretação dada pelos Tribunais brasileiros ao instituto do consentimento no crime de tráfico de pessoas está de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo direito internacional, por meio do Protocolo de Palermo, da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O estudo dos casos evidenciou que os TRFs frequentemente desconsideram as nuances que o consentimento do ofendido pode assumir nos casos de tráfico de pessoas, em especial, quando o crime ocorre com finalidade de exploração sexual. A tendência demonstrada pelos julgados é preocupante, denotando que, quando a vítima de tráfico de pessoas tem ciência de que vai se prostituir, essa informação é tida como suficiente para validar o consentimento, sem que haja qualquer aprofundamento cognitivo em relação às condições em que esse consentimento é dado e para o que é dado, ignorando-se coações diversas, explícitas e sutis, vulnerabilidades econômicas, de gênero, de idade, de origem e outras que podem viciar o consentimento de forma significativa.

Outro ponto destacado é a diferença de tratamento dado ao consentimento em situações de exploração sexual (em que a maioria das vítimas é do sexo feminino) e exploração para outras finalidades, em especial, do trabalho (em que a maior parte das vítimas é do sexo masculino). No caso identificado como exploração do trabalho, a vulnerabilidade econômica das vítimas e o meio de cometimento do crime “engano” (consistente em falsas promessas sobre a condição em que o trabalho seria exercido) foram reconhecidos pelo Tribunal, que manteve a condenação. A disparidade encontrada não se coaduna com os padrões internacionais estabelecidos pelo Protocolo de Palermo, denotando indícios de discriminação e viés cognitivo.

A pesquisa revelou ainda que as inconveniências encontradas não se esgotam no Protocolo de Palermo, espalhando-se para o desatendimento do texto normativo de outros tratados internacionais de que o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e da Convenção sobre os Direitos da Criança, multiplicando, para o Brasil, o risco de responsabilização internacional.

Ao fim, foi sugerida, como uma solução possível para a harmonização da ordem jurídica interna com os *standards* internacionais, além da utilização do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, o uso das técnicas decisórias do controle de constitucionalidade, em face das semelhanças entre os dois tipos de controle e da inexistência de modelo definido pela Corte Interamericana para a realização do controle convencional. As técnicas indicadas se amoldam às principais lacunas identificadas, pelo trabalho, no tipo penal estabelecido pelo art. 149-A do CP em relação ao Protocolo de Palermo, que são a inexistência de previsão de engano como forma de viciar o consentimento, a inexistência de previsão expressa sobre a exclusão da validade de consentimento de menores e a ausência de taxatividade em relação ao abuso de vulnerabilidade, estabelecido de forma ampla como apenas abuso, em agressão ao princípio da certeza no direito penal incriminador.

Assim, foi aventado o uso de, respectivamente, interpretação conforme, declaração de nulidade parcial sem redução de texto e, por fim, declaração de inconveniência restrita, sem pronúncia de nulidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por escopo analisar o tratamento conferido ao consentimento no tráfico de pessoas, comparando a legislação brasileira ao Protocolo de Palermo e a outras fontes de direito internacional, tais como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Constatamos, confirmando a hipótese do trabalho, que existe, entre o padrão internacional e a prática brasileira, uma disparidade significativa que expõe o Estado brasileiro à responsabilização internacional.

Os capítulos do trabalho cobriram, em síntese, as diretrizes internacionais estabelecidas para a interpretação dos conceitos de tráfico de pessoas e do consentimento da vítima, seja ela adulta ou menor de idade; o controle de convencionalidade, que é técnica judicial de decisão com vistas a promover harmonização da normativa interna em relação ao direito internacional; e por fim, uma análise de decisões judiciais a fim de verificar a possibilidade de generalização da teoria estudada nos capítulos anteriores.

O primeiro capítulo fez uma recapitulação do desenvolvimento histórico do direito internacional relativo ao tráfico de pessoas, com suas tipificações primevas e com o consenso internacionalmente atingido por meio do Protocolo de Palermo, tratado que atualmente atua como principal norma relativa ao tema, contando com expressiva adesão por parte dos Estados. As definições de consentimento trazidas pelo Protocolo de Palermo, que, a despeito de algumas críticas, trazem importantes avanços na proteção de mulheres e crianças, estabelecem que o consentimento do ofendido não pode ser considerado válido quando há o uso de meios de vício de consentimento, que se consubstanciam em coações explícitas ou sutis, em especial, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade. No caso de vítimas menores, o consentimento é sempre considerado inválido, mesmo sem uso de elementares relativas aos meios de viciar o consentimento.

Após algumas modificações de menor expressão, em 2016, por meio da Lei nº 13.344, o Brasil adotou a tipificação constante do art. 149-A do Código Penal, que não observou fielmente as premissas trazidas pelo Protocolo de Palermo, omitindo diversos meios de viciar o consentimento da vítima, assim como a irrelevância do consentimento de

menores. O próprio instituto do consentimento da vítima não é regulado a contento no país, sendo a problemática algo que até mesmo transcende o crime em estudo.

Assim sendo, trabalhamos com a hipótese de que a adoção imperfeita das diretrizes constantes do Protocolo de Palermo gera, para o Brasil, risco de responsabilização internacional, tendo em vista que gera interpretações judiciais que desconsideram coações veladas sofridas pelas vítimas, bem assim como desigualdades nas relações de poder entre as pessoas.

No segundo capítulo, abordamos o instituto do controle de convencionalidade, técnica de interpretação judicial que visa assegurar que as normas internas de um Estado estejam em conformidade com as obrigações assumidas em tratados internacionais. O controle de convencionalidade é considerado pelo direito internacional uma obrigação dos Estados, de observância mandatória, e um mecanismo essencial para a garantia dos direitos humanos positivados.

Observamos que o controle de convencionalidade, que tem mais farto desenvolvimento na doutrina estrangeira do que na brasileira, ainda encontra barreiras para sua aplicação no âmbito judicial interno, havendo alguma resistência entre os aplicadores do direito nacional ao reconhecimento da autoridade das decisões da Corte Interamericana. A falta de observância dessa obrigação assumida perante a comunidade internacional já ocasionou para o Estado brasileiro numerosas condenações em processos internacionais, a exemplo dos casos *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (CIDH, 2016) e *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil* (CIDH, 2021).

Para que o controle convencional tenha efetividade como instrumento garantidor do cumprimento das obrigações internacionais do Brasil em matéria de direitos humanos, revelou-se necessário um aprofundamento da conscientização dos atores do sistema de justiça acerca de sua obrigatoriedade e importância.

A partir do terceiro capítulo, passamos a um exame detalhado de decisões proferidas por jurisdições brasileiras envolvendo o tráfico de pessoas e o consentimento das vítimas. Através da metodologia desenvolvida por Robert Yin (2015) sobre estudo de casos, examinamos dez decisões de segunda instância oriundas da Justiça Federal. Como achados, despontaram os fatos de que a interpretação dada pelos órgãos de justiça brasileiros ao

consentimento da vítima não está em consonância com os parâmetros estabelecidos pelo Protocolo de Palermo, não havendo cognição aprofundada sobre a forma de obtenção de tal consentimento e tampouco acerca de formas de coação previstas no tratado, como engano e abuso de posição de vulnerabilidade. A irrelevância do consentimento de menores foi também ignorada em diversos casos.

Observamos que o ato de se prostituir atua como um fator que atrai discriminação quando da análise judicial das circunstâncias do crime, fazendo com que o consentimento para a prostituição atuasse como fator de absolvição dos acusados mesmo quando tal consentimento estava marcado por evidências de coação ou engano, ou de menoridade da vítima. Nos casos de tráfico de pessoas para exploração da prostituição, as vulnerabilidades das vítimas, resultantes de discriminações históricas, também não foram levadas em consideração, revelando uma compreensão limitada, pelos operadores do direito, das obrigações internacionais do Brasil no combate ao tráfico de pessoas.

Em um dos casos, relativo a tráfico de pessoas para trabalho em condições análogas à escravidão, as vulnerabilidades das vítimas foram reconhecidas, sugerindo que pode haver diferenças na forma como o Poder Judiciário encara o consentimento de vítimas do sexo feminino e masculino. Essa desconformidade abre margem para que, em alguns casos, as vítimas sejam consideradas parcialmente responsáveis por sua situação de exploração, em uma interpretação que não é consentânea com as finalidades do Protocolo e resulta na falta de proteção adequada para as vítimas de tráfico de pessoas.

As decisões analisadas denotam a presença de estereótipos de gênero na interpretação dada pelos julgadores às condutas nos casos de tráfico de pessoas. A cognição presente nas pelas amostras é, por vezes, chocante, eis que, diante de normativos nacionais e internacionais que têm como objetivo indicar a irrelevância do consentimento e proteger de forma especial mulheres e crianças, os julgados alcançaram conclusões que tiveram o efeito de absolver, quase que de maneira automática, traficantes de pessoas que exploram sexualmente suas vítimas. Essa forma de criminalidade afeta desproporcionalmente mulheres e crianças. Portanto, o que está ocorrendo é que o art. 149-A e a Lei Nº 13.344/16 estão sendo interpretados pela magistratura brasileira no sentido diametralmente oposto à sua verdadeira finalidade.

Reforçamos, assim, a necessidade do estabelecimento de parâmetros hermenêuticos sólidos e concordantes com as obrigações assumidas pelo Brasil em matéria de direitos humanos, sob pena de que a legislação brasileira falhe em conferir proteção eficaz às vítimas. A participação do Conselho Nacional de Justiça na solidificação de tais parâmetros seria bem vinda.

Como uma sugestão para mitigar o problema, o trabalho propõe a adoção de técnicas de controle de constitucionalidade para harmonização do ordenamento interno com os parâmetros internacionais, aplicando-se a interpretação conforme, a declaração de nulidade parcial sem redução do texto e a declaração de inconvencionalidade sem pronúncia de nulidade relativamente à elementar “engano”, ao consentimento de vítimas menores e ao abuso de posição de vulnerabilidade, respectivamente. Além disso, é imprescindível a adoção do Protocolo do Conselho Nacional de Justiça para Decisão com Perspectiva de Gênero, que aliás decorre em si mesmo de uma condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da capacitação e sensibilização dos atores do sistema de justiça no momento de produção probatória. Pois, “se o tráfico é uma rede que aprisiona pessoas, as instituições devem se empenhar para libertá-las” (Miraglia *et al.*, 2022, p. 155).

Dentre as dificuldades enfrentadas ao longo dessa pesquisa, podemos destacar a necessidade de acumular uma ocupação remunerada regular com a pós-graduação. É consabida a impossibilidade do pesquisador brasileiro de se sustentar através da ciência, o que com certeza atravanca o desenvolvimento do conhecimento no Brasil, atrapalhando vocações. Também merece menção a ausência de conformidade nos bancos de jurisprudência dos Tribunais, o que faz com que o pesquisador precise obter acesso a bancos de jurisprudência pagos ou cujo acesso se dá em razão de vínculo laboral com as instituições.

No sentido de perspectivas futuras, entendemos possível o aprofundamento do diálogo com o Poder Legislativo para o aperfeiçoamento da tipificação do art. 149-A, CP, assim como a investigação da aplicação do controle de convencionalidade em outros crimes oriundos de tratados internacionais. Além disso, o estudo de como as técnicas do controle de constitucionalidade podem ser aplicadas ao controle de convencionalidade parece se afigurar

como uma área de pesquisa promissora, trazendo *insights* para julgadores em todo o país, a fim de resguardar o Brasil de novas condenações internacionais.

Ao cabo, esperamos que as conclusões auferidas no trabalho contribuam para o aprimoramento da legislação e da jurisprudência brasileiras, pavimentando um pouco o caminho para uma ordem jurídica respeitadora dos direitos humanos internacionais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, D. H. O papel do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) na implementação do Protocolo de Palermo: uma perspectiva internacional. *In*: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas**: uma visão plural do tema. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 133-155.
- ANDRADE, C. G. C. **Mandados implícitos de criminalização**: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Dissertação (mestrado em direito). Orientadora: Patrícia Mothé Gliuche Béze. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2014. 355 p.
- ARAÚJO, J. A. B. Abuso de posição de vulnerabilidade: uma questão de diligência necessária. *In*: SIQUEIRA, A. C. B.; MELO, A. N.; SOBREIRA FILHO, E. F.; BATISTA, G. B. M. (orgs.) **Direitos humanos e desenvolvimento**: diálogos contemporâneos. v. 2. Teresina: EDUFPI, 2024. p. 281-305.
- BAENINGER, R. Imigrantes internacionais e tráfico humano. *In*: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas**: uma visão plural do tema. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 263-277.
- BARRETO, J. A.; SOARES, I. V. P. Tráfico de pessoas sob a ótica de gênero: o pandemônio das mulheres em tempos ordinários e pandêmicos. *In*: MEIRINHO, A. G. S.; VON ZUBEN, C.; NOGUEIRA, C. V.; SIMONETTI, T. L. B. (Orgs.) **Tráfico de pessoas**: uma visão plural do tema. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conaete, 2021. p. 169-221.
- BIROLI, F. Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 48, p. 127-142, dez. 2013.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Especial (arts. 1º a 120), 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023a. [E-book].
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2023b. [E-book].
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: CNJ, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enfam, 2021a. 132 p. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. **Promulgação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. **Promulgação da Convenção sobre Escravidão de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956**. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html. Acesso em: 5 fev. 2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. 13 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>. Acesso em: 22 mar. 2024

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Prisão ilícita do depositário infiel. Recurso Extraordinário nº 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>. Acesso em: 22 mar. 2024

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Desprovido o apelo para manter a absolvição da ré do crime de tráfico de pessoas. Apelação Criminal nº 0001652-61.2013.4.01.3903/PA. Ministério Público Federal versus Claci de Fátima. Relator Convocado: Juiz Federal Marllon Sousa. 28 de janeiro de 2020a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Desprovido o recurso de apelação, para absolver o réu do delito de tráfico de pessoas. Apelação Criminal nº 0000598-60.2013.4.01.3903/PA. Ministério Público Federal versus Solide Fátima Triques, Adao Rodrigues, Adriano Cansan e Carlos Fabrício Pinheiro. Relator Convocado: Juiz Federal Marllon Sousa. 07 de abril de 2021b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Revisão criminal julgada procedente para extinguir a punibilidade da ré..Revisão Criminal nº 0057205-94.2015.4.01.0000/GO. Zenilde Borges contra Acórdão proferido pela Quarta Turma do TRF 1. Relator Convocado: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado. 19 de fevereiro de 2020b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.Recurso defensivo parcialmente provido para confirmar a absolvição por tráfico de pessoas. Apelação Criminal nº 0013833-76.2010.4.02.5001/ES. Jocelia Alvara Lopes Vasconcelos versus Ministério Público Federal. Relator: Flavio Oliveira Lucas. 03 de março de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Dá parcial provimento ao recurso da defesa. Apelação criminal nº 5006964-40.2021.4.03.6119. Mary William Manyanza versus Ministério Público Federal. Relator: André Custódio Nekatschalow. 10 de agosto de 2022a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Desprovê as apelações, mantendo a condenação por tráfico de pessoas. Apelações Criminais nº 0001447-21.2019.4.03.6181. Ministério Público Federal versus Zhongliang Lan. Relator: José Marcos Lunardelli. 14 de setembro de 2021c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Desprovê recurso ministerial no tocante à acusação de crime de tráfico de pessoas, por provas insuficientes de materialidade. Apelação Criminal nº 0002895-09.2018.4.03.6102. Ministério Público Federal versus Agda da Silva Dias e outros. Relator: Desembargador Federal José Marcos Lunardelli. 12 de agosto de 2024a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.Mantida decisão recorrida que rejeitou a denúncia do réu do crime de tráfico de pessoas. Recurso em Sentido Estrito nº 5008052-50.2020.4.03.6119. Ministério Público Federal versus Aldo Zenen Morel Bogado. Relator: Desembargador Federal José Marcos Lunardelli. 26 de agosto de 2022b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Réus absolvidos do crime de tráfico de pessoas pela ocorrência de abolitio criminis em razão da Lei 13.344/16.Apelação Criminal nº 0003569-27.2007.4.03.6181/SP. Priscila Araujo Chaves versus Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. 26 de setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Provido em parte o recurso de apelação, para absolver o réu do delito de tráfico de mulheres, mantida a condenação pelos delitos de favorecimento da prostituição, manutenção de estabelecimento em que ocorra

exploração sexual, e de vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar a adolescente, bebida alcoólica (...). Apelação Criminal nº 5000721-81.2016.4.04.7007/PR. Ministério Público Federal versus Paulo Cesar Marchinhaki. Relatora: Salise Monteiro Sanchotene. 26 de outubro de 2021c.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Provimento das apelações dos réus para absolvê-los. Apelação criminal nº 0000303-89.2017.4.05.8100. Tine Moth e outros versus Emanuella Andrade Bernardo e outro. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 25 de junho de 2024b.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública; UNODC. **Estudo sobre vítimas de tráfico de pessoas exploradas para transporte de drogas**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. 90 p. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/livre/livro-trafico-de-pessoas-transporte-de-drogas-portugues-versao-2-1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública; UNODC. **Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: dados 2017 a 2020**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. 88 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/relatorio-de-dados-2017-2020.pdf. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRUNO, A. **Direito Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, 26 de setembro de 2006a. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/i-court-h-r-883976964>. Acesso em 9 fev. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Angulo Losada vs. Bolivia**, 18 de noviembre de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Benites Cabrera y otros vs. Perú**, 25 de enero de 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_465_esp.pdf. Acesso em 9 fev. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, 26 de noviembre de 2010a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gelman vs. Uruguay**, 24 de febrero de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gómez Palomino vs. Perú**, 22 de noviembre de 2005. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, 5 de febrero de 2001. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**, 30 de abril de 2014. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_276_esp.pdf. Acesso em 9 fev. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay**, 20 de marzo de 2013. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**, 24 de noviembre de 2006b. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**, 7 de setembro de 2021. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 9 fev. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**, 24 de novembro de 2010b. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 9 fev. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**, 20 de outubro de 2016. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 5 ago. 2023.

CNJ (Brasil); OIM. **Tráfico de pessoas em números**: processos judiciais. Brasília, DF: Organização Internacional para as Migrações, 2021. 4 p. Disponível em:

https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/inline-files/Factsheet%20Tra%CC%81fic%20em%20nu%CC%81meros_OIM_CNJ%20vf.pdf. Acesso em 10 jan. 2022.

COONTZ, P.; GRIEBEL, C. International approaches to human trafficking: the call for a gender-sensitive perspective in international law. **Women's Health Journal**, [s. l.], n. 4, p.47-58, 2004.

DUARTE, M.; GOMES, C.; SANTOS, B. S. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [s. l.], n. 87, p. 69-94, 2009. DOI: 10.4000/rccs.1447. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1447>. Acesso em: 12 fev. 2022.

D'AVILA, F. R.; SCALCON, R. L. Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, v. 1, n. 85, p. 71-99, 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/137/5>. Acesso em 10 set. 2023.

FRANCO, F. C.; PETERKE, S. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos? Análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa. In: MAIA, L. M.; LIRA, Y. (Orgs.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 67-82.

GALLAGHER, A. T. **The international law of human trafficking**. Cambridge University Press, 2010.

GAMA, A. P. C. S. C. **Segredo de justiça ou justiça secreta**: decretação do segredo de justiça nos processos relacionados ao crime de tráfico de pessoas. Tese (doutorado em Ciências Jurídicas). Orientador: Sven Peterke. Centro de Ciências Jurídicas. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2023.

GRECO, R. **Código penal comentado**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GRECO, R. **Curso de direito penal**: parte especial, vol. 2: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

GUEIROS, A.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Direito penal**: Parte Geral. 3a ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

HADDAD, C. H. B.; MIRAGLIA, L. M. M.; SILVA, B. F. A. **Trabalho escravo na balança da Justiça**. Belo Horizonte: Carlos H. B. Haddad, 2020.

HADDAD, C. H. B.; MIRAGLIA, L. M. M. O Brasil, o trabalho escravo e a corte interamericana de direitos humanos: uma análise dos casos. In: MIRAGLIA, L. M. M.; HERNANDEZ, J. N.; OLIVEIRA, R. F. S. **Trabalho escravo contemporâneo**: conceituação, desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 105-120.

IGLESIAS SKULJ, A. La trata de personas en el contexto latinoamericano: la protección de los derechos humanos de las mujeres bajo un paradigma securitario. Especial referencia a México, Brasil y Argentina. **Sistemas Judiciales**, [s. l.], a. 18, n. 22, p. 8-22, 2018. Disponível em:

<https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-22-IglesiasSkulj.pdf>. Acesso em 30 jan. 2022.

JUSTINIANO, J. S. **Controle abstrato de convencionalidade**: reação convencional ao efeito Backlash. Tese (doutorado em direito). Orientadora: Lívia Mendes Moreira Miraglia. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2023. 255 p.

KEMPADOO, K. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 25, p. 55–78, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644701>. Acesso em: 17 jan. 2022.

LOWENKRON, L. Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. **Cadernos Pagu**, São Paulo, n. 45, p. 225-258, jul-dez. 2015.

LUCEA SÁENZ, A. **El estado actual de la trata de personas**: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. Tese (Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales). Directora: Yolanda Gamarra Chopo. Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, España, 2017. 670 p. Disponível em: <https://zaguan.unizar.es/record/60601/files/TESIS-2017-019.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MACHADO, B. A.; VIEIRA, P. B. S. O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 484-503, 2016. DOI: 10.5102/rdi/bjil.v13i3.4383. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4383/pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

MARINO, T. F.; CARVALHO, L. C. A doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. [S. l.], v. 8, n. 16, p. 75-94, 2020. DOI: 10.21527/2317-5389.2020.16.75-94. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9737>. Acesso em: 28 jan. 2022.

MASSON, C. **Direito Penal**: Parte Especial: arts. 121 a 212. 14 ed. São Paulo: Método, 2021.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral, Vol. 1. São Paulo: Método, 2017.

MAZZUOLI, V. O.; FARIA, M. R. C.; OLIVEIRA, K. D. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. [E-Book]

MAZZUOLI, V. O. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 [E-Book]

MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MAZZUOLI, V. O. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2023.

MEDEIROS, M. X. L.; PETERKE, S. A múltipla violação dos Direitos Humanos das vítimas do tráfico de pessoas. In: ANJOS FILHO, R. N. (Org.). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: diálogos contemporâneos. 1 ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 535-553.

MEDEIROS, M. X. L. **A criminalização da migração internacional das trabalhadoras do sexo e o seu tratamento como vítimas do tráfico de pessoas**: o papel do livre consentimento. Dissertação (mestrado em Direitos Humanos). Orientador: Sven Peterke. Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2013. 158 p. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4404/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024a. (Série IDP) [E-book].

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024b. (Série IDP).

MINAHIM, M. A. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. [E-book].

MIRAGLIA, L.; HADDAD, C.; PINTO, A. L. N.; LINO, A. R. S.; FERNANDES, S. A. **Tráfico internacional de pessoas**: crimes em movimento, justiça em espera - Relatório de avaliação de necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos. Brasília: OIM, 2022.

MOREIRA FILHO, G. **Código penal comentado**. São Paulo: Rideel, 2021

MUÑOZ CONDE, F. **Teoria geral do delito**. Tradução de: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**: volume único. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023

OHCHR. **Online scam operations and trafficking into forced criminality in southeast Asia: recommendations for a human rights response**. Bangkok: United Nations, 2023. 38 p. Disponível em: <https://bangkok.ohchr.org/wp-content/uploads/2023/08/ONLINE-SCAM-OPERATIONS-2582023.pdf>. Acesso em: 2 set. 2023.

PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

PATEMAN, C. Women and consent. **Political Theory**, v. 8, n. 2. p. 49-168, may 1980. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/190792>. Acesso em 2 set. 2023.

PETERKE, S; FARIAS, P. L. D. 50 anos dos “Direitos da Criança” na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6133>. Acesso em: 16 jul. 2022.

PETERKE, S. (Coord.) **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIERANGELI, J. H. **O consentimento do ofendido (na Teoria do Delito)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

PISCITELLI, A. Sujeição ou subversão: migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha. **História e Perspectivas**, Uberlândia, n. 35, p. 13-55, jul./dez. de 2006. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/view/19060/10247>. Acesso em: 16 set. 2023.

PORTELA, P. H. G. **Direito internacional público e privado**. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 21 ed. Londrina: Editora Thoth, 2023.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, A. C. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 2. n. 62. p. 9-55. set. 2006. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod_resource/content/1/ACR_Mandados_de_Criminalizacao.pdf. Acesso em: 22 ago. 2022.

RAMOS, A. C. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**,

Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 241–286, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 22 ago 2022.

RAMOS, A. C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SALAT PAISAL, M. Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: Un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019. **Revista Española de Investigación Criminológica**, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 1–27, 2020. DOI: 10.46381/reic.v18i1.405. Disponível em: <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/405>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SANCHES, R.; PINTO, R. B. **Tráfico de pessoas: lei 13.344/2016 comentada por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANCHES, R. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: JusPodivm, 2020.

SANCHES, R. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SANTOS, J. C. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª Ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SIFUENTES, M. Críticas à Lei 13.344/2016 - tráfico de pessoas. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 6-16, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/137>. Acesso em 10 fev. 2022.

SILVA, W. C. The new Brazilian Anti-trafficking Law: challenges and opportunities to cover the normative lack. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 242-268, 2021. Disponível em: <https://idus.us.es/server/api/core/bitstreams/d7e05bed-8cff-4681-8834-c849fbef2b58/content>. Acesso em: 30 jan. 2022.

TYLDUM, G. Limitations in research on human trafficking. **International Migration**, Oxford, v. 48, n. 5, 2010. p. 1-13. DOI: 10.1111/j.1468-2435.2009.00597.x. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2435.2009.00597.x>. Acesso em: 30 jan. 2022.

UNODC; TRACK4TIP. **Relatório situacional Brasil: tráfico de pessoas em fluxos migratórios mistos, em especial de venezuelanos**. Viena: Publicação das Nações Unidas, 2020. 60 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/Relatorio_Situacional_Brasil_T4T.pdf. Acesso em: 3 ago. 2023.

UNODC. **Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons**. Issue Paper. Vienna: United Nations, 2013, 108p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_A_buse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC. **An introduction to human trafficking: vulnerability, impact and action**. New York: United Nations, 2008a. 140 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons 2020**. Vienna: United Nations, 2021. 176 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023.

UNODC. **Interlinkages between trafficking in persons and marriage: issue paper**.

Vienna: United Nations, 2020a. 116 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/UNODC_Interlinkages_Trafficking_in_Persons_and_Marriage.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023.

UNODC. **Legislative guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children**. Vienna: United Nations, 2020b. 125 p.

Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/treaties/Review_Mechanism/Review_Mechanism_2020/Website/Legislative_Guide_on_TiP/TiP_LegislativeGuide_Final.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

UNODC. **Model law against trafficking in persons**. Vienna: United Nations, 2009. 75 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC. **Questões probatórias em casos de tráfico de pessoas: compilação de casos**.

Viena: Publicação das Nações Unidas, 2017. 193 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2021/UNODC_Compilacao_de_Casos_01-07.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC. **The concept of 'exploitation' in the trafficking in persons protocol**. Issue Paper. Vienna: United Nations, 2015, 136p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2015/UNODC_IP_Exploitation_2015.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNODC. **The international legal definition of trafficking in persons: consolidation of research findings and reflection on issues raised**. Vienna: United Nations, 2018. 43 p. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/Issue_Paper_International_Definition_TIP.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

UNODC. **The role of ‘consent’ in the trafficking in Persons Protocol**. Vienna: United Nations, 2014. 111 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

UNODC. **Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos**. Nueva York: Naciones Unidas, 2008b. 824 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf. Acesso em: 31 out. 2023.

WITTGENSTEIN, L. **Cultura y valor**. Traducción: Elsa Cecilia Frost. Madrid: Espasa Calpe, 1995.

YIN, R. K. **Estudo de Caso: planejamento e métodos**. 5 ed. Tradução de: Christian Matheus Herrera. Porto Alegre: Bookman, 2015.