

## O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO E ARGENTINO E A QUESTÃO DA AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO

### TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE BRASIL Y ARGENTINA Y LA CUESTIÓN DE AUTOCOLOCAÇÃO VÍCTIMA EN RIESGO

*Paulo Antoine Pereira Younes<sup>1</sup>*

**RESUMO:** É o tráfico de pessoas uma das mais lucrativas faces da organização criminosa praticado com várias finalidades, como trabalho escravo, adoção ilegal, tráfico de órgãos e para exploração sexual. Evidencia-se por ser uma atividade complexa, bem estruturada, com ramificações em diversos países, sendo seu lucro superado apenas pelo tráfico de drogas, segundo as principais estimativas. Tais características tem despertado a atenção da Organização das Nações Unidas, que vem movendo iniciativas de combate a tal prática. A legislação penal brasileira, atendendo a recomendação do Aditivo a Convenção das Nações Unidas para o combate ao Crime Organizado Transnacional, promoveu alterações no art. 231 do Código Penal Brasileiro, norma disciplinadora da matéria. Por sua vez, um importante avanço da legislação argentina se deu com o advento da lei 26.364, que objetivou atualizar a matéria aos padrões do protocolo internacional editado pelas Nações Unidas. O presente estudo objetiva, secundariamente, analisar o tráfico internacional de pessoas, como atividade do crime organizado transnacional, e sua tipificação na lei brasileira e argentina, levando em consideração a questão da autocolocação da vítima em risco. Pelo estudo da evolução do conceito de vítima, percebe-se que hoje a vítima não pode mais ser entendida como um ser inerte em face do crime; observa-se que não só ela interage com o autor do crime, como, em alguns casos, pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação que a levará ao resultado danoso. A autocolocação da vítima em risco exige que ela atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para que se faça uso dela é necessário que se faça uma análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva. Para isto, serão analisadas as legislações penais do Brasil e Argentina, suas constituições, assim como a legislação internacional correlata, referente ao tema em questão. Ademais, se

fará um estudo doutrinário sobre o tema, focalizando a teoria da autocolocação da vítima em risco.

**Palavras-chave:** Tráfico internacional de pessoas; Autocolocação da vítima em risco; exploração sexual; Organização criminosa.

**RESUMEN:** Es la trata de personas una de las caras más lucrativos de la organización criminal practicado con diversos fines, tales como el trabajo forzado, la adopción ilegal, el tráfico de órganos y la explotación sexual. Es evidente que ser una actividad compleja, bien estructurado, con sucursales en varios países, y su beneficio sólo superado por el tráfico de drogas, de acuerdo con las estimaciones principales. Estas características han atraído la atención de las Naciones Unidas, que se ha estado moviendo iniciativas para combatir esta práctica. El derecho penal brasileño, teniendo en cuenta la recomendación de la Enmienda a la Convención de las Naciones Unidas para combatir la delincuencia organizada transnacional, promovido cambios en el arte. 231 del Código Penal Brasileño, norma disciplinaria de la materia. A su vez, un importante avance de la legislación argentina se produjo con la llegada de la Ley 26 364, que tiene por objeto actualizar el asunto al protocolo internacional publicado por las normas de las Naciones Unidas. Este estudio tiene como objetivo analizar secundariamente la trata internacional de personas como una actividad de la delincuencia organizada transnacional, y su clasificación en la legislación brasileña y argentina, teniendo en cuenta la cuestión de autocolocação víctima riesgo. El estudio de la evolución del concepto de víctima, que es hoy claro que la víctima ya no puede ser entendida como inerte frente a la delincuencia; observa-se que no sólo interactúa con el autor, ya que, en algunos casos, incluso puede significar un riesgo para sí misma, poniendo en una situación que conduzca a resultados perjudiciales. Víctima Riesgo de autocolocação le obliga a actuar libremente voluntaria-mente y forma arriesgada, y que se utiliza, es necesario hacer un análisis junto con los otros elementos de la imputación objetiva. Para ello, el derecho penal se revisará en Brasil y Argentina, sus constituciones, así como el derecho internacional relacionado, en relación con el tema en cuestión. Además, se hará un estudio doctrinal sobre el tema, centrándose en la teoría de la autocolocação de la víctima en situación de riesgo.

**Palabras clave:** Trata internacional de personas; Autocolocação vítima en riesgo; explotación sexual; Organización criminal.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O objeto científico do presente estudo é a análise das legislações brasileira e argentina envolvendo o tráfico ilícito de pessoas, voltado à exploração sexual.

É o tráfico de pessoas uma das mais lucrativas faces da organização criminosa praticado com várias finalidades, como trabalho escravo, adoção ilegal, tráfico de órgãos e para exploração sexual.

Evidencia-se por ser uma atividade complexa, bem estruturada, com ramificações em diversos países, sendo seu lucro superado apenas pelo tráfico de drogas, segundo as principais estimativas. Tais características tem despertado a atenção da Organização das Nações Unidas, que vem movendo iniciativas de combate a tal prática.

A legislação penal brasileira, atendendo a recomendação do Aditivo a Convenção das Nações Unidas para o combate ao Crime Organizado Transnacional, promoveu alterações no art. 231 do Código Penal Brasileiro, norma disciplinadora da matéria.

Por sua vez, um importante avanço da legislação argentina se deu com o advento da lei n. 26.364, que objetivou atualizar a matéria aos padrões do protocolo internacional editado pelas Nações Unidas.

Um fenômeno crescente em todo o mundo, a internacionalização das organizações criminosas, tem sido favorecida, em grande parte, pela globalização econômica, pela criação de zonas de livre comércio, de livre trânsito de pessoas e de transações efetuadas eletronicamente pela rede mundial de computadores.

João Daniel Rassi, na obra “Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional”, acrescenta: “As diferenças socioeconômicas entre os países ricos e pobres, o alto índice de desemprego e os ciclos de crise econômica são fenômenos

que fortalecem este tipo de criminalidade, visto que ela não está alheia às transformações do contexto social em que opera<sup>1</sup>.

Com uma forma pulverizada de administração, a globalização permite a estas organizações atuarem à distância, operando em um mercado de bens muitíssimo lucrativos, considerando-se o custo de obtenção e o valor de venda de certas mercadorias, como drogas, medicamentos de distribuição controlada, órgãos etc, explorando setores vulneráveis da economia, especialmente nos países subdesenvolvidos, e concretizando suas operações por meio de um sistema financeiro global que dificulta o rastreamento das transações bancárias.

Atualmente, não podemos mais associar as organizações criminosas aos tradicionais conceitos de crime organizado, identificadas como uma unidade familiar ou étnica, atuando dentro de um segmento específico da economia ilícita. Hoje, são multiétnicas e muitas vezes compostas pela associação de grupos provenientes de diferentes países.

A dificuldade em se definir o que se entende por crime organizado, reside, primeiramente, na evidente necessidade do conteúdo das diversas áreas do direito, além das previsões do direito penal. Em segundo, pela própria dinâmica das novas organizações criminosas que, numa grande velocidade, mudam de forma, método etc. Assim, parte da doutrina tem se utilizado das convenções internacionais sobre a qual se reúnem os diversos conceitos de crime organizado.

Especificamente quanto ao tráfico de pessoas com finalidade sexual, como uma das frentes mais lucrativas em que atua a criminalidade organizada internacional, o número de vítimas tem aumentado nos últimos cinco anos, na União Européia, segundo a EUROPOL. Conforme ficou consignado no manual sobre tráfico de pessoas produzido pelo esforço de vários órgãos brasileiros, conjuntamente com a Organização Internacional do Trabalho e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, de acordo com o relatório “Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado”, a Organização Mundial do Trabalho (OIT) estimou em cerca de 2,4 milhões o número de pessoas no mundo que foram traficadas para serem submetidas a

---

<sup>1</sup> As diferenças socioeconômicas entre os países ricos e pobres, o alto índice de desemprego e os ciclos de crise econômica são fenômenos que fortalecem este tipo de criminalidade, visto que ela não está alheia às transformações do contexto social em que opera, QUEIJO, M. e RASSI, J., **Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional**. In **Tráfico de pessoas**. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 25.

trabalhos forçados. Deste montante, calcula-se que 43% sejam submetidas para a exploração sexual e 32% para exploração econômica, o restante, 25% são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas<sup>2</sup>.

Concretamente, inúmeras hipóteses podem ser aventadas sobre a caracterização do crime de tráfico de pessoas, considerando, por exemplo, a questão da vítima, o que pode ser analisado por meio da teoria da autocolocação da vítima em risco.

O presente estudo tem, portanto, como objetivo secundário analisar o tráfico internacional de pessoas, como atividade do crime organizado transnacional, e sua tipificação na lei brasileira e argentina, levando em consideração a questão da autocolocação da vítima em risco.

Pelo estudo da evolução do conceito de vítima, percebe-se que hoje a vítima não pode mais ser entendida como um ser inerte em face do crime; observa-se que não só ela interage com o autor do crime, como, em alguns casos, pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação que a levará ao resultado danoso.

Atualmente há uma preferência pela utilização do termo "vítima" e não mais sujeito passivo, quando se refere àquela pessoa que sofre as consequências do crime, exatamente pela postura da vítima frente ao crime, ou seja, pela sua capacidade de se relacionar tanto com o criminoso como com o meio. Já que se entende que a vítima tem um comportamento dinâmico perante um fato delitivo, é necessário que se busque mecanismos jurídicos que sustentem juridicamente

A autocolocação da vítima em risco exige que ela atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para que se faça uso dela é necessário que se faça uma análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva.

Para isto, serão analisadas as legislações penais do Brasil e Argentina, suas constituições, assim como a legislação internacional correlata, referente ao tema em questão. Ademais, se fará um estudo doutrinário sobre o tema, focalizando a teoria da autocolocação da vítima em risco.

## **1. LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA A PARTIR DO ADITIVO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.**

---

<sup>2</sup> <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfilephp?fileld=253> 21/09/2012.

### 1.1. Organizações criminosas e o tráfico de seres humanos: antecedentes históricos.

A Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional, em seu artigo segundo, define grupo criminoso organizado como um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas naquela Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Entendemos por um conceito fluido, levando-se em conta a *societas sceleris* em que vivemos. Podemos apontar os seguintes elementos para o reconhecimento da organização criminosa:

- especialização de tarefas, de modo que cada uma exerce uma atividade predominante. Exemplificando, numa organização criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, teriam atividade definida o importador, o transportador, o destilador, o distribuidor, dentre outros, com função previamente definidas, como uma rede, das artérias aos vasos capilares;

- a existência de vários níveis de hierarquia, em que os subordinados nem sempre, ou quase nunca, conhecem a identidade da chefia de dois ou mais escalões superiores ou ainda que conheçam a chefia mais elevada não tem contato direto com ela e não podem fornecer provas a respeito;

- estrutura organizacional, com células relativamente estanques, de modo que uma não tem a identificação dos componentes da outra;

- a possível existência de infiltração de membros da organização em atividades públicas, no Poder Executivo, Legislativo, Ministério Público e Judiciário e corrupção de agentes públicos;

- a tendência de durabilidade;

- a coação, mediante violência, chantagem ou aproveitamento da condição de pessoas não participantes, mas que passam a ser auxiliares ou coniventes e que vivem sob a imposição de grave dano em caso de delação;

- a conexão com outras organizações, no mesmo ramo ou em ramo diferente, quando não a atividade em vários ramos.

- um mínimo de quatro pessoas compondo a organização.

As associações internacionais para o cometimento de crimes geralmente dedicam-se ao fornecimento de bens ou serviços ilegais – tráfico de drogas, de armas, de pessoas, de mão de obra ilegal – ou ao controle ilegal de setores econômicos legais - falsificação de documentos, criminalidade dos sistemas de informática, corrupção, lavagem de dinheiro, contrabando.

No que se refere ao tráfico de pessoas com finalidade sexual, como uma das frentes mais lucrativas em que atua a criminalidade organizada internacional, o número de vítimas tem aumentado nos últimos cinco anos, na União Européia. Conforme ficou consignado no manual sobre tráfico de pessoas produzido pelo esforço de vários órgãos brasileiros, conjuntamente com a Organização Internacional do Trabalho e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, de acordo com o relatório uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado, a Organização Mundial do Trabalho (OIT) estimou em cerca de 2,4 milhões o número de pessoas no mundo que foram traficadas para serem submetidas a trabalhos forçados. Deste montante, calcula-se que 43% sejam submetidas para a exploração sexual e 32% para exploração econômica, o restante, 25% são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas, conforme acima noticiado.

Os principais países de destino são Alemanha, Áustria, França, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Espanha e Itália. A procedência, por sua vez, advém da Federação Russa, Ucrânia, centro sul do leste europeu, além do oeste da África e América do Sul. No Brasil, as redes internacionais de tráfico de pessoas atuam principalmente nos estados do Ceará, São Paulo e Rio de Janeiro, principais pontos de saída do país, e também no estado de Goiás. Por outro lado, o Brasil também é receptor do tráfico de pessoas, sobretudo de outros países da América do Sul – Bolívia e Peru - e Ásia – China e Coreia – e com a finalidade de exploração laboral.

Um dos marcos que diferencia a imigração ilegal do tráfico de pessoas é a exploração da pessoa no país de destino. Para Gimenez-Salinas Framis<sup>3</sup>, as outras diferenças são as seguintes: o favorecimento da imigração ilegal – contrabando de pessoas – é uma atividade que atenta contra as normas de imigração dos países. Nesses casos o que as organizações criminosas oferecem ao imigrante consiste na facilidade de transporte ao Estado e sua entrada ilegal, mediante pagamento. O tráfico

---

<sup>3</sup> V. FRAMIS, G., **Las organizaciones dedicadas a inmigración ilegal y tráfico de seres humanos. In Política criminal en vanguardia.** Navarra, Thompson Civitas, 2008, p. 123.

de pessoas, por outro lado, é um fenômeno mais grave, e supõe um atentado contra os direitos humanos e a liberdade do cidadão. Aqui também se oferece um serviço de transporte transnacional facilitado, em troca de pagamento ou dívida, mas a finalidade do tráfico não é a entrada ilegal, e sim a exploração da pessoa no país de destino. Outra diferença está na existência ou não do consentimento da vítima. Diferentemente da imigração ilegal, no tráfico de pessoas a vítima é enganada ou tem seu consentimento forçado (viciado).

Assim podemos entender por duas fases distintas do tráfico de pessoas: a do tráfico e a da exploração, no presente estudo, a sexual.

Relativamente à primeira fase, que não difere muito do tráfico de imigrantes, podemos apontar três estágios diferentes:

- a captação: assim como numa empresa, a organização criminosa necessita dos “clientes” que querem ser transportados. No caso da exploração sexual, esta “clientela” na maioria das vezes aceita o transporte porque é enganada, ou está em situação de vulnerabilidade. Há também o transporte forçado em há violência ou grave ameaça.

- o transporte: via aérea, terrestre ou marítima, dependendo da rota ou distância do destino. Se há um país de trânsito até o destino final, a organização oferece alojamento etc.

- por fim, para o ingresso ilegal ou legal no país, diversas alternativas são oferecidas pela organização, como numa agência de viagens, sendo os serviços mais caros os mais seguros - garantem o matrimônio fraudulento ou falsificação de documentação e permissão para residência, ou até mesmo documentação legal mediante corrupção de funcionário etc.

Assim, realizado o tráfico, em regra, outra organização se dedicará à sua exploração (donos dos clubes etc.), se bem que a tendência atual é de que a exploração também seja controlada pela mesma organização.

Note-se que a criminalidade organizada transnacional de conotação sexual, no que se refere ao tráfico de pessoas, não é um fenômeno novo, podendo ser percebido no início do século XX. É o que se infere da divergência doutrinária sobre a suposta existência de uma organização denominada Zwig Migdal, criada para traficar mulheres.

Defensores da existência dessa associação, afirmam que a Zwig Migdal foi criada da Polônia, no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, com o fim exclusivo de se intensificar o tráfico de mulheres. Na América do Sul, teve como sede Buenos Aires, a partir daí levando a criminalidade do tráfico para os outros países latinos.

Citam os estudiosos trechos de Frota Aguiar<sup>4</sup> explicando o *modus operandi* da associação, da seguinte forma:

"Os agentes de Migdal vão abastecer-se de mulheres nos países pobres, nas aldeias polcas, rutentas, húngaras, onde, além da miséria, a honra das moças está à mercê da soldadesca embriagada. O agente da Migdal, ao chegar a uma dessas localidades, onde a fome ronda todos os lares, é recebido como uma aparição providencial. Começam as negociações. Mediante contrato escrito, geralmente pelo prazo de três anos, renovável por prazo idêntico, as jovens acompanham os emissários da Migdal, rumo, quase sempre, à América do Sul. É solene a assinatura do contrato, jurando o pai, a filha e o agente, de acordo com os preceitos da religião a que pertencem, o cumprimento formal das cláusulas. A promessa feita quase sempre, nessas ocasiões, é a de que as moças vão trabalhar em ateliers, em cabarés, em dancings, em companhias teatrais. Durante a viagem, o agente da Migdal expõe a verdade nua e crua - elas são destinadas à prostituição, ao alcance, ao comércio da própria carne. Que fazer? Voltar para a aldeia, onde a miséria chega a ser lúgubre, e onde são violentadas sem o menor lucro e ainda encarceradas nas prisões? Essas lembranças tristes causam-lhes pavor, e elas não vacilam e aceitam o prostíbulo".

Mesmo entendimento parece ser de Siqueira<sup>5</sup>, ao sustentar uma regulação mais detida da referida figura delituosa, no seu aspecto internacional, dado seu incremento extraordinário, com as levas de imigrantes, chegando-se a organizar uma instituição, a Zwig Migdal, na Polônia, ramificando-se por Buenos Aires, para explorar o comércio da prostituição, encarado especialmente na aquisição de infelizes mulheres, tornadas verdadeiras mercadorias, nas suas remessas para o estrangeiro, no seu tráfico ignóbil.

Na Argentina, sobre a questão, Soler comenta:

"En directa relación con la República gravitó profundamente en las primeras décadas del siglo el auge reglamentarista que comporta una forma de legalización de la actividad. Para mantener esa situación, era necesaria una especie de reclutamiento internacional, cuya organización alcanzó notoriedad y llegó a suscitar general repudio. La sanción de la ley 9143 fue una consecuencia de ese movimiento"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> FARIA, A., **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília, OIT, 2006, p. 199.

<sup>5</sup> SIQUEIRA, G. **Tratado de direito penal**, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, t. III, p. 311.

<sup>6</sup> SOLER, S., **Derecho penal argentino**, Buenos Aires, tipográfica Editora Argentina, 1973, v. III, p. 322.

Por outro lado, é de Hungria<sup>7</sup> a citação de outros autores e, também, do relatório da Comissão Especial da Sociedade das Nações, de 1927, no sentido de que nunca foi de fato descoberta qualquer organização em nível internacional dirigida para o tráfico, sendo fantasiosa qualquer afirmação nesse sentido, havendo somente traficantes locais.

## 2. A TIPIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO E ARGENTINO

### 2.1. O tráfico internacional de pessoas: legislação vigente.

A Argentina possui uma norma específica para dispor sobre o tráfico de pessoas, que, apesar de promulgada sob a égide do Protocolo de Palermo, recebe diversas críticas.

Trata-se da Lei n. 26.364, de 29-4-2008 – *Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas*, que além de trazer disposições próprias, altera o art. 145 do Código Penal argentino, integrante do capítulo referente aos *delitos contra a liberdade individual*.

Zunilda Niremperger e Francisco Rondan afirmam que embora a norma tenha suprido um vazio legislativo, não esgota todas as possibilidades de condutas relacionadas ao tráfico, e nem orienta para a solução de questões interpretativas. Os autores destacam como pontos mais deficientes a não criminalização do *cliente* que utiliza dolosamente os serviços de pessoa em situação de tráfico, bem como a aparente obrigação da vítima maior de 18 anos ter que demonstrar que não consentiu com a os maus tratos ou com o exercício da prostituição.

Segundo Elena Florencia Onassis, a ausência de legislação adequada constitui um dos principais obstáculos na luta contra o tráfico de pessoas. Para a autora é imperiosa a necessidade do País harmonizar as definições legais, os procedimentos jurídicos e a cooperação judicial no plano local e regional, de acordo com as normas internacionais. A autora também critica as omissões da lei, pois esta não dispõe sobre a responsabilização da pessoa jurídica, “lavagem” de dinheiro,

---

<sup>7</sup> HUNGRIA, N.; LACERDA R., **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v.VIII, p. 271 ss.

punição do *cliente*, tratamento especial às vítimas e procedimentos penais específicos.

A Argentina, desde a ratificação do Protocolo de Palermo em 2002, tem implementado medidas visando a prevenção ao crime, como desenvolvimento de campanhas de conscientização de agentes governamentais, organizações da sociedade civil, agentes comunitárias, sindicatos, estudantes universitários e secundários, entre outros. Além disso, foram firmados convênios interministeriais e com organizações internacionais, como OIM, UNICEF e UNODC. Contudo, ainda não existem estatísticas oficiais centralizadas, e há preocupação com o fortalecimento das organizações criminosas e o aumento estimado do número de casos de tráfico de pessoas.

Em síntese, a situação argentina se assemelha muito à brasileira. Para Elena Florência Onassis: La República Argentina, carente de una legislación adecuada y de mecanismos institucionales de asistencia, prevención, protección y de una política de persecución penal de este delito, presenta facilidades para el desarrollo de esta actividad ilegal. Hasta que no se realice seriamente, y no mediante legislaciones de emergencia, un programa de lucha contra la Trata de Personas, el fenómeno, continuará aumentando y las redes de Trata fortaleciéndose en todo el territorio.

No Brasil, por sua vez, o tráfico internacional de pessoas está definido no Código Penal em seu art. 231. Interpretá-la de acordo com hipóteses concretas da atividade do crime organizado, conforme dito acima, pode trazer algumas soluções práticas aplicando-se a teoria da autocolocação da vítima em risco.

É com base nesta teoria que são tecidos os seguintes comentários ao artigo 231:

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

§2. A pena é aumentada da metade se:

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

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

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

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

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

## 2.2. A definição de tráfico de pessoas.

A definição do crime de tráfico de pessoas atravessa discussões internacionais de longa data, envolvendo desde a preocupação dos Estados com a segurança das fronteiras nacionais até as manifestações de ativistas de direitos humanos e direitos das mulheres, que postulam o reconhecimento do tráfico de seres humanos como uma grave violação da dignidade humana e dos direitos humanos mais básicos.

Alguns dos elementos que constituem o tráfico de pessoas, visto como um todo, são universalmente considerados infrações a direitos humanos, como é o caso da servidão e da escravidão, e do comércio de órgãos. Outros, porque estão em situação de fragilidade, ensejando diversos efeitos penais em certas condutas praticadas contra elas.

O art. 217-A do Código Penal crime contra a dignidade sexual como se recorreu, definiu o vulnerável como o menor de 14 anos para fins do estupro, mas há outras situações, como a agravante ou aumentos de pena se o crime é praticado contra criança, adolescente ou idoso. Ademais, há crimes em que a condição de fragilidade da vítima fundamenta a própria existência do crime, como o tráfico de pessoas, seja para o trabalho escravo ou análogo, seja para a exploração sexual.

Outros ramos do Direito também consagram proteção especial a determinadas pessoas, como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor etc.

A questão gira em torno de um dilema: se a pessoa é maior e capaz, qual a legitimidade de o Direito Penal incriminar condutas em face do poder de autodeterminação de cada um e em face da disponibilidade dos direitos individuais?

Tal proteção pessoal é legítima, na medida em que a vítima, ainda que não na situação de incapacidade, apresenta alguma fragilidade especial que a expõe mais

facilmente à ação de pessoas ou grupos que, aproveitando-se dessa situação, auferem vantagens.

Como se acenou, o tráfico de pessoas se desenvolve no plano interno de cada país e no plano transnacional e se apresenta em diversas formas, como a de auxílio a migrações clandestinas ou com a aparência de legalidade, para a prática da prostituição ou para o trabalho em condições inumanas.

A identificação dessas situações deve dar-se em dois planos: no daquele que promove a condução de pessoas e no de pessoas que são conduzidas, que são vítimas, mas também podem estar em situação de ilegalidade, como a do imigrante ilegal.

O U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE) dá alguns indicativos dessa situação: se as pessoas transportadas não levam consigo os documentos de identificação, que estão em poder do transportador; se a vítima foi aliciada para um determinado tipo de atividade mas a finalidade real se revela outra; se percentual do salário prometido é destinado ao pagamento do transportador; se a vítima tentou alguma vez escapar e houve ameaça pessoal ou à sua família que, muitas vezes, permanece na origem; se a vítima pode livremente manter contato com a família ou terceiros; se a vítima foi ameaçada de deportação no caso de abandono da dominação do aliciador das pessoas etc.

Esses são indícios, aliados a outros, de que a situação é de tráfico de pessoas.

### **2.3. A conduta.**

No artigo comentado, qual seja o art. 231, a conduta pode ser de duas modalidades: promover ou facilitar a entrada de pessoas no território nacional para o exercício da prostituição e, igualmente, promover ou facilitar a saída para exercer a prostituição no exterior.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo e a coletividade, no que se refere à moralidade pública, mas conjuntamente a pessoa que se presta a essa condição, bastando que seja uma.

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade de praticar o ato com a consciência de que o transporte da pessoa é para que ela vá exercer a prostituição.

O crime se consuma com a entrada ou a saída do território nacional, ainda que a pessoa não venha efetivamente a exercer, de modo que comporta tentativa se o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, depois de praticar atos tendentes ao tráfico, é impedido de consumir a entrada ou saída da pessoa.

O §1. equipara à figura principal o “agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada” bem como o “transferi-la ou alojá-la” tendo conhecimento dessa condição. Seriam formas de coautoria ou participação, mas a lei quis deixar clara a incriminação.

É veementemente criticada a utilização do termo comprar. Pessoa não é coisa, portanto não se compra nem se vende. Trata-se de linguagem vulgar que seria inadmissível na legislação, mas entende-se que se trata do ato de pagar para ter proveito da conduta relativa a certa pessoa submetida, por sua fragilidade, à situação de ser transportada para o exterior ou para aqui ser conduzida com o fim de prostituição.

Quanto ao comportamento da vítima e sua capacidade de autodeterminação, cabem, ainda, algumas observações.

Apesar de poder existir dificuldade de prova, desde logo há que se distinguir três situações: a daquele ou daquela que são aliciados com falsas promessas em que logo após a situação não desejada se revela, mas que, dadas as circunstâncias, é irreversível; a daqueles que sabem qual a situação que os espera e essa situação é aceita, mas, por meios de coação, não pode abandoná-la; e a daqueles que sabem o que os espera e aceitam essa condição porque sua condição de vida, ainda que menos digna, é melhor do que na região de origem.

Assim podem ser aventados os seguintes exemplos, diretamente relacionados ao crime organizado transnacional de conotação sexual:

Exemplo 1: "Estava apaixonada. Meu 'príncipe encantado' me prometeu uma vida nova na Holanda, longe da vida dura que eu tinha. Nem passou pela minha cabeça que eu estava sendo aliciada para uma rede de exploração sexual. O 'príncipe' era um monstro. E eu vivi um pesadelo".

Exemplo 2: "Quando eu estava na praia do Meio fazendo programa, um taxista perguntou se eu não queria fazer uma viagem para Espanha (...) Eu sabia que era

prostituição ... não sabia as condições deste trabalho! (... ) Não pode sair até pagar a passagem! Só pode sair com um segurança acompanhando! ( ... )".

Exemplo 3: Após aceitar ser transportada, por um agente que, inclusive, cuidou de toda Sua documentação, foi para Suíça. "Na Suíça, mulher, é incrível esse negócio de programa ... é natural demais. (... ) Lá eu trabalhava na... Era a casa de massagem de um tio dele... Menina, era tanto homem, era por minuto. Aí era 300 francos, quinze minutos. Incrível. Fiz 20.000 numa semana. Tem que dar metade para a casa. Mas, também, lá não paga casa, nem comida (...)"<sup>8</sup>.

No primeiro caso, em qualquer dos momentos da ação criminosa, não há que se falar em aplicação da teoria da auto colocação da vítima em risco ou consentimento, tendo em vista que falta a vontade livre e não viciada desta última.

No segundo e no terceiro, o ponto pendente está na aceitação, se livre e consciente da vítima às condições da nova vida, em caráter inicial ou permanentemente, e o assumir o risco dos desvios comuns em casos dessa natureza é suficiente para excluir o crime de tráfico de pessoas.

No caso, podem incidir os dois institutos: o da autocolocação, se há aceitação hipotética de um desvio de finalidade no transporte e a vítima sabe que isso pode ocorrer, e o do consentimento quanto ao próprio transporte e quanto à condição de vida assumida após ele.

Por outro lado, existe o contraposto legal da proteção ao fragilizado ou vulnerável em sentido amplo.

Seria inócuo indagar sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de pessoas para este aspecto.

Se, de um lado, existe uma pessoa maior e capaz que assume o risco ou consente, de outro existe a especial incriminação da facilitação à condução de pessoas para fins ilícitos; eis que a prostituição, em si mesma, não é crime, mesmo nos países de "maior rigor moral".

Ademais, é preciso considerar o contrário, ou seja, que alguém, intencionalmente, use a estrutura de transporte de pessoas para seu interesse pessoal, como, por exemplo, para o tráfico de drogas ou, dolosamente, com a intenção de usar-se da estrutura paralela do ingresso irregular em país estrangeiro.

---

<sup>8</sup> PISCITELLI, A. **Entre a praia de Iracema e a União Europeia: turismo sexual internacional e migração feminina.** In **Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras**, Rio de Janeiro, Garamond, 2004, p. 283-318.

Em face de todas essas circunstâncias jurídicas aparentemente conflitantes, quais sejam, a autonomia da vontade da pessoa maior e capaz na autocolocação em risco ou no consentimento, a incriminação de condutas que são, eventualmente, atos preparatórios de atos ilícitos, parece, inclusive para discussão, que a solução do problema esteja na identificação qualidade de quem é objeto do deslocamento, ou seja, se tem a condição, de assumir o risco ou consentir, e se não se encontra em situação de fragilidade que justifique a própria existência dos crimes de tráfico de pessoas.

#### 2.4. Bem jurídico tutelado

Conforme dispõe Marco Antonio Marques da Silva<sup>9</sup>, o tráfico de pessoas e a escravidão resultam na violação dos mais elementares direitos da pessoa e no total desprezo pela dignidade humana. Mas, como delimitar esse bem jurídico?

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, quanto aos crimes contra os costumes, afirmava que o direito penal não poderia abdicar de sua função ética para “acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”. A doutrina entendia que o bem jurídico tutelado por este delito era a moralidade pública e os bons costumes, ou nas palavras de Magalhães Noronha<sup>10</sup>, “a honra sexual contra os assaltos dos leões internacionais”.

Alguns autores, no entanto, mesmo com as alterações ocorridas na legislação e pela modernização da sociedade, preservaram o entendimento de que o bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual. Para Paulo José da Costa Júnior<sup>11</sup>, tutelam-se os bons costumes, a dignidade sexual e a liberdade sexual. Celso Delmanto<sup>12</sup> entende como objeto jurídico a moralidade pública sexual, mas no caso do art. 231, § 2º, I a III, protege-se também a dignidade sexual, e no caso do art. 231, § 2º, IV, tutela-se também a liberdade sexual.

Para Cezar Bitencourt<sup>13</sup> o bem jurídico tutelado também é a moralidade pública sexual. Para o autor, a dignidade sexual do ser humano, como parte integrante

---

<sup>9</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana**. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord.). **Tráfico de pessoas**, p. 202.

<sup>10</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, p. 240.

<sup>11</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**, p. 711.

<sup>12</sup> DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal comentado**, p. 720.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal**, v. 4, p. 183

da personalidade do indivíduo, é tutelada genericamente para todos os crimes contra a dignidade sexual. Na sua visão, o intuito desse artigo é impedir que prostitutas estrangeiras ampliem o grande problema ético-social que é a prostituição. Ele chega a afirmar que, em uma *visão bem-humorada*, isso poderia parecer uma espécie de *reserva de mercado*, impedindo que a concorrência estrangeira ingresse no mercado nacional da prostituição.

Maria Elizabeth Queijo e João Daniel Rassi<sup>14</sup>, discorrendo sobre o delineamento dos possíveis bens jurídicos protegidos no delito de tráfico internacional de pessoas, afirmam que existem teorias conciliadoras que situam o tráfico como delito pluriofensivo que afeta diversos bens jurídicos, inclusive os direitos humanos das pessoas traficadas.

Na opinião de Daniel de Resende Salgado<sup>15</sup> o bem jurídico tutelado pelo art. 231 do Código Penal é a dignidade humana dos trabalhadores sexuais, a liberdade da pessoa, o direito à sexualidade, que deve ser protegida de qualquer exploração.

Para Renato Silveira a tutela deve ser da *liberdade de autodeterminação sexual*, justificando-se o crime apenas quando verificadas a violência e a grave ameaça. No mesmo passo, Guilherme Nucci<sup>16</sup>, com base princípio da intervenção mínima, aventa a possibilidade do consentimento do ofendido afastar a ilicitude da conduta. Pois, superada a lesão à *liberdade sexual*, restaria somente a *moralidade* e os *bons costumes*, que não merecem guarida penal.

Não obstante a moralidade pública sexual tenha sido vista por muito tempo como bem jurídico nuclear tutelado pelo crime de tráfico de mulheres, nos termos da legislação vigente hoje – Código Penal (crimes contra a dignidade sexual) e Protocolo de Palermo –, não há mais falar em moralidade sexual como bem jurídico preponderante para esse crime, e sim em *liberdade sexual*, como elemento da *dignidade humana*. Dependendo do caso concreto, outros bens jurídicos devem ser aventados.

## 2.5. O elemento subjetivo.

---

<sup>14</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João Daniel. **Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional**. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coord.). **Tráfico de pessoas**, p. 232-235.

<sup>15</sup> <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/escravidao-e-trafico-de-sereshumanos>

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a dignidade sexual**, São Paulo, Saraiva, p. 157-158.

É o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual. Existem duas correntes: a que aceita o dolo genérico e a que exige o dolo específico.

Para alguns doutrinadores, basta o dolo genérico de praticar uma das ações típicas com o conhecimento de que a pessoa é traficada para exercer a prostituição ou ser explorada sexualmente. O desconhecimento a respeito da atividade a ser exercida é erro de tipo e exclui o dolo.

Para Guilherme Nucci<sup>18</sup> e Cezar Bitencourt<sup>19</sup>, exige-se o *especial fim de agir* ou *dolo específico*, ou seja, o sujeito atuar com o intuito de ver a vítima submetida à prostituição ou a outra forma de exploração sexual. Para qualquer conduta descrita no *caput* ou § 1º do art. 231 do Código há essa exigência.

Entende-se correta esta última posição. Conforme lição de Cezar Bitencourt, o próprio *nomen juris* do delito põe cabo a essa discussão: *tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual*. Segundo o autor, a finalidade de exploração sexual configura o *elemento subjetivo especial do tipo*, que não precisa concretizar-se, sendo suficiente que tenha sido motivador da conduta do sujeito ativo.

Se o delito for praticado com o intuito de obter vantagem econômica, aplica-se também a pena de multa, nos termos no art. 231, § 3º, do Código Penal. Não é necessário que a vantagem seja efetivamente obtida.

Não é admitida a modalidade culposa.

### 3. A QUESTÃO DA AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO

A auto colocação da vítima em risco é um desdobramento da teoria da imputação objetiva e surgiu na jurisprudência alemã para ser aplicada em três casos: na hipótese de drogados que compartilham agulha e um deles vem a morrer por AIDS, na participação em suicídio e na transmissão de AIDS por via sexual, quando o parceiro consente na relação, ainda que previamente advertido dos riscos pela pessoa infectada.

Pelo estudo da evolução do conceito de vítima, percebe-se que hoje ela não pode mais ser entendida como um ser inerte em face do crime; observa-se que não

---

<sup>18</sup> NUCCI, op. cit., p. 160-161.

<sup>19</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 185-186.

só ela interage com o autor do crime, como, em alguns casos, pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação que a levará ao resultado danoso.

Atualmente há uma preferência pela utilização do termo "vítima" e não mais sujeito passivo, quando se refere àquela pessoa que sofre as consequências do crime, exatamente pela postura da vítima frente ao crime, ou seja, pela sua capacidade de se relacionar tanto com o criminoso como com o meio. Já que se entende que a vítima tem um comportamento dinâmico perante um fato delitivo, é necessário que se busque mecanismos jurídicos que sustentem juridicamente este fato.

A auto colocação da vítima em risco exige que ela atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para que se faça uso dela é necessário que se faça uma análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva.

Os alemães são os que mais desenvolveram o estudo desta ideia, desde o final da década de 1980 até o presente.

Pode-se elencar alguns pensamentos a respeito da autocolocação em perigo dividindo os autores entre aqueles que não admitem esta figura jurisprudencial, que defendem que devem ser aplicados institutos jurídicos mais tradicionais, e aqueles que elaboraram uma aplicação sistemática do instituto na estrutura dogmática tradicional, não vitimodogmática<sup>20</sup>.

O elemento que justifica a exclusão da imputação na autocolocação em perigo é o consenso entre o autor e a vítima na criação do risco.

Na sociedade moderna existem várias situações que podem dar espaço à aplicação da autocolocação em risco: o caso do indivíduo que pede a seu irmão, que está participando de corrida automobilística em via pública, para ir de carona no veículo participante; o torcedor de um time que entra no espaço territorial da torcida rival, durante um jogo de futebol e é agredido por esta; o traficante que fornece droga a um viciado que vem a morrer por dose excessiva. As situações sobre os crime sexuais, trataremos no tópico que segue.

Nestes exemplos os agentes não respondem pelo resultado causado, visto que as vítimas se colocaram em situação de risco, criando para si próprias o perigo, que poderia ter sido evitado caso se omitissem de praticar tais condutas.

---

<sup>20</sup> BONET ESTEVA, Margarita. **La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)**, Madrid, McGraw-Hill, Monografía, 1999.

Na autocolocação em perigo o comportamento livre e consciente da vítima é de terminante para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes.

Esta criação jurisprudencial se diferencia do consentimento e da provocação nas causas excludentes de ilicitude pelo nível de vontade da vítima dirigida ao resultado.

Deve-se distinguir a autocolocação em perigo, fato em que a vítima, pelas suas atitudes, se coloca em risco, na situação em que uma pessoa sofre as consequências do crime sem ter concorrido de nenhuma forma para tal. É evidente que as penas dos agentes serão distintas em um e em outro caso, levando-se em conta o comportamento das vítimas em questão.

Quando se adota a autocolocação da vítima em risco, evita-se uma sobrecarga na culpabilidade do autor, pois sua conduta não foi a única fonte de elementos produtores do resultado lesivo.

A autocolocação em perigo só serve para bens jurídicos individuais, pois os interesses difusos não permitem uma margem de discricionariedade.

Há muita discussão a respeito da aceitação deste instituto como figura autônoma, apesar de configurar jurisprudência pacífica na Alemanha.

A corrente que rejeita a adoção da auto colocação em risco tem como argumento central a ideia de que tal figura só traz confusão ao raciocínio jurídico para resolver problemas técnicos que poderiam ser solucionados com uma aplicação mais flexível de institutos jurídico-penais já existentes e mais tradicionais. Neste sentido se propõe o uso da autoria mediata, a não punibilidade da participação imprudente ou a existência de uma posição de garante do terceiro para chegar às mesmas soluções de impunidade de certas participações consentidas em uma autolesão, ou atuações lesivas da vítima, mas que se imputa a um terceiro<sup>21</sup>.

As decisões alemãs mais relevantes que envolviam a autocolocação em risco eram aquelas em que autor e vítima compartilhavam atividades arriscadas e só um saía lesionado - caso dos drogados que compartilham agulhas e drogas - e aquelas em que a pessoa desejava ou pedia a terceiro que a pusesse em perigo ou que lesasse seu bem jurídico - o caso daquele que não impede o suicida; o caso daquele

---

<sup>21</sup> BONET ESTEVA, Margarita. **La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)**, Madrid, McGraw-Hill, Monografía, 1999.

que mantém relações sexuais com um portador do vírus da AIDS sem precauções, tendo sido advertido pelo parceiro).

Margarita Bonet Esteva cita alguns casos expondo a argumentação dos opositores da aceitação da autocolocação da vítima em risco, baseando-se nas opiniões de Horn, Beulke, Schroder e Mayer.

O primeiro deles é um julgado do Supremo Tribunal da Alemanha de 14 de fevereiro de 1983 (808/83, número 4), que trata de um caso de consumo conjunto de droga adulterada com cafeína que resultou na morte de um dos viciados. Sustenta-se que a decisão final do Tribunal de não punir por homicídio culposo o companheiro do toxicômano é correta, porém o argumento utilizado é criticado, pois a argumentação principal do Tribunal foi a de que "a vítima conhecia o risco que compartilhavam e o perigo de que se produzisse um resultado de autoleões ou morte, ainda que em nenhum momento o quisera". Alega-se que a autocolocação em perigo não tem nenhuma função no caso e ademais só produz confusão na decisão jurídica tomada<sup>22</sup>.

Há uma série de argumentos contrários à aplicação da autocolocação da vítima em risco no caso:

- a atipicidade da participação culposa, e com maior motivo quando o fato principal também é culposo: não existe dolo em relação ao resultado em nenhum dos toxicômanos;

- não se pode castigar a participação em fatos atípicos porque não se participou de um suicídio de uma maneira que estivesse tipicamente reconhecida no preceito sobre morte a pedido, prevista no Código Penal alemão (§ 216 StGB);

- não existe posição de garante entre ambos os toxicômanos, ou seja, o sobrevivente - pelo fato de compartilhar - não tinha nenhum dever especial de tutela com respeito a seu companheiro. Em outras palavras, se poderia dizer que estavam em plano de igualdade ante os tipos que cometiam;

- a autocolocação em perigo não é um conceito geral superior à autolesão, como poderia chegar-se a crer, porque a autocolocação em perigo alcança a possibilidade de realização do resultado, e este deve constar com um quinto elemento, que consiste em afirmar que o lógico então seria examinar a parte subjetiva do

---

<sup>22</sup> BONET ESTEVA, Margarita. **La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)**, Madrid, McGraw-Hill, Monografía, 1999.

comportamento da vítima. O Tribunal não investiga se essa autocolocação em perigo se leva a cabo de forma dolosa, direta ou eventualmente; ou culposamente.

Em resumo, o comportamento do drogado sobrevivente não se encaixa em nenhum tipo objetivo, e, ademais, falta qualquer tipo de dolo ou culpa que o fundamente juridicamente. Por isso, se afirma que a introdução do conceito de autocolocação em perigo não consegue a finalidade esclarecedora que pretende com relação à intervenção de um terceiro em uma autolesão, porque o Tribunal não sustenta bem o argumento de existir uma autocolocação em perigo consciente quando ambos os drogados tenham o mesmo conhecimento a respeito da atividade perigosa. Isso não significa que tenha existido um comportamento autorresponsável, mas sim que, em um sentido muito mais clássico, ambos tinham o mesmo domínio do fato. Pelo fato de existir essa desigualdade no conhecimento e perícia na atividade perigosa, o Tribunal, com razão, negou a aplicação dos critérios da autoria mediata. Isso também poderia se fundamentar no caso de uma autoria culposa porque a colocação em perigo não tem nenhuma função nos delitos culposos, já que o relevante é a lesão final.

Outro caso que pode ser citado para fundamentar a ideia dos opositores da autocolocação em perigo é uma sentença do Supremo Tribunal alemão relacionada com o consumo conjunto de drogas. Neste caso se trata de resolução de 25 de setembro de 1990 (359/90, número 3 do terceiro grupo), e se refere à situação de quatro viciados em heroína que consumiram a droga em conjunto, sendo que um deles morre por haver injetado pouco antes aos fatos que se julgam, o que lhe causaria a morte. O Alto Tribunal alemão decidiu não imputar o crime de tráfico de drogas com resultado morte (§ 30.1.3 BtMG), mas somente tráfico de drogas (§ 29.1 BtMG). O Tribunal fundamentou suas razões no desconhecimento desse fator causal determinante (injeção prévia), que produziu uma impossibilidade de comportamento alternativo nos companheiros da vítima. Só a vítima conhecia todos os elementos causais e o alcance do risco que corria.

Os refratários da auto colocação da vítima em risco não creem que a decisão do Tribunal esteja incorreta, mas afirmam que este é um problema jurídico que não se deve resolver por meio deste instituto, mas sim, sendo este causado pelas deficiências técnicas da legislação alemã de tráfico de drogas, deve se proporcionar uma reforma da legislação. A raiz do problema técnico da legislação alemã em matéria de drogas

é a confusão de bens jurídicos de caráter individual e de caráter coletivo neste tipo de preceitos, pois não se deve esquecer que um deles qualifica pelo resultado de lesão aos bens jurídicos individuais integridade física e vida, quando se está tratando de proteger o bem jurídico saúde pública. Portanto, o problema, neste tipo de caso, é de caráter teleológico e deve conduzir necessariamente a uma reflexão sobre a finalidade das normas que castigam o consumo e tráfico de drogas como meio de proteção à saúde pública.

Os opositores concordam com o Tribunal na necessidade de não se imputar o resultado "morte" aos companheiros do drogado falecido, e pensam que os argumentos não devem realizar-se com base na impossibilidade de imputação causal do resultado, mas sim em uma reflexão político. criminal em relação à luta contra o tráfico de drogas mediante instrumentos legais. E é que, entre outras coisas, não se pode dar uma autocolocação em perigo da saúde pública, já que os indivíduos não podem dispor de bens jurídicos coletivos. A solução não será alcançada mediante interpretações malabarísticas referidas à autocolocação em perigo, mas sim pelo questionamento e reforma da legislação de drogas.

Pode-se perceber que estes autores que criticam a adoção da autocolocação da vítima em risco estão analisando casos concretos envolvendo drogas, o que sem dúvida, pode gerar uma confusão em relação aos bens jurídicos protegidos, na medida em tratamos com as formas qualificadas em que ocorra morte de uma pessoa.

Aqui foram tratados casos específicos de entorpecentes, o que se faz imaginar que, mesmos estes autores podem reconhecer a aplicação da auto-colocação da vítima em risco em outros casos. Pode-se citar o exemplo em que três homens, dentre eles, um pai com seu filho de dezenove anos, que decidem descer um rio com um barco inflável em meio a uma tempestade para provarem sua coragem. O resultado de tal heroísmo será o desaparecimento do filho e lesões no outro sujeito.

Nesse caso se tenta saber se o pai responderia por homicídio culposo em relação ao filho e lesões culposas em relação ao amigo, ou, pelo menos, por omissão de socorro.

Aqui se pode aplicar a autocolocação da vítima em risco, posto que o filho por ter dezenove anos se encontra apto, ao menos em tese, para se colocar em risco, bem como o amigo do pai. Nesse caso, este fica completamente isento de qualquer responsabilidade na esfera penal, posto que as vítimas se expuseram livre e conscientemente ao perigo, que na hipótese era evidente.

No entanto, a solução adotada por aqueles que não admitem a autocolocação da vítima em risco é a de que o pai assumiu uma posição de garante, alegando que se a vítima não pode decidir correr um risco para um bem jurídico próprio e o faz com um terceiro, este sujeito pode estar obrigado a proteger o bem jurídico alheio em virtude de sua posição de garante.

A solução mais correta seria a de que todos os elementos necessários para a caracterização da autocolocação da vítima em risco estão presentes, ou seja: as vítimas são imputáveis e, portanto, têm a capacidade para disporem livremente de seus bens jurídicos, bem como para se colocarem em uma situação de risco; os bens jurídicos tratados aqui, vida e integridade física, são individuais, e, assim sendo, permitem que cada um exponha seu próprio bem a perigo, como aconteceu: aqui houve consenso entre todos na criação do risco, devendo haver a exclusão da imputação do fato; e as vítimas colaboraram sobremaneira para o resultado danoso, visto que decidiram acompanhar o sujeito que saiu ileso, sem nenhuma coação, e tinham total conhecimento do risco que envolvia seu comportamento.

Assim sendo, não se vê como não aplicar a autocolocação da vítima em risco nesse caso; aliás, trata-se de um excelente exemplo deste instituto a ser mencionado.

Não há que se falar em posição de garantidor nesse caso, visto que esta existe quando o agente cria o risco para a vítima com seu comportamento anterior. No caso em estudo, todos se colocaram em situação perigosa espontaneamente e esta não poderá, portanto, ser atribuída a um só, quando da ocorrência do resultado danoso.

Deve-se abandonar de vez o conceito estático de vítima, como o sujeito passivo do delito. A vítima interage com o criminoso e com o meio, e se deve, para atingir uma visão completa dos fatos, estudar seu comportamento. Deste raciocínio surge uma concepção mais moderna do Direito Penal, onde não há espaço para as interpretações mais tradicionais e ultrapassadas.

Uma questão que se deve observar neste ponto é se o consentimento para a colocação em risco engloba também um consentimento no resultado lesivo.

Este debate se baseia em uma pergunta muito mais ampla sobre a capacidade de disposição do indivíduo sobre sua própria vida e sobre a margem de manobra a respeito de seus próprios bens jurídicos, além do que, conforme já assinalado neste trabalho, a disponibilidade é um conceito básico de difícil concreção.

Existem autores que dão um enfoque vitimodogmático à autocolocação da vítima em risco.

Esses defendem que o movimento de "redescobrimto da vítima" e a vitimologia trouxeram para as disciplinas jurídico-penais reflexões que 'não se podem contestar. Assim, não se propõe uma admissão global e sem crítica de todos os princípios vitimológicos, pois se tem consciência da variação do sentido das diferentes interpretações dos muitos estudos vitimológicos realizados.

A partir da admissão da concepção interativa de vítima, se reflete sobre as abordagens vitimológicas à dogmática e a vitimodogmática *stricto sensu*. Aqui surge o temor de que o comportamento da vítima no delito possa conduzir a uma culpabilização dela, pois uma coisa é ter em conta o comportamento da vítima e utilizá-lo como critério de medição da pena, e outra, muito diferente, é que os resultados de "precipitação vitimal" levem a corresponsabilizar a vítima criando critérios supraleais de atipicidade como sucederá nas teorias vitimodogmáticas *stricto sensu*.

Como consequência desse temor pelas garantias legais que o tratamento jurídico possa oferecer à vítima, alguns autores optam por aplicar possíveis atuações da vítima já regradas, como, por exemplo, o consentimento e a legítima defesa, e em segundo lugar, na análise de qual deve ser o significado do princípio da subsidiariedade penal à luz dessas abordagens vitimológicas.

Neste último sentido, deve-se, em matéria referente às vítimas, levar a cabo uma interpretação estrita do princípio da subsidiariedade. Isso significa que esse "redescobrimto da vítima" não supõe um retorno do conflito aos particulares, segundo o qual existem margens de atuação nas quais a vítima deveria proteger-se a si mesma.

Em relação ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, em nenhum lugar diz o legislador que deva explorar-se a "confiança insensata" da vítima e deve-se entender que o caráter de "ultima ratio" do Direito penal significa que o Estado não intervirá penalmente quando disponha de meios menos gravosos e que a construção desse dever de auto tutela poderia produzir desconfiança no sistema.

Conforme explica Margarita Bonet, Schünemann possui um enfoque vitimodogmático em sentido estrito, ao analisar o comportamento da vítima no Direito Penal e a auto colocação em perigo, adotando uma visão interativa da ação típica, antijurídica, culpável e punível que lesiona um bem jurídico. Crê o autor que as investigações vitimológicas obrigam a estudar a influência da vítima na tensão que o

delito supõe como parte do processo de interação entre os sujeitos que concorrem nos atos.

Verifica-se, aqui que este autor defende a postura atual dominante em relação à vítima, ou seja, em um entendimento mais moderno do Direito Penal, jamais poderá ser esquecida a postura da vítima no momento do crime.

Atualmente não se aceita mais um raciocínio simplista ao se tipificar uma determinada conduta, não se pode mais analisar somente o fato em concreto e aplicar a norma penal incriminadora, deixando-se de lado uma observação dos sujeitos que participam do fato criminoso. A vitimologia trouxe para o Direito Penal o grande avanço científico consistente na separação de um espaço dogmático para a vítima, que, até então, só tínhamos para o autor do crime. A conduta da vítima irá influir na valoração dos atos praticados pelo agente, podendo, por vezes, até excluir a tipicidade, como ocorre na autocolocação em risco.

Schünemann propõe uma fórmula para se introduzir esses princípios vitimológicos de reinterpretação da possível participação da vítima no delito, sem violar o princípio da legalidade, determinando a colocação destes critérios na imputação, ou seja, na tipicidade dos atos. O caminho seria a introdução desses princípios vitimológicos (vítima relacional e precipitação vitimal) na imputação porque o emprego de uma metodologia agrupadora de características da parte especial não é funcional. Essa pouca operatividade do estudo da parte especial, tipo a tipo, faz com que a maioria dos preceitos não contenha descrições nem conclusões a respeito da relação vítima-autor, e isso gera um problema consistente no fato de que não se pode extrair um conceito sistemático geral sobre o assunto, de modo que a análise da relação vítima-autor na parte especial só leva a resultados fragmentados.

A introdução desses princípios vitimológicos na imputação, além de não violar o princípio da legalidade, supõe o exame da necessidade de proteção penal e o nível de proteção do bem jurídico que recai no titular desse bem. Isso requer uma especial interpretação do princípio da subsidiariedade como parte do princípio de "ultima ratio" e em favor de um movimento descriminalizador que cede parte da faculdade protetora do Direito Penal ao indivíduo, criando, em certos casos, deveres de autotutela da vítima que podem excluir a atribuição excessiva dos atos delitivos ao autor e eximi-la de pena.

Este conteúdo de "autoproteção" que se quer dar ao princípio da subsidiariedade pode chegar a supor, levado ao extremo, a concretização de possibilidades de autoproteção da vítima em cada caso concreto. É nesta fase em que também resultam operativos conceitos vitimológicos como o de "vítima potencial", porque permitem estabelecer marcos comparativos entre o nível de proteção da vítima potencial e o comportamento da vítima que na realidade aconteceu.

Conforme já assinalado anteriormente, no capítulo II deste trabalho, ainda dentro desta visão vitimodogmática, toda vez que o particular dispuser de meios para proteger seus bens jurídicos, deverá fazê-la, ficando o Estado alheio ao fato. O Direito Penal não irá intervir quando a pessoa puder preservar, com seus próprios meios, seus bens jurídicos.

Essa concepção está ligada ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, ou seja, ele só atua quando for indispensável para a tutela do bem jurídico em questão, não havendo outra forma de manutenção do bem jurídico.

O princípio da subsidiariedade depende de duas questões com respeito ao êxito da proteção penal de um bem jurídico, quais sejam, o nível de proteção do bem jurídico e a responsabilização com relação a este nível de proteção. Nesse sistema de conceituação do princípio de subsidiariedade existe uma margem de responsabilidade com relação à proteção do bem jurídico que depende diretamente da vítima. Trata-se de decidir quais são as possibilidades de proteção de um titular (futura vítima potencial) com respeito a seu bem jurídico. Poderia ser dito, talvez, que se assemelha à construção de um padrão das medidas protetoras que devem sustentar-se em torno do próprio bem jurídico.

Pode-se dizer que, em resumo, o núcleo central do princípio de subsidiariedade viria a depender da determinação das possibilidades individuais de proteção. Evidentemente, essa tarefa apresenta uma série de dificuldades, porque não se pode estar em constante alerta e construindo, sem trégua, um muro protetor ao redor do bem jurídico. Em consequência, o primeiro passo a ser dado é a determinação do tipo e da quantidade de perigo diante da qual deve reagir o titular do bem jurídico. E quanto ao perigo deve se distinguir o perigo geral das intensidades de perigo para determinados bens jurídicos. Destas últimas (intensidades de perigo para determinados bens jurídicos) dependerá a criação de novos tipos de ataque para o bem jurídico que, ademais, tendem a desenvolver-se de forma muito mais rápida que a reação por parte do legislador para cobrir essas novas vias de proteção. Como

exemplo podem ser citadas a violação da intensidade mediante novos meios eletrônicos e a atual polêmica sobre a pornografia infantil em rede ou focos informáticos como os de internet.

Para conectar os diferentes "níveis de risco" e determinação das possibilidades de autoproteção por parte da vítima, deve se ter em conta um conjunto de elementos. O primeiro deles se refere a um dos fatores principais de determinação do perigo, que é a inevitável convivência com outros. Este constante contato com o exterior, ou a recepção de influências externas, converte a delimitação das impossibilidades individuais de autoproteção em expoente, porque assim são os contatos sociais (exponenciais e não lineares). Ademais, quanto mais desenvolvimento social existe, maior o número de contatos e a abertura da esfera íntima se produz. Por exemplo, em uma economia autossuficiente, a necessidade de ir comprar comestíveis em grandes lojas comerciais não existe. Com isso se chega à conclusão de que existe um âmbito de afetação ao bem jurídico que não se pode controlar.

Devem ser estabelecidos critérios normativos para se poder ter uma mínima segurança quanto às possibilidades individuais de proteção. A derivação do princípio de subsidiariedade penal no princípio de autoproteção ou autotutela penal deve se normatizar e estabelecer em que casos a intervenção penal não permite a autoproteção. Definitivamente, trata-se de encontrar fronteiras específicas de proteção do bem jurídico.

Na realidade, a determinação normativa das possibilidades individuais supõe a consolidação do princípio de autorresponsabilidade do indivíduo e consiste na assunção por parte deste de certo nível de tutela. Essa margem de tutela individual se fundamenta nas possibilidades que tenha o indivíduo de proteger os bens por si mesmo e sem intervenção do Estado. Desta maneira se cumpririam as finalidades protetoras sem exercer um Direito Penal "draconiano", porque certos âmbitos de proteção individual ficariam cobertos pelo indivíduo. Esta conceituação tem relação com as tendências políticas neoliberais, quanto ao Estado social, constituindo uma "nova dimensão histórica do Estado liberal".

A dificuldade em todo esse sistema autoprotetor neoliberal é estabelecer o tipo de correlação entre a intensidade do perigo e a possibilidade de proteção. A única forma operativa de relacioná-la é a determinação concreta e fática do perigo para um

determinado bem jurídico, porque a medição de um perigo geral abstrato não levaria a nenhum fim. Esta finalidade de concreção da intensidade do perigo ao que um bem jurídico estava submetido deve se aplicar, de "lege lata", na tipicidade. Deve se levar em conta que a previsão típica não é mais que um juízo sobre a intensidade do perigo de que se deve poder responsabilizar o indivíduo. Junto com a qualidade do bem e a qualidade do ataque, a intensidade do perigo é coadjuvante ao estabelecimento, no tipo, do âmbito normativo de proteção do bem.

Esta interpretação do princípio de autoresponsabilidade penal supõe uma via de abertura para o método teleológico na determinação do âmbito de proteção, pois deve se desenvolver aquilo que não vem explicitado na norma.

Alguns autores, como Claus Roxin, analisam o comportamento da vítima em uma estrutura dogmática de caráter não vitimodogmático.

Os trabalhos de Roxin dos últimos anos trazem um amplo interesse na revisão de questões jurídico-penais a respeito da reparação à vítima como "terceira via" alternativa à pena e à medida de segurança como consequências penais. No que se refere à colaboração da vítima nos atos delitivos, também, Roxin construiu uma linha de pensamento própria que se caracteriza por se apartar de postulados vitimodogmáticos. Roxin aceita a autocolocação em perigo como instituto jurídico-penal e tenta colocá-la em sua própria concepção da imputação objetiva e na necessidade de estabelecer critérios normativos para colocá-la em prática.

Roxin não se mostra contrário ao emprego da autocolocação da vítima em risco, principalmente, porque é uma criação jurisprudencial que, a seu juízo, pode colaborar na adoção de critérios normativos de imputação, mais além da mera demonstração da causalidade naturalisticamente entendida. A vítima passa a ter importância nos critérios normativos de imputação já na determinação do risco permitido e em seu "juízo de causalidade hipotética", porque um dos fundamentos desse juízo hipotético é a inexistência de uma piora da posição da vítima em virtude do risco não permitido executado pelo autor.

É no critério do alcance do fim de proteção da norma em que a intervenção da vítima nos atos pode ter sua melhor aplicação porque uma das características do Direito Penal moderno é se perguntar se determinados comportamentos que produzem um risco não permitido entram no alcance das formas de lesão que quer proteger o bem jurídico.

Roxin estabelece três situações distintas pertencentes à mesma constelação de comportamentos relevantes da vítima: a participação em uma autocolocação em perigo dolosa; a colocação em perigo alheia consentida; a imputação de um resultado de um âmbito de responsabilidade alheia.

Ao primeiro dos grupos (participação em uma auto colocação em perigo) pertencem os casos de auxílio ao suicídio e consumo conjunto de drogas com resultado de morte, enquanto os casos de transmissão de vírus da AIDS pertenceriam ao segundo dos grupos (colocação em perigo alheia consentida).

Não há sentido em se estabelecer esta diferenciação entre a criação do risco pela própria vítima e o consentimento desta no risco criado por outrem. Na verdade em ambos os casos a solução jurídica é a mesma, ou seja, haverá exclusão da imputação, tendo em vista que a vítima espontânea e livremente se colocou em tais situações, criando para si própria o risco.

Assim, pois, Roxin pretende, adotando-se uma linha jurisprudencial, extrair mais elementos que permitam decidir quando deixa de se imputar este ato delitivo ao autor por não se adequar ao fim perseguido pela norma. Isso é o que ocorre quando a vítima domina o risco completamente; tampouco se castigará o partícipe quando a autocolocação seja consequência de uma decisão livre, ou quando não atuando o terceiro, a vítima está consciente do perigo que está correndo.

Para Roxin, o argumento da posição de garante só deve ser utilizado em situações especiais nas quais o autor tem um dever especial de cuidado . com respeito à vítima, por exemplo, é policial ou bombeiro.

Quanto à colocação em perigo alheia consentida, a maioria dos casos corresponde à descrição de consciência do risco da ação perigosa de outro a que se está submetendo. Estes, segundo Roxin, se referem aos delitos de trânsito, em que tradicionalmente se tem utilizado a figura do consentimento. Mas para este autor, o consentimento não é uma boa forma resolutive, pois aqui não se dá um consentimento no resultado, mas somente na colocação em risco.

Para Roxin, este tipo de argumento não se deveria aplicar na determinação do risco geral permitido, mas sim na elaboração de parâmetros normativos mais concretos de imputação, como, por exemplo, nos casos de transmissão do vírus da AIDS, depois de haver mantido relações sexuais sem proteção, consentida e

conscientemente. Neste caso, por exemplo, existe um consentimento na relação sexual, mas não na possibilidade de lesão posterior.

O terceiro grupo de casos (âmbito de responsabilidade alheia) não entra na esfera da autocolocação em perigo relevante porque se trata de pressupostos nos quais o terceiro, em virtude de sua profissão, ou situação, tem uma obrigação de vigilância quanto ao comportamento da vítima, como aconteceu, por exemplo, no caso da doente que se suicida e o médico colabora, sendo este, posteriormente, acusado de homicídio. São casos nos quais essa obrigação se superpõe ao interesse da vítima.

Com esta série de reflexões, Roxin não crê haver encerrado o terna, mas sim, pelo contrário, haver deixado uma porta aberta a outros comportamentos que poderiam excluir-se do alcance do fim de proteção da norma como critério normativo de imputação.

O ponto-chave da diferenciação dogmática entre a autocolocação e a heterocolocação consentida reside no interesse que a sociedade, em geral, possa ter na bem"vida". No caso do homicídio a pedido, a sociedade mostra um interesse especial na proteção deste bem, enquanto no caso de que um terceiro execute uma lesão previamente consentida, lhe é indiferente a generalidade,

Ambas as figuras (a auto colocação em perigo e a colocação em perigo consentida) têm em comum a dependência de critérios relativos a sua permissão e sua materialização em um resultado. a problema da autocolocação em perigo e seu correspondente reflexo na responsabilidade devem ser considerados como uma questão de imputação, como um elemento a mais a ser levado em conta no lugar da imputação objetiva.

Devem ser levados em conta, tal como afirma a jurisprudência alemã, dois elementos com relação ao risco: que a decisão que se tome seja livre e consciente.

Outra argumentação não vitimodogmática a respeito, defendida por Jakobs, sustenta que o essencial no sistema penal é a violação das expectativas de comportamentos dos indivíduos na sociedade que a norma reconhece. As normas constituem diferentes padrões do comportamento dos membros em relação ao resto da sociedade. Por isso, ante atos presumidamente delitivos se examinaria se o autor e a vítima haviam violado essas expectativas sociais que na norma jurídica se

resumem. a importante não é a lesão ao bem jurídico, mas sim o não seguimento dos modelos de conduta que se tem estabelecido de maneira normativa<sup>23</sup>.

No sistema de regras sociais estabelecidas pelas normas e violação dessas regras, a imputação objetiva tem como principal missão analisar os comportamentos que concorrem nesta violação da norma. Jakobs o descreve como uma repartição de responsabilidades com respeito à violação. Definitivamente, cada membro da sociedade tem um rol de comportamentos e o Direito Penal imputa o desvio relativo a este rol, ou seja, a separação das expectativas de comportamento ajustado ao rol previsto pela norma. Por isso, os problemas mais graves de imputação, de atribuição das responsabilidades pelo não cumprimento das expectativas, são aqueles nos quais a quebra do papel social atribuído não é drástica.

Esta gama de comportamentos infieis à norma que geram dúvida no campo da imputação é que responde a quatro critérios: risco permitido; princípio da confiança; existência de uma proibição de regresso; que o comportamento da vítima fundamente a consequência lesiva.

É este último aspecto problemático dos critérios de imputação objetiva o que interessa, pois se trata de realizar uma análise da intervenção da vítima.

A concorrência de algum destes quatro fatores no comportamento presumidamente violador da norma tem como consequência que a quebra do rol não se atribua ao autor presumido, mas sim que se entenda que este está compreendido dentro do âmbito dos "comportamentos permitidos".

Mediante a imputação se verifica qual comportamento produziu o dano lesivo. O citado comportamento poderá derivar-se de um risco não permitido ou da criação de um risco por parte da própria vítima, porque descumpriu seu dever de autoproteção.

Para Jakobs, o risco, por meio de uma perspectiva jurídico-penal, é "a lesão de condições de interação e aparece como complexo relevante de condições". Por isso, o problema é decidir qual é a explicação do dano quando concorrem diferentes fatores de risco como, por exemplo, que outro comportamento não permitido seja determinante naquela ocasião do dano, ou que a vítima haja infringindo seus deveres de autoproteção, ou que se trate de um caso de má sorte ou azar.

---

<sup>23</sup> JAKOBS, G., *La imputación objetiva em Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Editora Civitas, 1999, p. 157.

Para Jakobs, mediante esta concepção do comportamento não permitido se estabelece uma dupla relação com a figura da vítima porque: se a obriga a sofrer um risco que se pode converter em dano; e varia o risco geral que a vítima suporta.

Deve se ter em conta que esta concepção do critério do comportamento da vítima, como critério de risco permitido que supõe a atipicidade, se sustenta na ideia de que o relevante não são as expectativas individuais de proteção da vítima, mas sim unicamente aquelas que têm um apoio na sociedade. Se a sociedade não outorga essa proteção, o comportamento não será típico. Poderia dizer-se que a sociedade, mediante o Direito Penal, não pode proteger de um dano aquela pessoa que, por exemplo, cruza o semáforo no sinal vermelho porque esta violou as expectativas de comportamento que a sociedade tinha nela.

Jakobs põe em relevância o comportamento da vítima e do autor com o movimento de "redescobrimiento da vítima" e não com uma corrente vitimodogmática, para fins de imputação, apesar de utilizar o termo "deveres de autoproteção". E outro aspecto relevante do pensamento deste autor que merece destaque é que ele não emprega uma divisão nos tipos de comportamentos relevantes da vítima, ou seja, não distingue entre participação em uma autocolocação em perigo e colocação em perigo alheia consentida. Estas são modalidades de infração dos deveres de autoproteção da vítima cuja divisão não é relevante no nível de posicionamento global de Jakobs.

Podem ser acrescentadas que para que a atuação a próprio risco da vítima exclua a imputação de terceiro são necessários três requisitos: a vítima deve ter sob seu controle a decisão sobre si e sobre o desenvolvimento da situação perigosa; a vítima deve ser um sujeito autorresponsável, com capacidade para calcular a dimensão do risco. O perigo deve ser conhecido ou conhecível; o terceiro não deve ter uma especial situação de proteção frente ao bem jurídico, ou seja, não deve ostentar uma posição de garante em relação à pessoa que se autocolocou em risco<sup>24</sup>.

- A vítima deve ter sob seu controle a decisão sobre si e o desenvolvimento da situação perigosa. Pode-se distinguir aqui três situações:

a) que o comportamento da vítima seja posterior ao do terceiro. Nestes casos, como se deixa nas mãos da vítima o domínio da decisão sobre o aporte produzido pelo terceiro, não existe dificuldade em se afirmar que quem se autocoloca em perigo

---

<sup>24</sup> LÓPEZ DÍAZ, C. **Introducción a la imputación objetiva**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 151.

tem sob seu controle o desenvolvimento da situação de risco. Em consequência, o fato deve ser atribuído ao âmbito de responsabilidade da vítima, porque é ela que organizou, com divisão de tarefas, sua própria lesão;

b) Que seja simultâneo o comportamento da vítima e do terceiro. Nestes casos se pode aceitar uma ação a próprio risco, se a vítima pode decidir, no mesmo tempo que o terceiro, sobre si e sobre a situação perigosa. Em consequência, se o domínio da vítima se acaba antes que o do terceiro, a partir deste momento o interveniente (quem cria a situação de risco) responde como autor de uma heterolesão.

Quando uma pessoa infectada com o vírus da AIDS tem contato sexual com outra, mas observando as medidas de precaução exigidas (sexo protegido), o risco que cria não é juridicamente desaprovado. Trata-se de um risco permitido. O problema se apresenta quando a pessoa portadora do vírus tem relações sexuais sem proteção alguma, com alguém que sabe que seu companheiro é portador desta enfermidade. Nessa hipótese está-se diante de um caso de participação impune em uma autocolocação em perigo.

No caso de contato sexual aceito voluntariamente, ambos dominam conjuntamente o fato, pois cada um deles tem a possibilidade de intervir em direção do sucesso; eles podem a qualquer momento interromper o contato sexual e diminuir sua periculosidade mediante a utilização de preservativos. Os parceiros sexuais são coportadores do domínio do fato, devido à simetria de suas condutas e a seu mútuo conhecimento do risco. Em consequência, o portador do vírus não pode responder como um autor unitário. Deve fazê-lo com base em regras da coautoria.

c) Que o comportamento do terceiro seja posterior ao da vítima. Nesses casos, ainda que faticamente o terceiro atue com posteridade à vítima, esta tem o domínio da decisão, quando depois da intervenção do terceiro está dentro da órbita de sua incumbência (da vítima) evitar o resultado e tem a capacidade de fazê-lo.

O fato naturalista de que o terceiro atue em último lugar não é, por si só, juridicamente relevante. O importante é quem era o competente para a evitação do resultado no momento em que o risco se realiza. Em consequência, sempre haverá ação a próprio risco quando a competência da vítima é posterior à do terceiro. Nesse caso, uma vez que outra pessoa criou uma situação perigosa, e com base em uma conduta omissiva, a vítima não evita a concreção deste perigo, o resultado não é imputado ao terceiro.

Ex: Duas pessoas, A e B, pactuam em se matar. O método utilizado consiste em se intoxicarem com gás de automóvel, mediante um tubo que será conectado a uma das janelas do carro; as duas pessoas permaneceram sentadas dentro do veículo, com os vidros fechados. Assim, pois, se A coloca em último lugar a saída de gás, e conecta o automático do acelerador para dar entrada ao gás letal, sua atuação naturalista não é por si só, juridicamente relevante; depois de sua conduta, há um comportamento da vítima: uma omissão, consistente em que voluntariamente não quis se retirar do carro. Considera-se que tem domínio sobre a decisão, porque depois da intervenção de terceiro, está dentro do âmbito de competência da vítima a evitação do resultado. Se as duas pessoas se salvam, não se poderá castigar A como autor de uma lesão, porque a conduta de B é uma ação a próprio risco.

Observa-se que, segundo alguns autores, o domínio do fato que tem a vítima sobre o sucesso não é o ponto de vista decisivo para fundamentar a participação em uma autocolocação em perigo. Para eles o critério determinante é a renúncia da vítima à proteção de seus bens jurídicos.

- A vítima deve ser um sujeito autorresponsável com capacidade para calcular a dimensão do risco. O perigo deve ser conhecido ou conhecível.

Quem coloca a si mesmo, consciente e voluntariamente, em perigo, deve ter aptidão para valorar o significado de sua conduta, as consequências e dimensões do risco assumido, e especialmente a importância do bem jurídico que põe em perigo. Esse requisito é uma consequência do anterior, porque só pode considerar-se que o fato é obra da vítima quando esta pode decidir sobre si e sobre a atividade perigosa. Se não se trata de um sujeito autorresponsável, a responsabilidade seria de quem atua desde antes, que é quem passaria a ter o domínio sobre a decisão, transformando quem se autocolocou em perigo em um mero instrumento do autor mediato.

Não se vê nenhuma dificuldade em aceitar uma ação a próprio risco, quando a vítima foi suficientemente informada sobre o significado da conduta que realiza. O problema surge quando o terceiro tem maiores conhecimentos que a vítima. Nesse caso, a doutrina se divide. Alguns defendem que não há ação a próprio risco quando quem cria a situação perigosa tem conhecimentos superiores ao do titular do bem jurídico que se coloca em perigo. Para outros autores, se o perigo era conhecível para quem realiza a ação arriscada e não está dentro do âmbito de responsabilidade do

terceiro Informar, plenamente a vítima sobre as consequências da ação, o comportamento esta dentro de sua competência, e não lhe é imputado.

Para o Tribunal Supremo Alemão (BGHSt 36,1 ss., 17), a punibilidade do autor (do portador do vírus da AIDS) começa onde ele, em virtude de conhecimentos superiores, compreenda melhor o risco que a pessoa que se autocoloca em risco. Tratava-se de um caso no qual um homossexual soube de sua manifestação por seu médico, e da possibilidade de transmissão. Este homossexual teve relações com outro, que obviamente sabia que seu companheiro pertencia a um grupo de risco, mas não estava sabendo que este era portador do vírus.

Partindo da fundamentação que faz ênfase na competência da vítima, teria que se excluir a responsabilidade do terceiro quando existam elementos de juízo que permitam à vítima inferir as consequências de sua ação. Isto é, quando o perigo é conhecível. No caso da AIDS, isto acontece quando o companheiro sexual saudável tem conhecimento de que o outro pertence a um grupo de risco e, portanto, existe a possibilidade de que seja portador do vírus.

- O terceiro não deve ter uma especial situação de proteção frente ao bem jurídico. Ele não deve ostentar uma posição de garante com relação à pessoa que se autocoloca em perigo.

Não se trata simplesmente da posição de garantidor originada na criação de uma situação perigosa anterior. Quem criou um risco juridicamente desaprovado com uma conduta precedente tem deveres de salvamento e está na obrigação de revogar o risco (ingerência). Assim, por exemplo, quem conduz um automóvel e acaba ferindo alguém, fica obrigado a prestar ajuda ao acidentado. Se não a presta, é autor por omissão (dolosa ou culposa) da morte desta pessoa, no caso de que esta faleça como consequência de não ter recebido atenção médica oportunamente.

Partindo do pensamento da ingerência, sustenta-se que quem entrega a outrem uma dose de entorpecente para seu consumo (comportamento precedente anterior), tem a obrigação de prestar-lhe ajuda (deveres de salvamento) quando o drogado entra em estado grave. Se não o faz, será autor de um delito por omissão ou por comissão. Uma parte da doutrina sustenta que se a pessoa que aceita a droga atuou consciente do risco, a simples criação de uma situação perigosa anterior não fundamenta uma posição de garante, quando a vítima organizou o risco em divisão

de trabalho com um terceiro. Em outras palavras, em alguns casos a posição de garante termina com a ação a próprio risco da vítima.

Não se pode aceitar como critério geral que toda ação a próprio risco exclui a posição de garantidor do terceiro. O que acontece é que a simples criação de uma situação perigosa anterior, juridicamente desaprovada (ingerência), por si só não fundamenta um dever especial de proteção do bem jurídico com relação à vítima que realiza a ação de risco.

A ação a próprio risco da vítima não exclui a imputação de terceiro, quando este tem deveres especiais de proteção com relação à pessoa que se auto coloca em perigo. Estes deveres podem surgir porque o terceiro organizou o perigo, ou porque existe um dever institucional.

No primeiro caso (competência em virtude de organização) trata-se de deveres de segurança que surgem do tráfico jurídico, como, por exemplo, o do patrão com relação à observância dos regulamentos de proteção da empresa. O proprietário deve zelar para que seus empregados observem as regras de segurança no trabalho. Se um deles se autolesiona, sua ação a próprio risco não pode excluir a imputação ao patrão, pois este tem o dever de evitar este tipo de condutas no contexto da atividade laboral.

No segunda caso (competência em virtude de instituição), trata-se de deveres que surgem de instituições socialmente estabelecidas, por exemplo, o pai está em obrigação de evitar condutas autolesivas de seus filhos.

Como exemplo final de que não pode se aceitar uma ação a próprio risco quando o terceiro tem especiais deveres de proteção, temos um caso do Tribunal Supremo Alemão em que se condenou por homicídio culposo um médico que, em uma terapia contra o vício, receitou morfina a dois pacientes. Os viciados não observaram as indicações médicas sobre a forma como deveriam consumi-la e, em razão disso, faleceram.

1) Limites entre a participação em uma autocolocação em perigo e o consentimento.

Podem ser assinaladas as seguintes distinções sobre os institutos mencionados:

a) Na ação a próprio risco, a vítima se coloca com suas próprias ações frente a um perigo existente. É a vítima quem, em divisão de tarefas, organiza a lesão. Isso não acontece no consentimento, porque nele a vítima deixa nas mãos do autor a decisão sobre a lesão ao bem jurídico.

b) Na ação a próprio risco, a competência da vítima para cumprir com seus deveres de autoproteção, evitando toda conduta que possa lesar ou por em perigo seus próprios bens, surge com posteridade à do terceiro. Para delimitar os casos de homicídio consentido, de uma ação a próprio risco, deve-se determinar em que momento a vítima suscitou o perigo. O autor não responde quando a vítima, em um comportamento posterior, transformou a contribuição do terceiro em uma autolesão.

Há ação a próprio risco quando a vítima provocou sua autolesão depois da conduta do autor. Aqui deve-se precisar que isto não deve ser entendido em sentido naturalista, determinando faticamente quem atuou em último lugar. O ponto é quem é o competente para evitar a lesão, no momento em que se realiza o risco.

c) No consentimento a vítima aceita que alguém, o terceiro, cause um dano posteriormente, quando depois de criada a situação de perigo pelo terceiro, a vítima decide expor-se ao perigo.

d) Na ação a próprio risco geralmente o que se está aceitando é a colocação em perigo de um bem jurídico, porque sempre se tem a confiança de um desenlace feliz. No consentimento, o titular do bem jurídico aceita, com certeza, que se produza uma lesão ou o dano. O consentimento leva ao resultado lesivo, não a uma simples situação perigosa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os delitos analisados neste trabalho, se, outrora eram praticamente invisíveis aos olhos das sociedades brasileira e argentina, assim como em muitos outros Estados, atualmente os seres humanos não podem ser mais considerados apenas estatísticas, desprovidos de rostos, nomes ou histórias. Com efeito, do presente trabalho, com base no direito penal mínimo, extraem-se as seguintes conclusões:

1. O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual não se esgota em um dispositivo penal. É um fenômeno complexo e multidisciplinar, que exige a participação de várias esferas estatais e da sociedade civil para ser prevenido

e punido adequadamente.

2. Não existem hoje estatísticas ou pesquisas abrangentes e confiáveis para informar números ou características precisas relativas ao tráfico de pessoas. O que se pode afirmar é que o delito está presente em todos os continentes e envolve graves violações aos direitos humanos.

3. O bem jurídico tutelado pelo direito penal sexual e, como consequência, no tráfico de pessoas para exploração sexual é a *liberdade sexual*, devendo ser afastada a proteção da moralidade pública sexual. Assim, o bem jurídico tutelado nos delitos sexuais é individual e não coletivo.

4. A prostituição voluntária, de pessoa maior e capaz que consente validamente no ofício, não pode ser considerada forma de exploração sexual. Apenas a prostituição forçada deve ser considerada exploração. É postura excessivamente paternalista não oferecer ao cidadão a prerrogativa de escolha do seu trabalho.

5. Não podemos classificar como *prostitutas* as mulheres que são reiteradamente violentadas nos bordéis. Elas são *escravas*. Prostitutas recebem pagamento pelo seu ofício.

6. É necessário definir o que significa exploração sexual. Esse vazio legislativo dá margem a interpretações díspares.

7. Sendo lícito o exercício da prostituição, condutas como seu induzimento ou facilitação não devem ser criminalizadas. Ou seja, os tipos descritos no capítulo do Código Penal referente ao lenocínio devem ser descriminalizados sempre que não houver vício de consentimento, como violência, erro, ameaça ou fraude.

8. O consentimento válido da vítima elimina a situação de risco proibido, portanto não há tipicidade, e conseqüentemente não há crime.

9. Quando se tratar de pessoa maior e capaz, que tenha aderido livremente ao deslocamento de um país a outro com o fim de exercer a prostituição, sem qualquer forma de abuso, violência ou coação, conquistando ela própria certa vantagem como ato, não há crime. Todos os bens jurídicos envolvidos nesse caso são disponíveis.

10. A avaliação do consentimento no crime de tráfico de pessoas ainda se encontra eivada por questões morais e paternalistas. O Brasil deve atualizar sua legislação nesta seara, como fizeram Portugal e Espanha, por exemplo.

11. A legislação brasileira está em falta com os Protocolos adicionais à Convenção de Palermo. O País se comprometeu a criminalizar as condutas ali previstas, porém, até o momento, o que temos é um emaranhado de dispositivos

dispersos, sem sistematização ou proporcionalidade entre as penas. Além disso, os projetos que estão em tramitação no Congresso Nacional se apresentam de forma incompleta e assistemática.

12. Sem a cooperação internacional e sem a implementação efetiva de uma política interna de enfrentamento ao tráfico de pessoas, que adote um trabalho em rede, incluindo entidades estatais e a sociedade civil, não haverá a prevenção ao crime, a punição dos traficantes e exploradores e a proteção e assistência às vítimas.

13. Com o fim principal de proteger a vítima do tráfico de pessoas, é necessário distinguir corretamente entre tráfico de pessoas para fim de exploração e para migração ilegal.

14. Para que se faça a adequada proteção e atenção às vítimas do tráfico, deve-se fornecer treinamento específico aos policiais, agentes de fronteira ou alfandegários, pessoal da área da saúde, entre outros, a fim de que a vítima de tráfico não seja revitimizada.

15. Um trabalho efetivo de prevenção ao tráfico é a arma mais eficaz em seu combate. Para tanto, é necessário implementar políticas públicas e sociais conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal brasileira, como educação, trabalho e moradia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R., **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CANOTILHO, J., **Direito Constitucional e teoria da constituição**, Lisboa, Almedina, 2002.

DEI, H., **La Tesis. Cómo orientarse en su elaboración**, Buenos Aires, Prometeu Librios, 2011.

DWORKIN, R., **Uma questão de princípio**, São Paulo, Martins Fontes, 2000.  
Faria, A., *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*, Brasília, OIT, 2006.

FRAGOSO, H., **Lições de direito penal**, São Paulo, José Bushatsky, 1959.

FREITAS JR., A., **Tráfico de pessoas e repressão ao crime organizado**. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 3, São Paulo, 2009.

FRAMIS, G., **Las organizaciones dedicadas a inmigración ilegal y tráfico de seres humanos.** In **Política criminal en vanguardia.** Navarra, Thompson Civitas, 2008.

GARCÍA DE PAZ, I., **Concepto y perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada.** *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 17, Lima, Idemsa, 2005.

OCAMPO, R., **Derecho Público de La Integración,** Buenos Aires, Editorial Abaco de Roberto Depalma, 2007.

GRECO, A., **A autocolocação da vítima em risco,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, A.; Rassi, J., **Crimes contra a dignidade sexual,** São Paulo, Atlas, 2010.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J., **Lei de drogas anotada,** São Paulo, Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_, **Lei de drogas anotada,** São Paulo, Atlas, 2008.

HUNGRIA, N., **Comentários ao Código Penal,** 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1954.

HUNGRIA, N.; LACERDA R., **Comentários ao código penal,** Rio de Janeiro, Forense, 1947.

IBARRA, J. (Coord.), **Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el tráfico de personas. Protección penal de los derechos de los trabajadores - seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina,** Buenos Aires, Edisofer, 2009.

JAKOBS, G., **La imputación objetiva em Derecho Penal,** trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Editora Civitas, 1999.

KANT, E., **Fundamentos de una metafísica de las costumbres,** Madrid, Biblioteca Económica Filosófica, 1881.

LÓPEZ DÍAZ, C., **Introducción a la imputación objetiva,** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

MALTZ M., **Towards defining organized crime,** In Alexander H., Caiden G. (Eds.), **The politics and economics of organized crime,** Lexington, MA, D.C. Heath, 1985.

PISCITELLI, A., **Entre a praia de Iracema e a União Europeia: turismo sexual internacional e migração feminina.** In **Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras,** Rio de Janeiro, Garamond, 2004.

PUIG, M., **Derecho Penal, Parte General,** Montevideo – Buenos Aires, Julio César Faria, 2008.

QUEIJO, M.; RASSI, J. **Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional,** In **Tráfico de pessoas,** São Paulo, Quartier Latin, 2009.

SANTAGATI, C., **Manual de Derechos Humanos**, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Eduardo Lecca, 2011.

SIQUEIRA, G. **Tratado de direito penal**, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947.

SOLER, S., **Derecho penal argentino**, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A., **Manual de Derecho Penal**, Buenos Aires, Ediar, 2011.

## WEB

<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000086-01.pdf>

<http://wwwv.humantrafficking.org/publications/33>

<http://jus.com.br/revista/texto/23456/o-principio-da-dignidade-e-o-trafico-internacional-de-seres-humanos>

<http://jus.com.br/revista/texto/23236/o-trafico-de-pessoas-e-a-exploracao-da-forca-de-trabalho>

<http://jus.com.br/revista/texto/22974/dignidade-humana-e-trafico-de-pessoas>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2856/Lei-11106-2005-Novas-modificacoes-ao-Codigo-Penal-Brasileiro-III-Do-lenocinio-e-do-trafico-de-pessoas>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3500/Turismo-sexual-um-problema-que-se-agrava-diariamente>

[www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm](http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm).

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6549/O-crime-organizado-e-a-seguranca-publica>