

## A IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

[\[ver artigo online\]](#)

Danilo Alves de Souza<sup>1</sup>  
Gabriela Dantas da Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

Há tempos o instituto “Consentimento do Ofendido” é discutido no âmbito da legislação Penal. Segundo a doutrina a aplicação deste está condicionada ao preenchimento de requisitos. Com o crescimento do crime de tráfico de pessoas, surgiu a indagação se o consentimento do ofendido seria aplicável a tal tipologia penal. O objetivo do presente artigo é explicitar se o consentimento do ofendido é aplicável, segundo suas circunstâncias, ao crime de Tráfico de Pessoas disciplinado pela legislação penal brasileira. Foi realizada uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema e explanação ao final se a aplicação do instituto é ou não viável ao crime de Tráfico de Pessoas. Concluindo que não é aplicável ao crime de tráfico de pessoas, pois o consentimento da vítima ainda que livre, não é de maneira inequívoca, pois existem fatores deturpados que se aproveitam de sua vulnerabilidade para obtenção de tal consentimento.

**Palavras chave:** Tráfico de Pessoas. Consentimento do ofendido. Código Penal. Vulnerabilidade.

### THE IRRELEVANCE OF THE OFFENDER’S CONSENT TO THE CHARACTERIZATION OF THE CRIME OF TRAFFICKING IN PERSONS

#### ABSTRACT

For some time the institute “consent of the offended” is discussed within the scope of criminal law. According to the doctrine, the application of this is conditioned to the fulfillment of requirements. With the growth of the crime of trafficking in persons, the question arose whether the consent of the offended person would be applicable to such criminal typology. The purpose of this article is to clarify if the offender’s consent is applicable, according to his circumstances, to the crime of Trafficking in Persons disciplined by Brazilian criminal law. We do a doctrinal and jurisprudential research on the subject and we explain at the end if the application of the institute is or not feasible to the crime of Trafficking in Persons. Concluding that it is not applicable to the crime of human trafficking, since the victim’s consent, even if free, is not unequivocal, since there are distorted factors that take advantage of their vulnerability to obtain such consent.

**Keywords:** Trafficking in Persons. Consent of the offended. Penal Code. Vulnerability.

#### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 CONCEITUAÇÃO DE VÍTIMA E O SIGNIFICADO DO TERMO “CONSENTIMENTO DO OFENDIDO”. 2 POSICIONAMENTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA TRIPARTITE E REQUISITOS DE SUA CARACTERIZAÇÃO. 3 CONCEITUAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS. 4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE E SUA APLICAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará - Fortaleza/CE, [alvesdesouzaadvocacia@gmail.com](mailto:alvesdesouzaadvocacia@gmail.com)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará - Fortaleza/CE, [gabidantasadv@gmail.com](mailto:gabidantasadv@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

O mundo passa por transformações a todo instante, cada vez mais as especulações financeiras tomam conta da ficção jurídica que é o mercado. Porém, existe um “segundo setor” incurso no mercado, em que está incluído elementos ilícitos quais são: a indústria do sexo, mão de obra escrava, vulnerabilidades socioeconômicas dentre outros aspectos relevantes.

Segundo a cartilha “Migração e Tráfico Internacional de Pessoas - Guia de referência para o Ministério Público Federal” (BRASÍLIA, MPF, 2016), cerca de 2,4 milhões de pessoas que se encontram sob as mais diversas circunstâncias de vulnerabilidade são traficadas POR ANO. Sabedores dos números alarmantes, autoridades de todo o globo invitam esforços para combater a incidência deste crime e conscientizar a população mundial da gravidade do tráfico humano.

Diante da relevância do assunto e baseando as condutas dos corruptores para explorações de qualquer tipo e confrontando-as com a capacidade plena das vítimas, pode-se supostamente enquadrar a conduta do corruptor dentro de uma das causas excludentes de ilicitude presente na teoria tripartite, qual seja: a causa supralegal de excludente de ilicitude denominada consentimento do ofendido.

Porém, cumpre indagar: a conduta do corruptor, baseada segundo as características do consentimento do ofendido excluiria a ilicitude e por conseqüência o crime de tráfico de pessoas? É o que analisa-se no presente trabalho e ao final conclui-se acerca de tal indagação.

## 1. CONCEITUAÇÃO DE VÍTIMA E O SIGNIFICADO DO TERMO “CONSENTIMENTO DO OFENDIDO”.

### 1.1. Conceituação de Vítima

Antes de ser abordado o tema “consentimento do ofendido” propriamente dito, é de suma importância realizar uma breve conceituação de vítima/ofendido.

Alessandra Orcesi Pedro Greco em sua obra “A autocolocação da vítima em risco” conceitua vítima como “aquele que sofre as conseqüências de determinada conduta típica, de modo relevante, que propicia a atuação do Estado para atingir os fins do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. “A autocolocação da vítima em risco”, Editora RT, pág. 19.

Em um breve apanhado histórico, segundo os estudos de Thaís de Camargo Rodrigues (RODRIGUES, 2012) em sua dissertação: “O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento”, a vítima em seu arcabouço histórico nos remonta:

O primeiro período remete aos tempos da vingança privada, quando caberia à própria vítima a resolução do conflito. Com o passar do tempo houve o acúmulo de armas e riquezas nas mãos de uma minoria, ou seja, o acúmulo de poder. A partir do século XII a vítima foi afastada da resolução do conflito. As partes envolvidas diretamente não podiam mais resolver a questão por si, devendo submeter-se ao poder constituído. A vítima passou de protagonista a, no máximo, informante.

Nas últimas décadas, contudo, os temas relacionados a vítima vêm paulatinamente ocupando espaço no meio acadêmico, assim como a criação de organizações visando a sua proteção. É a fase do *redescobrimento*.

## 1.2 – Significado do Termo “Consentimento do ofendido”

Segundo os ensinamentos do professor Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 488) acerca do Tema Consentimento do Ofendido:

O direito romano já determinava que o consentimento do ofendido seria apto a excluir o crime nos casos de *iniuria*, que representava a lesão jurídica intencional da integridade física, da situação jurídica ou da honra. Porém, o consentimento não teria validade para excluir, por exemplo o homicídio que, escapando ao conceito de *iniuria*, configuraria um crime contra o Estado. [...] A limitação da eficácia de tal consentimento em situações de bens inalienáveis como a vida só surgiu com Feuerbach.

O termo “consentimento do ofendido”, etimologicamente falando, remonta ao fato da “vítima” consentir que outrem provoque alguma lesão em seu bem jurídico. Segundo os ensinamentos de Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 489) em remonte a lição de Cláudio Brandão, aduz: “Quando o dissenso da vítima é essencial à configuração do tipo, como no caso do estupro, o consentimento válido exclui a tipicidade, quando o dissenso da vítima não faz parte dos elementos do tipo, poderá excluir a antijuridicidade ou ilicitude, desde que se trate de consentimento válido” (apud, CLAUDIO BRANDÃO, p. 198).

A doutrina penal/criminal muito discute acerca da relevância deste tema para o Direito Penal enquanto ciência e também em qual aspecto este instituto seria suficiente para afastar a ilicitude/antijuridicidade de crimes.

As lições de Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 477) aduzem em menção a Bacigalupo (apud, ENRIQUE BACIGALUPO, Manual de derecho penal, p. 132):

Qual é o âmbito em que se deve operar o consentimento. Um setor da teoria distingue entre o consentimento que exclui a tipicidade e o que exclui a

antijuridicidade, estabelecendo diversos pressupostos para a eficácia de ambos. O consentimento excluiria a tipicidade quando o tipo descrevesse uma ação cujo caráter ilícito reside em atuar contra a vontade do sujeito passivo: por exemplo, na violação de domicílio do Código Penal argentino, art. 150 („contra a vontade expressa ou presumida do dono“). O consentimento excluiria, pelo contrário, a antijuridicidade quando o comportamento do autor importasse já uma lesão ao bem jurídico. Por exemplo, no caso do delito de dano às coisas (Código Penal argentino, art. 183).

## **2. POSICIONAMENTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA TEORIA TRIPARTITE E REQUISITOS DE SUA CARACTERIZAÇÃO**

A legislação Penal brasileira adota a teoria Tripartite para caracterização dos delitos. Implica ressaltar que a teoria tripartite se subdivide em: Fato Típico, Ilícito e Culpável, cada elemento que compõe a referida teoria possui elementos intrínsecos. Apesar de integrar a teoria tripartite entende-se que a ilicitude não possui, fundamentalmente, elementos. A não ser suas causas de exclusão. Segundo o artigo 23 do Código Penal brasileiro, são causas que excluem a ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal.

Nota-se que não há a previsão do consentimento do ofendido no rol de excludentes de ilicitude presentes no Código Penal brasileiro. À respeito das causas supralegais de justificação e exculpação o professor Paulo Roberto Busato (BUSATO, 2017, p. 487) aduz:

A par das causas de justificação elencadas no diploma legal, aplicáveis de modo geral a todos os ilícitos, é necessário ter em conta que a exclusão da responsabilidade penal em face de situação justificada também pode se dar por fatores não associados a normas jurídicas e sim a normas de cultura. Aliás, como bem refere Bittencourt, “a existência de causas justificantes supralegais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam justificar-se perante a ordem jurídica”. Sendo assim, resulta positivo que a estrutura jurídica incriminadora possa ter certa mobilidade que permita acompanhar a evolução histórica da sociedade, livre dos grilhões que imporia uma concepção inteiramente positivada das normas permissivas.

É bem verdade que a postura aberta à admissibilidade das causas supralegais de justificação não é pacífica. Houve manifesta resistência doutrinária a respeito de sua admissibilidade, sob o argumento de que somente são cabíveis permissões para prática ilícita onde haja manifesto interesse público, expresso através de manifestação legal. Entretanto, a aceitação de tais hipóteses é hoje francamente majoritária na doutrina.

Após os estudos acerca do tema, constatou-se que para a caracterização da causa supralegal de exclusão de ilicitude que é o consentimento do ofendido é necessário a presença de requisitos em que a ausência de algum destes requisitos impossibilitaria a aplicação do instituto. Segundo as lições do professor Rogério Sanches Cunha (CUNHA, 2016, p. 274, 275)

são requisitos para a aplicação do instituto do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude:

O dissentimento (não consentimento) não pode integrar o tipo penal (elementar do tipo); O ofendido tem que ser capaz; O consentimento tem que ser válido; O bem deve ser disponível; O bem deve ser próprio; O consentimento deve ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico; O consentimento deve ser expresse; Ciência da situação de fato que autoriza a justificante.

Conforme listado acima, realiza-se os apontamentos acerca dos requisitos ensejadores do consentimento do ofendido.

Nos estudos constatou-se que o não consentimento não pode integrar o tipo penal, Rogério Sanches (CUNHA, 2016, p. 274) informa: “se o dissentimento integrar a norma penal como ocorre no artigo 150 do Código Penal, desaparece o próprio fato típico”.

Aspecto importante, a capacidade do ofendido é fator de grande relevância para validade da manifestação de vontade. Neste sentido, Rogério Sanches (CUNHA, 2016, p. 274) explana em atenção as lições de Paulo Queiroz (apud, PAULO QUEIROZ, p. 348):

Como regra, não podem consentir validamente os menores de dezoito anos, nem incapazes de um modo geral (portador de doença mental etc.), motivo pelo qual, se o fizerem, o consentimento será inválido. Mas crimes há, como o estupro (art.213), em que o consentimento poderá ser dado por pessoa maior de quatorze anos, visto que a presunção de vulnerabilidade cessa com essa idade (art. 217-A).

No mesmo sentido, o professor Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 493):

Além disso, o consentimento está relacionado à capacidade de consentir. O consentimento há de derivar de sujeito capaz. Aquele que não é civilmente capaz de consentir não gerará consentimento juridicamente válido e, portanto, não gerará exclusão da responsabilidade penal por falta de antijuridicidade material.

Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 479) aduz em menção as lições de Pierangeli (apud, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, O consentimento do ofendido na teoria do delito, p. 126) acerca da capacidade:

Pierangeli, umas das maiores autoridades sobre o tema, depois de descartar a possibilidade de o consentimento do ofendido ser emitido por menores de 18 e maiores de 14, preleciona:

Resulta meridianamente claro que o critério a ser seguido só pode ser o da idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, que tiver 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27). Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal aos 18 anos. Mas não a adquire tão somente o imputado, mas, também, o

consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica.

Um fator de notoriedade para a caracterização do instituto do consentimento do ofendido é a validade do consentimento proferido. Portanto, a presença de vícios de consentimento implicam em invalidade da manifestação de vontade do indivíduo. Preceitua Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 493):

Com efeito, o consentimento há de ser esclarecido, consciente e representativo de uma decisão permissiva, do contrário, ele não é consentimento. Ele se converte em uma hipótese de exculpação legal se for irresistível, gerando responsabilidade para o coator e, caso seja resistível, apenas macula o consentimento.

Corroborando o pensamento do ilustre doutrinador, o professor Rogério Sanches (CUNHA, 2016, p. 274) explana: “A validade do consentimento reside na liberdade e consciência no momento da sua emissão. É dizer: não se admite o consentimento se sua obtenção ocorre mediante fraude, coação, erro, etc.”.

O item que circunda o instituto em tela, é a sua disponibilidade. Conforme análises constatou-se que o bem em que terá sua incolumidade abalada deverá ser *disponível*. Segundo as aferições nas lições do professor Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 492):

Nesse âmbito, importa destacar a necessária diferença entre os bens jurídicos disponíveis, como o patrimônio ou a honra, cujo consentimento exclui materialmente a responsabilidade por falta de antijuridicidade, e outros indisponíveis, a respeito dos quais o consentimento não gera qualquer efeito. Em geral, estes últimos estão relacionados a situações de vitimização difusa e bens jurídicos coletivos, como o caso da administração pública ou o ambiente. Outros tantos, porém, podem ser individuais, situação em que há clara distinção de tratamento entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Tomemos como exemplo o bem jurídico vida. A vida é um bem jurídico do qual o sujeito submetido à legislação brasileira não pode livremente dispor. Basta, para a demonstração disso, a incriminação das hipóteses de ortonásia sob a forma de homicídio privilegiado e de auxílio, intigação ou induzimento ao suicídio, ainda que este não se consume.

O professor Rogério Sanches Cunha (CUNHA, 2016, p. 274) caminha no mesmo entendimento doutrinário. Afirma:

Não se admite o consentimento quando ele versa sobre bem jurídico indisponível. Com efeito, sobre estes bens incide o interesse do Estado na sua tutela, de modo que não pode o particular renunciar à sua proteção. É o que ocorre com o direito à vida, *v.g.*, insuscetível de renúncia por parte do seu titular imediato, ainda que em situação de eutanásia, punida pelo ordenamento



(embora incida, na espécie, causa de diminuição de pena, vide art. 121, §1º, CP).

Conforme análises, verificou-se que o bem deverá ser próprio do agente que manifesta o consentimento, nessa esteira o agente vê-se impossibilitado em consentir que o bem jurídico de outrem seja molestado.

Quanto ao momento do consentimento, este deverá ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico. Há doutrinadores como o professor Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 493) que aduz que o consentimento deverá ser anterior ao fato lesivo, conforme seu entendimento:

[...] O consentimento deve ser anterior ao fato, sendo irrelevante juridicamente, por exemplo, que a vítima presenteie o ladrão com o objeto adredemente furtado por este. A razão é de ordem lógica. Não se pode consentir com algo que já foi realizado, simplesmente anuir. O consentimento presume uma tomada de decisão prévia ao fato. É que, estando o fato consumado, muitas vezes, a pretensão de resistência se esvai, deixando de ser uma opção livre e passando a ser uma opção forçada pelas circunstâncias.

Já Rogério Sanches Cunha, assim como a maior parte da doutrina contemporânea defende a validade do consentimento em relação a concomitância do consentimento do ofendido. Em sua obra (CUNHA, 2016, p. 275) ligando seu escrito ao de Damásio de Jesus (apud, DAMÁSIO DE JESUS, p. 443), diz: “O consentimento deve ser manifestado antes ou durante a prática do fato. Se posterior, não tem força de excluir o crime, podendo valer como renúncia ou perdão nos casos de ação penal privada (BRASIL, Código Penal, arts. 104 e 105. 1940).”.

Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 480) em sua obra, fala: “O consentimento deverá, ainda, ser anterior ou mesmo simultâneo à conduta do agente. Se for posterior, não afastará a ilicitude da conduta praticada”.

Diante de pesquisas e apontamentos também aferiu-se que o consentimento do ofendido deverá ser expresso e segundo Rogério Sanches (CUNHA, 2016, p. 275) a doutrina tradicional não admite o consentimento tácito ou presumido. Aduz: “O consentimento deve ser claro e expresso, seja ele feito de maneira oral, gestual ou escrita, solenemente ou não”. Para Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 493):

Com efeito, o consentimento há de ser esclarecido, consciente e representativo de uma decisão permissiva, do contrário, ele não traduzirá uma permissão. Por exemplo: o consentimento derivado de *coação* não é consentimento. Ele se converte em uma hipótese de exculpação legal for irresistível, gerando responsabilidade para o coator e, caso seja resistível, apenas macula o consentimento.

Para finalizar as hipóteses de caracterização do instituto do consentimento do ofendido a doutrina informa que o sujeito receptor do consentimento tenha ciência da situação de fato que autoriza a justificante, portanto, aja sabendo estar autorizado pela vítima. Conforme leciona Rogério Sanches Cunha: “Assim, não atua amparado pelo consentimento do ofendido o sujeito que dolosamente causa lesão leve em seu amigo e, posteriormente, descobre haver uma carta expressando a autorização daquela mesma lesão, já que ausente o elemento subjetivo”.

### **3. CONCEITUAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS.**

O crime de Tráfico de Pessoas inicialmente está previsto no art. 149-A do Código Penal brasileiro, que fala em agenciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover órgãos ou partes do corpo; submetê a trabalho ou em condições análogas a de escravo; submeter a qualquer tipo de servidão; adoções ilegais ou exploração sexual. Por fim, comina pena de reclusão de quatro a 8 anos e multa.

Vale lembrar que recentemente a lei 13344/2016 foi promulgada e alterou o Código Penal. A lei incluiu o incisos acima abordados, com o fim de delimitar de maneira objetiva a caracterização do crime de Tráfico de Pessoas.

Rogério Sanches (CUNHA, 2017, p. 9) em sua obra “Tráfico de Pessoas - Tráfico de Pessoas – Lei 13.344 Comentada por Artigos” define o crime de Tráfico de Pessoas:

A definição aceita internacionalmente para tráfico de pessoas encontra-se no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (2000), instrumento já ratificado pelo governo brasileiro. Segundo o referido Protocolo, a expressão tráfico de pessoas significa: “O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”.

A cartilha “Migração e Tráfico Internacional de Pessoas” (BRASÍLIA, MPF, 2016, p. 59) conceitua socialmente o crime de Tráfico de Pessoas da seguinte maneira: “O tráfico de pessoas é um dos crimes mais perversos que se conhece, porque viola diversos direitos humanos inalienáveis. É um comércio de gente, no qual a liberdade, a integridade física e psicológica, a honra e a dignidade da vítima são aviltadas”.



Anteriormente, o crime de Tráfico de Pessoas estava presente no Código Penal brasileiro em seus artigos 231 e 231-A, porém restrito ao fim de exploração sexual, e assim restando insuficiente a proteção estatal caso o tráfico se destinasse para outro fim, como o trabalho escravo, por exemplo.

O professor Rogério Sanches (CUNHA, 2017, p. 11) aduz:

O tráfico de pessoas já estava localizado nos arts. 231 e 231-A, ambos do CP, restrito à finalidade de exploração sexual. Lendo – e relendo – os documentos internacionais assinados pelo Brasil, percebe-se que a proteção era insuficiente, pois o comércio de pessoas tem um espectro bem maior, abrangendo outros tipos de exploração, que não a sexual.

Logo, pode-se extrair dos documentos analisados que o Brasil através da Lei 13.344/2016 adaptou a legislação à internacional, com especial atenção à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas.

Cumprе ressaltar que o crime de Tráfico de Pessoas possui duas hipóteses de ocorrência, o tráfico interno (nacional) e o tráfico transnacional (internacional).

Tomando por fundamento os ensinamentos extraídos do livro do professor Rogério Sanches - Tráfico de Pessoas – Lei 13.344 Comentada por Artigos, pode-se realizar uma análise da legislação anterior a promulgação da lei 13344/2016 e depois da promulgação desta.

Anteriormente o crime de Tráfico de Pessoas estava no rol de crimes contra a dignidade sexual em virtude da interpretação literal do artigo 231 e 231-A. Para melhor assimilação, transcrevemos o artigo 231-A do Código Penal brasileiro (revogado pela lei 13344/2006): “Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”. De maneira imediata pode-se compreender o por quê de o bem jurídico a ser protegido era a dignidade sexual, pois o texto do artigo era direcionado exclusivamente a esse fim, não abarcando demais hipóteses de incidência.

Após a promulgação da Lei 13.344/2016 o artigo 149-A passou a ter redação com os tipos: Agenciar, aliciar, recrutar, transportar transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Para além de definir os tipos, a Lei 13344/2016 destinou a adequação dos tipos às finalidades de remoção de órgãos ou partes do corpo; submeter a trabalho ou condições análogas a de escravo; submeter a qualquer tipo de servidão; adoções ilegais ou exploração sexual.

Logo, pode-se constatar que o bem jurídico a ser protegido deixou de ser unicamente a dignidade sexual, mas sim, passou a ter um campo de atuação muito mais amplo, e, a dignidade sexual passou a ser uma espécie do gênero tráfico de pessoas.

Já o crime de tráfico transnacional antes da Lei 13344/2016, previsto no artigo 231 do Código Penal brasileiro conceituava-se da seguinte forma: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”.

Novamente pode-se identificar a causa do único bem jurídico a ser protegido ser a dignidade sexual, pois o texto do artigo refere-se única e exclusivamente a “prostituição” e “exploração sexual”.

Conforme a promulgação da nova lei que disciplina de maneira mais abrangente o crime de tráfico de pessoas (lei 13344/2016) a hipótese que enquadrado do sujeito ativo do crime, tornou-se bem mais ampla, ajudando as entidades de prevenção e repressão de crimes a responsabilizá-los de maneira mais eficaz.

Demonstra-se a seguir a fragilidade do instituto antes das hipóteses abrangentes trazidas pela lei 13344/2016, conforme a jurisprudência prolatada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal no ano de 2008:

HABEAS CORPUS. RUFIANISMO. TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA. 1 A PRISÃO PREVENTIVA SOMENTE SE JUSTIFICA QUANDO PRESENTES AS HIPÓTESES DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, POIS IMPLICA GRAVE RESTRIÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE. AS CONDUTAS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS: RUFIANISMO E TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS. MAS FORAM COMETIDAS SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA E, PORTANTO, NÃO AUTORIZAM AFIRMAR QUE A MANUTENÇÃO DA LIBERDADE CONSTITUA AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA, OU QUE POSSA EMBARAÇAR A COLHEITA DE PROVA. SENDO A RÉ PRIMÁRIA, COM ENDEREÇO CONHECIDO E EXERCENDO ATIVIDADE LÍCITA REMUNERADA, ALÉM DO VÍNCULO ESTÁVEL COM O DISTRITO DA CULPA, NÃO SE APRESENTANDO JUSTIFICADA A PRISÃO DE NATUREZA CAUTELAR. 2 ORDEM CONCEDIDA.

(TJ-DF – HC: 146951220088070000 DF 0014695-12.2008.807.0000, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 23/10/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 11/11/2008, DJ-e Pág. 99) (g.n)

Apesar de reconhecer a reprovabilidade do delito (no caso, Rufianismo e Tráfico Interno de Pessoas), o Tribunal de Justiça entende não haver motivos ensejadores da conversão em

prisão preventiva (BRASIL, Código Penal. art. 312, 1940.) pelo fato de os crimes não terem sido praticados mediante grave ameaça. Após a promulgação da lei 13344/2016 e a ampliação das hipóteses de incidência do crime de tráfico de pessoas, caminha-se no sentido que as conversões de prisão em flagrante em prisão preventiva será mais acessível e através disso a vítima ser melhor protegida, pois as hipóteses de incidência não repousam mais restritas a violência ou grave ameaça, mas, gave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso.

Com o passar do tempo e os debates surgindo acerca do tema, em julgamento do HC 126265 MC, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/02/2015 este demonstrou seu entendimento da seguinte maneira:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ARTIGO 231, 2º, DO CÓDIGO PENAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL.

[...]

3. O consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou explorador, pois o que o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, saibam que irão exercer a prostituição, mas não tem elas consciência das condições em que, normalmente, se veem coagidas a atuar ao chegar no local do destino. Nisso está a fraude.

4. O crime de tráfico de pessoas – Lei 11.106, de 28.3.2005, que alterou a redação do art. 231 do Código Penal, de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas – consuma-se com a entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição – basta ir ou vir a exercer a prostituição -, e ainda que conte com o consentimento da vítima.

5. O protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional, adotada em novembro de 2000, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos: a) Tráfico de pessoas deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre a outra pessoa, para propósito de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas escravidão, servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a desejada exploração definida no subparágrafo (a) deste artigo deve ser irrelevante onde qualquer um dos meios definidos no subparágrafo (a) tenham sido usados”. 6. O tráfico de pessoas pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com aliciamento e termina com a pessoa que explora a

vítima (compra-a e a mantém em escravidão ou submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão).<sup>4</sup>

Deste modo, constat-se que o ministro utilizou a Convenção da ONU contra o crime organizado transnacional em seu julgado, abordando o consentimento do ofendido e com base nestes diplomas, formou seu entendimento e voto, para ao final indeferir a liminar em sede de Habeas Corpus.

#### **4. O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE E SUA APLICAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS.**

Conforme explanado no capítulo inaugural do presente artigo, a causa supralegal de exclusão da ilicitude consentimento do ofendido possui alguns requisitos para sua aplicação. O crime de tráfico de pessoas possui em sua natureza jurídica a característica de ser de ação múltipla ou crime plurinuclear.

Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 478) fala em menção às lições de Lélío Braga Calhau (apud, LÉLIO BRAGA CALHAU, *Vítima e direito penal*, p. 81):

O Código Penal Brasileiro não incluiu o consentimento do ofendido como causa de exclusão do crime. Mesmo assim, deve o mesmo ser reputado como uma *cláusula supralegal*, haja vista que o legislador não poderia prever todas as mutações das condições materiais de exclusão, sendo que a criação de novas causas de justificação, ainda não elevadas ao direito positivo, corrobora para a aplicação da justiça material.

A aplicação do instituto consentimento do ofendido possui segundo os ensinamentos do professor Paulo César Busato (BUSATO, 2017, p. 491):

Assim, segundo Muñoz Conde, para que o consentimento possa atuar como causa de justificação, é preciso que concorram, simultaneamente, os seguintes requisitos: o bem jurídico ser disponível, assim reconhecido pelo ordenamento jurídico; a capacidade para consentir de parte da vítima; a ausência de vícios do consentimento (erro, simulação, coação ou fraude); e que o consentimento seja dado antes da realização da ofensa e seja reconhecido como tal pelo autor da agressão.

Segundo os estudos apresentados, se faz uma análise da aplicação do consentimento do ofendido (por consequência seus requisitos) ao crime de tráfico de pessoas.

---

<sup>4</sup> Processo MC HC 126265 GO - GOIÁS 8620413-32.2015.1.00.0000 Partes PACTE.(S) : A F A, IMPTE.(S) : RONALDO DAVID GUIMARÃES, COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Publicação DJe-034 23/02/2015 Julgamento 18 de Fevereiro de 2015 Relator Min. GILMAR MENDES.

O “não consentimento” não integra o tipo penal do crime de tráfico de pessoas, a exemplo do que ocorre com o artigo 150 do Código Penal brasileiro (Violação de domicílio). A saber: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. (g.n)

O ofendido deverá ser capaz, dependendo das características da vítima a respeito de sua capacidade. Este requisito também poderá ser aplicado. Vale ressaltar que em dados constantes da cartilha “Migração e Tráfico Internacional de Pessoas – Guia de Referência para o Ministério Público Federal” (BRASÍLIA, MPF, 2016) as mulheres entre 18 e 30 anos possuem maior fluxo como sujeito passivo do crime de tráfico de pessoas. Portanto, capazes.

O consentimento deverá ser válido. Com relação a validade do consentimento há divergências quanto a vítima dar seu consentimento de maneira válida, pois muitas vezes este está eivado de vício oculto. Segundo a cartilha “Migração e Tráfico Internacional de Pessoas” (BRASÍLIA, MPF, 2016), em regra as vítimas: “Apresentam baixo nível de escolaridade, baixa renda familiar, têm filhos, desempenham atividades mal remuneradas, sem direitos trabalhistas garantidos, não vislumbram nenhuma possibilidade de ascensão e melhoria das condições de vida”.

Ou seja, as condições pretéritas ao consentimento da vítima devem ser levadas em conta, pois as vulnerabilidades a qual a vítima era à época submetida pode ser um fator que vicia seu consentimento, que em regra, seria válido. A sensibilidade do julgador para averiguação do caso concreto é de suma importância.

O bem jurídico deverá ser disponível. Como o bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico é a liberdade do indivíduo a aplicação do instituto fica comprometida, pois a liberdade é bem *Indisponível*. Conforme preceitua parte da decisão em sede de Habeas Corpus exarada pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

HC – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – DESISTÊNCIA – O HABEAS CORPUS, AÇÃO CONSTITUCIONALIZADA, VISA A PROCESSAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO, AMEAÇADO, OU AFETADO POR ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER (CONST. ART. 5., LXIX). A DESISTÊNCIA É ADMISSÍVEL, SALVO SE PREJUDICIAL AO PACIENTE. A LIBERDADE É INDISPONÍVEL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. ADEMAIS, CUMPRE AO JUDICIÁRIO EXPEDIR A ORDEM DE OFÍCIO UMA VEZ CARACTERIZADOS SEUS PRESSUPOSTOS.

(STJ – HC: 3287 RJ 1995/0009046-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 18/04/1995, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.06.1995 p. 18747 RSTJ vol. 81 p. 367, DJ 19.06.1995 p. 18747 RSTJ vol. 81 p. 367)

O bem a ser “beneficiado” com o consentimento do ofendido deverá ser próprio. Como o bem jurídico a ser protegido no crime de Tráfico de Pessoas é próprio, por regra o instituto poderia ser aplicado nesse quesito.

O consentimento deve ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico, em regra o sujeito ativo do crime de Tráfico de Pessoas faz uma abordagem prévia nas possíveis vítimas. Dessarte o consentimento dado em regra é anterior, até por que o deslocamento da vítima será posterior a abordagem do corruptor. A cartilha “Migração e Tráfico Internacional de Pessoas” (BRASÍLIA, MPF, 2016) traz o meio utilizado por regra pelo corruptor para conseguir seu intento: “Uso da força; outras formas de coação; ameaça; rapto; cárcere privado; engano; fraude; abuso de autoridade ou da situação de vulnerabilidade; dar ou receber benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra”.

O consentimento deverá ser expresso. Em regra, analisando de maneira macroscópica, o consentimento é expresso, demonstrando de fato o fator volitivo da vítima.

O derradeiro requisito para analisar a aplicação do consentimento do ofendido ao crime de tráfico é ciência da situação de fato que autoriza a justificante. Em regra, a vítima desconhece o que está por vir, ou seja, a situação de fato em que restará incurso. Alguns aspectos só são revelados a vítima quando já estão em seu ponto de destino.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as informações trazidas à tona no trabalho em comento, demonstram-se informações suficientes para elaborar noções do instituto apresentado e maturidade o suficiente para saber se o “consentimento do ofendido” pode ser aplicado ao crime de Tráfico de Pessoas, e, por consequência excluir um dos elementos da teoria tripartite, a ilicitude.

Sabe-se das inúmeras vulnerabilidades que o Brasil possui em sua sociedade e, isso é um fator que contribui para o grande número de pessoas que são traficadas para os mais diversos fins, seja para exploração sexual, mão de obra escrava dentre outros.

Sabe-se, ainda, que a indústria do sexo ou exploração de mão de obra é muito lucrativa, por isso, os corruptores vislumbram lucros certos, traficando pessoas para explorá-las sob a argumentação que apesar de ser ruim, será melhor do que a permanência dessas pessoas nas condições de vulnerabilidade em que se encontram.

Em tese, para se aplicar o instituto: consentimento do ofendido são necessárias as seguintes observações: bem jurídico disponível; que o ofendido tenha capacidade jurídica para consentir; que o ofendido tenha manifestado o consentimento de maneira livre e inequívoca ainda que não expressamente; que o consentimento tenha sido dado antes ou durante a conduta lesiva. Em alguns casos o sujeito passivo do crime é maior e capaz e as demais características também estão incursas nas características em que fora cooptado. Porém, a argumentação não se sustenta.

Quando o sujeito passivo do crime de Tráfico de Pessoas é cooptado o corruptor aproveita-se de condições sociais, econômicas, familiares dentre outras modalidades de vulnerabilidade e sobre o pretexto do indivíduo ter alguma chance de livra-se de tais vulnerabilidades.

Por haver a presença desses fatores “não-claros” ou deturpados, a pessoa que já se encontra em situação de fragilidade fica em maior propensão a aceitação dos termos propostos pelo corruptor. Estes termos maculam a adequação do livre e expresso consentimento da vítima.

Ademais a jurisprudência caminha na esteira do entendimento lecionado no Protocolo de Palermo, que aduz que também se configura o crime quando o sujeito passivo é induzido ao engano.

Portanto, conclui-se que o instituto Consentimento do Ofendido não é aplicável ao crime de tráfico de pessoas, pois o consentimento da vítima ainda que livre, não é de maneira inequívoca, pois existem fatores deturpados que se aproveitam de sua vulnerabilidade para

obtenção de tal consentimento. Logo, por conta da mácula a tal característica, o referido instituto será inaplicável.

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal: parte general**. Bogota, Temis, 1989.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BUSATO, Paulo César, **Direito Penal – Parte Geral**, São Paulo, 3ª edição, 2017.
- CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CUNHA, Rogério Sanches, “**Manual de Direito Penal – Parte Geral**”, Salvador, 4ª edição, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches, “**Tráfico de Pessoas – Lei 13.344 Comentada por Artigos**”, Salvador, 2016.
- DE JESUS, Damásio. **Direito Penal Parte Geral**. Editora Saraiva. 32º Edição. 2011.
- GRECO, Rogério, “**Curso de Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1, Rio de Janeiro, 18ª Edição, 2016.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro Greco. “**A autocolocação da vítima em risco**”, São Paulo, RT, pág. 2004.
- Migração e tráfico internacional de pessoas: guia de referência para o Ministério Público Federal / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. – Brasília: MPF, 2016.
- PIERANGELIO, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido**. Na Teoria do Delito. Rt; 3º edição (1 janeiro 2001).
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal -V.1 – Parte Geral**. Editora Juspodivm. 2020.
- RODRIGUES, Thaís de Camargo, “**O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento**”, Disponível em:  
<[www.teses.usp.br/teses/.../REDACAO\\_FINAL\\_Thais\\_de\\_Camargo\\_Rodrigues.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../REDACAO_FINAL_Thais_de_Camargo_Rodrigues.pdf)>