

COLEÇÃO TEMAS

05

▼

TRÁFICO DE SERES HUMANOS

JURISDIÇÃO PENAL
E PROCESSUAL
PENAL

▼

ABRIL
2021

▲

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

www.cej.pt

DIRETOR DO CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

DIRETORES ADJUNTOS

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

COORDENADOR DO DEPARTAMENTO DA FORMAÇÃO

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

COORDENADORA DO DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Helena Leitão, Procuradora da República

GRAFISMO

Ana Caçapo - CEJ



O tema que ocupa este e-book da coleção Temas, Tráfico de Seres Humanos, persiste, infelizmente, como tema da atualidade.

Daí o esforço do CEJ em reunir textos que, pela sua qualidade, dão um interessante contributo a quem estuda esta temática, encontrando num só local um acervo doutrinal de excelência.

Com efeito, não obstante os textos mais antigos datarem de 2008, eles refletem a alteração operada pela Lei 59/2007, de 4.09, e analisam com acuidade a modificação a que o tipo de crime de tráfico de pessoas foi sujeito, no cumprimento, por parte do Estado português, das obrigações comunitárias e internacionais assumidas. De então para cá, não houve alterações normativas ao tipo.

Pode o leitor encontrar nos textos que seguem, pelas penas de Paulo Sousa Mendes e Pedro Vaz Pato, não só a distinção e autonomização do tipo de crime, como também a distinção com outros tipos semelhantes, quais sejam o auxílio à imigração ilegal e o lenocínio. Encontrará, ademais, uma rigorosa análise do bem jurídico protegido, a par da interpretação do segmento normativo “aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima” que, pela sua latitude, carece de ser densificado, o que é levado a cabo, além do mais, com critérios internacionais de índole objetiva. A ilustração concetual é feita com o recurso à jurisprudência e ao direito comparado.

Outro texto, mais recente, de 2013, de Albano Pinto, trata da criminalidade associada à imigração ilegal, designadamente, o crime de auxílio à imigração ilegal e de associação de auxílio à imigração ilegal, não sem antes fazer um percurso sistemático pelo direito internacional convencional e direito comunitário, e respigar o arrazoado analítico com a jurisprudência adequada. Não ficaram por tratar de forma exaustiva todas as questões que os tipos suscitam, bem como os concursos a que se encontram sujeitos.



A exposição de Margarida Blasco, do mesmo ano, surge-nos em vídeo, e traz-nos uma análise da prova no que tange aos crimes objeto desta coletânea. Sustenta-se num interessante portefólio de jurisprudência, que comenta e que aporta uma mais valia a quem se debruça, do ponto de vista prático, sobre esta temática.

Fecha-se este e-book com mais um texto de Pedro Vaz Patto, este já de 2016, onde o autor faz, como é seu timbre, uma rigorosa delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão.

Por todo o exposto, facilmente se compreende o interesse que a reunião dos mencionados textos, num só e-book, livre e acessível, granjeia.

O CEJ sente-o como mais uma peça acrescida no cumprimento de formar, informar e proporcionar o acesso à análise da informação.

(HS)

Ficha Técnica

Nome:

Tráfico de Seres Humanos

Jurisdição Penal e Processual Penal

Rui Cardoso – Procurador da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários e Coordenador de Jurisdição

Helena Susano – Juíza de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Alexandre Au-Yong Oliveira – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

José Quaresma – Juiz Desembargador, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Carla Figueiredo – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Coleção:

Temas

Conceção e organização:

Helena Susano

Intervenientes:

Paulo Sousa Mendes, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Maria Godinho Vaz Patto, Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa

Albano Pinto, Procurador da República Coordenador de Leiria

Margarida Blasco, Juíza Desembargadora, Tribunal da Relação de Lisboa

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –15/04/2021	

Tráfico de Seres Humanos

Índice

1. Tráfico de Pessoas Paulo Sousa Mendes	9
2. O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto. Análise de algumas questões Pedro Vaz Patto	21
3. Criminalidade associada à imigração ilegal Albano Pinto	43
4. Tipo jurídico-penal do crime de tráfico de pessoas e sanções – a perspetiva do Julgador no quadro da jurisprudência atual Margarida Blasco	101
5. A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão – o artigo 160.º do Código Penal na redação dada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto Pedro Vaz Patto	105

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Tráfico de Pessoas



Paulo Sousa Mendes



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

TRÁFICO DE PESSOAS

Paulo Sousa Mendes*

Introdução

1. A distinção entre o tráfico de pessoas e outros crimes, especialmente o auxílio à imigração ilegal

INTRODUÇÃO

A Convenção de Varsóvia/ Conselho da Europa (2005)¹, na linha do Protocolo Adicional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, que acompanha a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional/ONU (2000)², e na linha da Decisão-Quadro 2002/629/JAI/UE³, considera tráfico de seres humanos "o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas para fins de exploração, por meio de ameaça, violência ou outras formas de coerção, sequestro, manobra fraudulenta, engano, abuso de poder, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de quem tenha o controlo sobre a vítima. O conceito de exploração abrange, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares, a servidão e a extracção de órgãos. O consentimento da vítima é considerado irrelevante, se tiver sido obtido por qualquer um dos meios referidos". Os instrumentos internacionais mencionados estabelecem ainda que

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Agradeço à Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues o amável convite que me fez para participar, como conferencista, nas Jornadas sobre a Revisão do Código Penal – 27 e 28 de Setembro de 2007, organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Agradeço ao Dr. Pedro Vaz Patto a gentileza que teve de me enviar com antecedência a sua intervenção, a fim de podermos coordenar as nossas apresentações.

Este texto encontra-se publicado na Revista do CEJ – n.º 8.

¹ A Convenção do CE sobre o Combate ao Tráfico de Seres Humanos (*Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*) foi adaptada, em Varsóvia (Polónia), em 16 de Maio de 2005 (online: http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Docs/Convntn/default_en.asp). Dos 47 Países que integram o CE, até agora 36 já a assinaram e só 7 a ratificaram. "Portugal poderá vir a ser o quinto Estado-membro da União Europeia (UE) a ratificar a convenção internacional contra o tráfico de seres humanos. O Governo pretende acelerar o processo de aprovação do documento elaborado pelo Conselho da Europa, e aberto à ratificação em 2005, de forma a concluí-lo ainda durante a presidência portuguesa da UE. [...] mais exactamente por altura da realização da conferência internacional dedicada ao tema Tráfico de seres humanos e género, a 8 de Outubro, no Porto" (cf. SOFIA BRANCO, "Portugal ratifica convenção contra tráfico de seres humanos este ano – Governo acelera processo de adopção do pacto internacional, que deverá ser discutido na Assembleia da República já em Setembro", *in* jornal Público, de 20 de Agosto de 2007).

² Adoptada em Palermo (tália) e aprovada por Portugal pela Resolução n.º 32/2004 da Assembleia da República e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril. Para notícia do processo de feitura, cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, "Tráfico de pessoas – Breve análise da situação em Portugal – Notícia do novo protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional I", *in* Revista do Ministério Público (RMP), Ano 23.º, n.º 91 (Julho-Setembro 2002), (pp. 81-93) p. 82.

³ Aprovada pelo Conselho, em 19 de Julho de 2002 e publicada no Jornal Oficial (JO) n.º L 203, de 1 de Agosto de 2002, pp. 1-4. Os Estados-membros deviam dar cumprimento a esta decisão-quadro até 1 de Agosto de 2004.

os Estados-Parte deverão criminalizar todos os actos descritos na noção de tráfico de seres humanos.

A última revisão (2007) do Código Penal (CP) modificou significativamente o tipo legal de crime de tráfico de pessoas (artigo 160.º, n.º 1, CP revisto). Não importa considerar a evolução da descrição legal do tráfico de pessoas no CP, desde 1982 até hoje⁴, pois a última modificação limitou-se a reproduzir, tão fielmente quanto possível, a definição de tráfico de seres humanos que acabei de citar, dando assim cumprimento às obrigações comunitárias e internacionais do Estado português nesta matéria.

O novo tipo legal acarretará, por certo, dificuldades interpretativas, a maior das quais – segundo me atrevo a prever – terá a ver com a sua distinção e autonomização diante de outras figuras penalmente relevantes. Em especial, a dificuldade aparece no confronto com o tipo legal de crime de auxílio à imigração ilegal, p. e p. no artigo 183.º da Lei da Imigração (Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho).

Na minha apresentação, tratarei, portanto, desta dificuldade, mas não só. Interessa também perceber quais são as hipóteses mais prováveis, já não de separação do tráfico de pessoas relativamente a outras infracções, mas de concurso efectivo de crimes, aspecto que tratarei a seguir.

1. A DISTINÇÃO ENTRE O TRÁFICO DE PESSOAS E OUTROS CRIMES, ESPECIALMENTE O AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

O *Protocolo Adicional contra o Contrabando de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea* (2000), que acompanha a já citada Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, das Nações Unidas, define – à parte, portanto, do tráfico de pessoas – o auxílio à imigração ilegal, vulgo contrabando de pessoas (*people smuggling*), como o facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado-Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro proveito material".

Também a nível comunitário se impôs a distinção entre o tráfico de pessoas e o auxílio à imigração ilegal, de acordo com a Directiva 2002/90/CE⁵. E a Decisão-Quadro 2002/946/JAI⁶

⁴ Sobre o crime de tráfico de pessoas nas versões anteriores, por todos, cf. SÉNIO MANUEL DOS REIS ALVES, *Crimes sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra: Almedina, 1995, pp. 61-65; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Artigo 169.º (Tráfico de pessoas)", in AA.VV., *Comentário ao Código Penal – Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I (Artigos 131.º a 201.º), Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 510-517; da mesma A., "O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas", in RMP, Ano 21.º, n.º 84 (Outubro-Dezembro 2000), (pp. 15-29) especialmente pp. 26-29, e JORGE DIAS DUARTE, "Tráfico e exploração sexual de mulheres", in RMP, Ano 22.0, n.º 85 (Janeiro-Março 2001), (pp. 51-69) especialmente pp. 55-68.

⁵ Aprovada pelo Conselho, em 28 de Novembro de 2002 e publicada no JO n.º L 328, de 5 de Dezembro de 2002, pp. 17-18.

estabeleceu um conjunto de sanções que os Estados-membros devem adoptar para combater o auxílio à imigração ilegal.

Ao nível do Conselho da Europa, merece referência a Recomendação 1611 (2003)⁷, relativa ao tráfico de órgãos na Europa, que convidou os Estados-Parte a assinarem e ratificarem a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, das Nações Unidas, e os respectivos protocolos adicionais.

A nova Lei da Imigração, neste tocante, manteve o crime de auxílio à imigração ilegal, agravando a medida legal da pena sempre que o crime for praticado com perigo para a vida do imigrante (artigo 183.º, n.º 3). E criou um novo crime de casamento de conveniência (artigo 186.º, n.º 1), o qual, no fundo, é uma variante de auxílio à imigração ilegal, embora não se possa dizer, tecnicamente falando, que seja uma norma especial em relação ao auxílio à imigração ilegal.

À primeira vista, a distinção entre tráfico de pessoas e auxílio à imigração ilegal é fácil de traçar, a saber⁸:

- No primeiro, a pessoa é traficada contra a sua vontade, mesmo que consinta nisso, o que é irrelevante porque não tem consciência das circunstâncias em que ficará no lugar de destino, ao passo que, no segundo, a pessoa é contrabandeada com o seu acordo, livre, consciente e completo;
- No primeiro, a pessoa não paga, ou então paga um preço muito elevado, que frequentemente aumenta à chegada, colocando-se numa posição de sujeição por dívidas diante do traficante, ao passo que, no segundo, a pessoa paga um preço que cobre as despesas da viagem e os “serviços” prestados pelo passador;
- No primeiro, a pessoa fica nas mãos de outrem à chegada, confinada em locais de onde não pode fugir, frequentemente sujeita a maus-tratos, despossada dos seus documentos de identificação, ao passo que, no segundo, a pessoa fica por sua conta e risco ao chegar ao país de destino;
- No primeiro, existe uma organização complexa, capaz de controlar os diferentes aspectos do tráfico (i.e., recrutamento, transporte, colocação e controlo no local de trabalho, cobrança de dívidas, lavagem de dinheiro, etc.), ao passo que, no segundo, a organização é simples ou até inexistente, bastando o passador;
- Em suma, no primeiro, a pessoa traficada é vítima, ao passo que, no segundo, a pessoa contrabandeada é cliente.

⁶ Aprovada pelo Conselho, em 28 de Novembro de 2002 e publicada no JO n.º L 328, de 5 de Dezembro de 2002, pp. 1-3.

⁷ Aprovada pela Assembleia Consultiva, em 25 de Junho de 2003.

⁸ Por todos, cf. PAULO MANUEL COSTA, "Legislação", in AA.VV., O tráfico de migrantes em Portugal: perspectivas sociológicas, jurídicas e políticas (org.: Observatório da Imigração), Lisboa: Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), 2005, (pp. 69-103) pp. 102-103. Também cf. BRIAN ISELIN/MELANIE ADAMS, Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling, Bangkok : UN Office on Drugs and Crime/Regional Centre for East Asia and the Pacific, 2003 (online: <http://www.unodc.un.or.th/material/document/Distinguishing.pdf>).

Em princípio, essas diferenças explicam a relação de alternatividade entre os dois crimes, dado que nenhuma situação pode consubstanciar ambos simultaneamente⁹, e justificam a desigual moldura penal dos crimes, que é mais grave no primeiro (punido com pena de prisão de três a dez anos, no caso do tipo-base, ao passo que o segundo é punido com pena de prisão até três anos, igualmente no caso do tipo-base), bem como também o diferente estatuto dos próprios imigrantes, que só no segundo caso são considerados autores de várias contra-ordenações, desde a falta de declaração de entrada (artigo 197.º da Lei da Imigração) até ao exercício de actividade profissional não autorizado (artigo 198.º, n.º 1, do diploma legal citado), podendo ainda ser expulsos administrativamente (arts. 134.º, n.º 1, alínea a), 140.º, n.º 1, e 145.º do mesmo diploma legal).

Mas depois apercebemo-nos de que as diferenças nem sempre são assim tão claras. Vimos que a dicotomia entre tráfico e auxílio à imigração ilegal está essencialmente ligada ao contexto de exploração que se verifica no primeiro caso. Só que, na lei, não existe uma definição clara dos termos desta exploração¹⁰, apenas se usando conceitos indeterminados, tais como "exploração sexual" ou "exploração do trabalho" (artigo 160.º, corpo do n.º 1, *in fine*, CP revisto¹¹). Ora, o preenchimento desses conceitos indeterminados na prática é decisivo para uma distinção correcta entre tráfico e auxílio à imigração ilegal. Em princípio, dir-se-á que o conceito de exploração assenta na grave violação dos direitos humanos, especialmente dos (i)migrantes, que são quem mais frequentemente cai nas redes do tráfico¹².

O problema é que a exploração tende a existir também no auxílio à imigração ilegal, já para não falar dos próprios esquemas de migração legal¹³. De resto, os imigrantes ilegais acabam quase sempre deparando com uma cadeia de explorações ao longo do percurso migratório, desde a origem até ao destino, que não se esgotam seguramente nas degradantes condições de transporte a que são sujeitos¹⁴. Acresce que existe um maior número de migrantes que procura traficantes que os auxiliem na realização do seu projecto migratório, do que propriamente pessoas recrutadas pelas redes de traficantes, as quais nem precisam, pois, de se dar a esse trabalho¹⁵. Além de que muitos migrantes, sabendo desde logo que serão sujeitos a condições de trabalho forçado, escravatura ou servidão, ainda assim consideram-nas aceitáveis, numa primeira fase, na expectativa de poderem, com o tempo, libertar-se delas e conseguir finalmente melhores condições de permanência no país de destino¹⁶.

⁹ Em sentido contrário, defendendo, em face da legislação anterior, a existência de uma relação de concurso efectivo entre os crimes de tráfico de pessoas e de auxílio à imigração ilegal, dada a diversidade de bens jurídicos protegidos,

cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, RMP, Ano 23.º, n.º 91 (Julho-Setembro 2002), cit., p. 85.

¹⁰ Cf. SÓNIA PEREIRA/CATARINA SABINO/SUSANA MURTEIRA, "Estado da arte", in AA.VV., O tráfico de migrantes em Portugal, cit., (pp. 21-68) p. 26.

¹¹ O mesmo não se dirá de "extracção de órgãos", que é um conceito fechado.

¹² Cf. SÓNIA PEREIRA/CATARINA SABINO/SUSANA MURTEIRA, o tráfico de migrantes em Portugal, cit., p. 26.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*, pp. 26 e 27.

¹⁶ *Idem*, p. 27.

Há, pois, uma linha contínua a unir, nos dois extremos, o tráfico e o auxílio à imigração ilegal¹⁷, o que torna difícil de avaliar a existência de exploração e o grau de exploração do imigrante.

Ainda antes de analisar essas reais dificuldades, começemos por afastar as “falsas dificuldades”, por assim dizer, que resultam da falta de consenso, na discussão política, acerca da caracterização das situações de “exploração sexual” ou de “exploração do trabalho”, até porque estes conceitos são atravessados por clivagens culturais e ideológicas.

Discute-se se a prostituição implica necessariamente exploração sexual. Seja como for, a polémica entre os adversários da prostituição e os partidários da liberalização do “trabalho sexual” não é para aqui directamente chamada, quanto mais não seja porque a exploração sexual, só por si, não preenche o tipo de crime de tráfico de pessoas, pois só relevam as formas vinculadas de realização do facto especialmente descritas na lei penal. Fora disso, o aproveitamento da prostituição é punido autonomamente como lenocínio (artigo 169.º, n.º 1, CP revisto), com pena legal menos grave (a saber: pena de prisão de seis meses a cinco anos). Muito se discute se o tipo legal de crime de lenocínio preenche os critérios legitimadores da dignidade e da necessidade de pena, mas, já que o legislador decidiu que sim, não interessa estar agora a discutir os bens jurídicos protegidos no direito penal sexual¹⁸.

De facto, o legislador parece ter entendido que o aproveitamento da prostituição¹⁹ configura sempre exploração sexual, como se essa actividade significasse só por si vitimização da pessoa que a pratica a troco de dinheiro²⁰, mesmo que não haja violência, nem coerção sobre ela²¹.

Também se discute a exploração do trabalho. Em termos de latitude do conceito, basta lembrar que a literatura marxista clássica dizia que todo o trabalho por conta de outrem envolve a exploração do trabalhador, na medida em que o lucro do empregador consiste

¹⁷ O que não quer dizer que não haja situações de tráfico que nada têm a ver com a passagem de fronteiras, pois o tipo legal nem sequer faz menção a isso. Acontece apenas que, do ponto de vista estatístico, essas situações são muitíssimo mais frequentes do que, por exemplo, traficar uma pessoa do campo para a cidade ou, muito menos, traficar uma pessoa na própria terra...

¹⁸ Contra a criminalização do aproveitamento da prostituição, em condições de respeito pela liberdade de resolução da prostituta, cf. KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Almedina, 1985, pp. 145-154; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Artigo 170.º (Lenocínio)" *in* AA.VV., *Comentário ao Código Penal*, cit., (pp. 518-532) pp. 518-521, especialmente p. 526 (16), e CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, "O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal", *in* *Jurisprudência Constitucional (JC)*, n.º 7 (Julho-Setembro 2005), (pp. 21-35) p. 35. Admitindo a constitucionalidade da incriminação do lenocínio, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04 (Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma), transcrito e comentado por CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *JC*, n.º 7 (Julho-Setembro 2005), cit., pp. 21-27.

¹⁹ O tipo legal de crime de lenocínio exige ainda que o agente actue profissionalmente ou com intenção lucrativa, nos termos do artigo 169.º, n.º 1, CP revisto, que manteve a redacção do anterior artigo 170.º, n.º 1, na versão do CP de 1998 (cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Comentário ao Código Penal*, cit., pp. 522 (8)).

²⁰ Na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional (cf. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *JC*, n.º 7 (Julho-Setembro 2005), cit., p. 29).

²¹ Outros dirão que não é a prostituta que o legislador quer proteger, mas o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto (neste sentido, cf. SÉNIO MANUEL DOS REIS ALVES, *Crimes sexuais*, cit., p. 68).

precisamente na apropriação do produto do trabalho alienado²². Tão-pouco nos interessa esta discussão, pois podemos simplesmente fincar-nos nas orientações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para a identificação do trabalho forçado, que – como é referido pelo Dr. Pedro Vaz Patto, na sua apresentação – não incluem sequer “a simples circunstância de o salário ser inferior ao mínimo legal como indício de trabalho forçado, embora o possa ser se estiver associado a outros indícios, ou se se verificar uma grande desproporção entre o montante do salário e o número de horas de trabalho”. Fora do trabalho forçado, o aproveitamento de mão-de-obra imigrante nunca pode ser subsumido no tipo legal de crime de tráfico de pessoas, mas é simplesmente punido como contra-ordenação, por se empregar cidadão estrangeiro não autorizado a exercer uma actividade profissional nos termos da Lei da Imigração (artigo 198.º, n.º 2, do diploma legal citado).

Tratemos agora das reais dificuldades de distinção do tráfico de pessoas relativamente a outras infracções, especialmente o crime de auxílio à imigração clandestina, mas também, como vimos, o crime de lenocínio, no caso da exploração sexual, e a contra-ordenação de dar emprego a cidadão estrangeiro não autorizado, no caso do aproveitamento de mão-de-obra imigrante, ou outras infracções.

É que as fronteiras entre todas essas infracções se turvam quando tomamos em consideração os meios de praticar o tráfico de pessoas, que a lei descreve nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 160.º CP revisto. Na verdade, trata-se de um crime de execução vinculada²³. Algumas das formas de praticar o crime deixarão o aplicador do Direito na tormentosa dúvida sobre a qualificação jurídica dos factos. Por exemplo: quem aloja uma mulher fomentando o exercício por parte dela de prostituição, ao mesmo tempo que lhe faz ameaças graves, comete tráfico de pessoas, que – repare-se – não exige a entrada ilegal no país, nem sequer implica que a vítima seja imigrante (artigo 160.º, n.º 1, alínea a), CP revisto)²⁴, ou comete lenocínio, ademais qualificado pela ameaça grave (artigo 169.º, n.º 2, alínea a), CP revisto)²⁵? Concordo com o Dr. Pedro Vaz Patto, quando afirma que “[n]ão pode a punição do tráfico de pessoas confundir-se com a punição da exploração da prostituição em geral, que se reveste de gravidade menor”.

²² Cf. KARL MARX, Os manuscritos económico-filosóficos, contendo A construção hegeliana da fenomenologia e Teses sobre Feuerbach (introd., trad. e notas por César Oliveira), Porto: Brasília Editora, 1971, pp. 25-46.

²³ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 291 (11, 41).

²⁴ Cf., SÓNIA PEREIRA/CATARINA SABINO/SUSANA MURTEIRA, O tráfico de migrantes em Portugal, cit., p. 25. No anterior artigo 169.º CP (tráfico de pessoas), a acção típica traduzia-se por “levar outra pessoa à prática *em país estrangeiro* da prostituição ou...” (itálicos meus). Daí que a generalidade da jurisprudência e a maioria da doutrina entendessem que o crime era de tráfico internacional de pessoas, ademais exigindo a deslocação de pessoas para fora do território nacional (por todos, cf. SÉNIO MANUEL DOS REIS ALVES, Crimes sexuais, cit., pp. 61-63, e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Comentário ao Código Penal, cit. pp. 511 (4) e 514(13)). Com voz discordante, defendendo que eram abrangidos pela previsão também os casos em que as pessoas fossem trazidas de país estrangeiro para Portugal, cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, RMP, Ano 23.º, n.º 91 (Julho-Setembro 2002), cit., p. 83. Dir-se-á que, se desapareceu do preceito incriminador a expressão “em país estrangeiro”, é porque o legislador terá querido agora deixar claro que fica abrangida também a deslocação de pessoas para dentro do território nacional. Mas “traficar” significa apenas “negociar”, o que não implica circulação ou deslocação de pessoas para nenhum lado, nem, muito menos, o atravessamento de fronteiras...

²⁵ Cf. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, JC, n.º 7 (Julho-Setembro 2005), cit., p. 34.

Mas, neste caso, em que ficamos? É uma coisa ou outra? Enfim, acredito que a escolha tenha de ser feita com base em tipologias indicativas, devidamente ponderadas depois nos casos concretos. Disso nos dá conta o Dr. Pedro Vaz Patto, na sua apresentação.

Outro exemplo: quem explora a mendicidade de mulheres estrangeiras, com crianças de colo, nos cruzamentos com semáforos em Lisboa comete tráfico de pessoas, aproveitando-se da especial vulnerabilidade das mulheres e do controlo que estas têm sobre os filhos (artigo 160.º, n.º 1, alíneas d) e e), CP revisto), ou pratica escravidão, reduzindo-os ao estado de escravos, assim tratando-os como meros objectos (artigo 159.º, alínea a), CP revisto)²⁶? Ou limita-se a praticar auxílio à imigração ilegal, se organizou a sua vinda para Portugal (artigo 183.º, n.º 1, da Lei da Imigração) ou, simplesmente, facilita a sua permanência em território nacional (artigo 183.º, n.º 2, do diploma legal citado)? Mais uma vez, não se consegue propor aqui uma qualificação jurídica adequada e definitiva.

Mas a minha intenção não é oferecer orientações que ajudem à definição de fronteiras entre o tráfico de pessoas e outras infracções, até porque o Dr. Pedro Vaz Patto já faz isso com amplo conhecimento de várias experiências, designadamente explicando os critérios usados por organismos internacionais e por diversas polícias estrangeiras e apresentando casos que passaram pelos tribunais de diferentes países. A minha intenção é antes chamar a atenção para um perigo que existe na aplicação do Direito, que ainda não está identificado, nem podia, pois ainda agora entrou em vigor a nova redacção da incriminação do tráfico de pessoas e, por conseguinte, os problemas da sua aplicação ainda não emergiram na prática dos tribunais. Esse perigo é o seguinte: que o tipo legal de tráfico de pessoas se transforme, na prática, numa incriminação simbólica, como se fosse uma nobre bandeira dos direitos humanos que se desfralda na lei para efeitos de pura propaganda, ao mesmo tempo que o tipo legal de auxílio à imigração clandestina, cujos elementos são de prova menos exigente, acabaria cobrindo todas as situações descobertas de exploração sexual ou de exploração laboral de imigrantes²⁷. E esse perigo não é coisa de somenos, como se fosse apenas uma questão de punir pela pena do crime menos grave, em vez de pela pena do mais grave, mas também muito mais difícil de provar... Não! Não é uma questão de quantidade de pena, é muito pior do que isso, como veremos já de seguida.

O tráfico de pessoas é um crime contra a liberdade pessoal, que é um bem jurídico de portador individual. O auxílio à imigração ilegal é um crime contra a soberania e a segurança do Estado, que são bens jurídicos de titularidade colectiva. Há, pois, uma dimensão de defesa dos direitos humanos na incriminação do tráfico de pessoas que não existe de todo na incriminação do auxílio à imigração ilegal.

Na hipótese de alguém ser acusado da prática de um crime de tráfico de pessoas, não se provando depois em julgamento a existência de exploração sexual ou laboral, poderá o

²⁶ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, "Artigo 159.º (Escravidão)", in AA.VV., Comentário ao Código Penal, cit., (pp. 421-426) p. 424 (8).

²⁷ Sobre as elevadas exigências probatórias no crime de tráfico de pessoas, embora comentando a legislação anterior, cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, RMP, Ano 23.º, n.º 91 (Julho-Setembro 2002), cit., p. 87.

Tribunal condená-lo pela prática de um crime de auxílio à imigração ilegal, se ficar suficientemente provado que esse indivíduo favoreceu ou facilitou, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão(s) estrangeiro(s) em território nacional? Os dois crimes ofendem bens jurídicos de naturezas inteiramente diversas, mas acontece também – como se viu – que as incriminações estão configuradas de tal maneira que, apesar de serem tipos alternativos, há situações em que o auxílio à imigração ilegal surgirá como um menos em relação ao tráfico de pessoas, quando não se conseguir provar a exploração sexual ou laboral.

A não prova de factos acusados (ou pronunciados) não é uma alteração de factos. Também não é, em rigor, uma mera alteração da qualificação jurídica, mas pode e deve ter o mesmo tratamento que esta²⁸. Tal significa que o Tribunal deve dar tempo ao arguido para a preparação da sua defesa diante da nova qualificação jurídica, nos termos do artigo 358.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP)²⁹. Depois disso, o Tribunal pode efectivamente condenar o arguido pela prática do crime de auxílio à imigração ilegal.

Com isso, as vítimas do crime pelo qual o arguido vinha acusado (ou pronunciado) mudaram de estatuto e passaram a ser meros imigrantes ilegais. Que fazer? É ordenada a sua detenção e dado conhecimento do facto ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF)? Ficam assim sujeitos ao risco de expulsão (artigo 145.º seguintes da Lei da Imigração)?

Na linha do I Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos (2007-2010)³⁰ e da Lei da Imigração, dir-se-á que o legislador acautelou suficientemente a posição das vítimas de tráfico, na medida em que previu a concessão de "autorização de residência ao cidadão estrangeiro que seja ou tenha sido vítima de infracções penais ligadas ao tráfico de pessoas ou ao auxílio à imigração ilegal, mesmo que tenha entrado ilegalmente no País ou não preencha as condições de concessão de autorização de residência" (artigo 109.º, n.º 1, da Lei da Imigração).

Trata-se, no entanto, de uma autorização de residência precária (artigo 109.º, n.º 5, da Lei da Imigração), ademais dependente da vontade de colaboração do interessado enquanto testemunha e do interesse dessa colaboração para as investigações e procedimentos judiciais, contanto que ele tenha rompido as relações que tinha com os presumíveis autores das infracções em causa (artigo 109.º, n.º 2, da Lei da Imigração). E já sabemos quão difícil é conseguir a colaboração das vítimas de tráfico, que são controladas pelos traficantes, temem as represálias, sentem-se perdidas no país de destino, desconfiam das autoridades, etc.³¹.

Não é que a lei pudesse ter ido mais longe na "abordagem holística" das questões do tráfico, parafraseando aqui o sumário executivo do citado Plano Nacional. Aí se diz que é importante harmonizar a vertente repressiva de combate ao tráfico de seres humanos, que é obviamente norteada pela punição dos traficantes, com estratégias de prevenção, de apoio, *empowerment*

²⁸ Neste sentido, cf. JORGE NORONHA E SILVEIRA *et al.*, "Esquema de resolução de casos práticos", in AA.VV., Direito Processual Penal – Materiais de apoio às aulas práticas, 2.ª ed./reimp., Lisboa: AAFDL, 2006 (1.ª ed., 2003), (pp. 121-125) p. 121.

²⁹ Actualizado de acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

³⁰ Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2007, de 6 de Junho de 2007 (Diário da República, 1.ª série – n.º 119 – 22 de Junho de 2007).

³¹ Cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, RMP, Ano 23.º, n.º 91 (Julho-Setembro 2002), cit., pp. 87-88.

e inclusão das vítimas de tráfico. Convenhamos, porém, que só o futuro dirá se essas boas intenções não degenerarão em práticas de puro cinismo, nas quais a dimensão humana do problema seja levada de vencida pelas preocupações políticas centradas no controlo das fronteiras e nas questões de segurança nacional³². Cabe às autoridades judiciárias uma especial responsabilidade para que isso não aconteça!

2. CONCURSO DE TRÁFICO DE PESSOAS VS. AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL COM OUTROS CRIMES

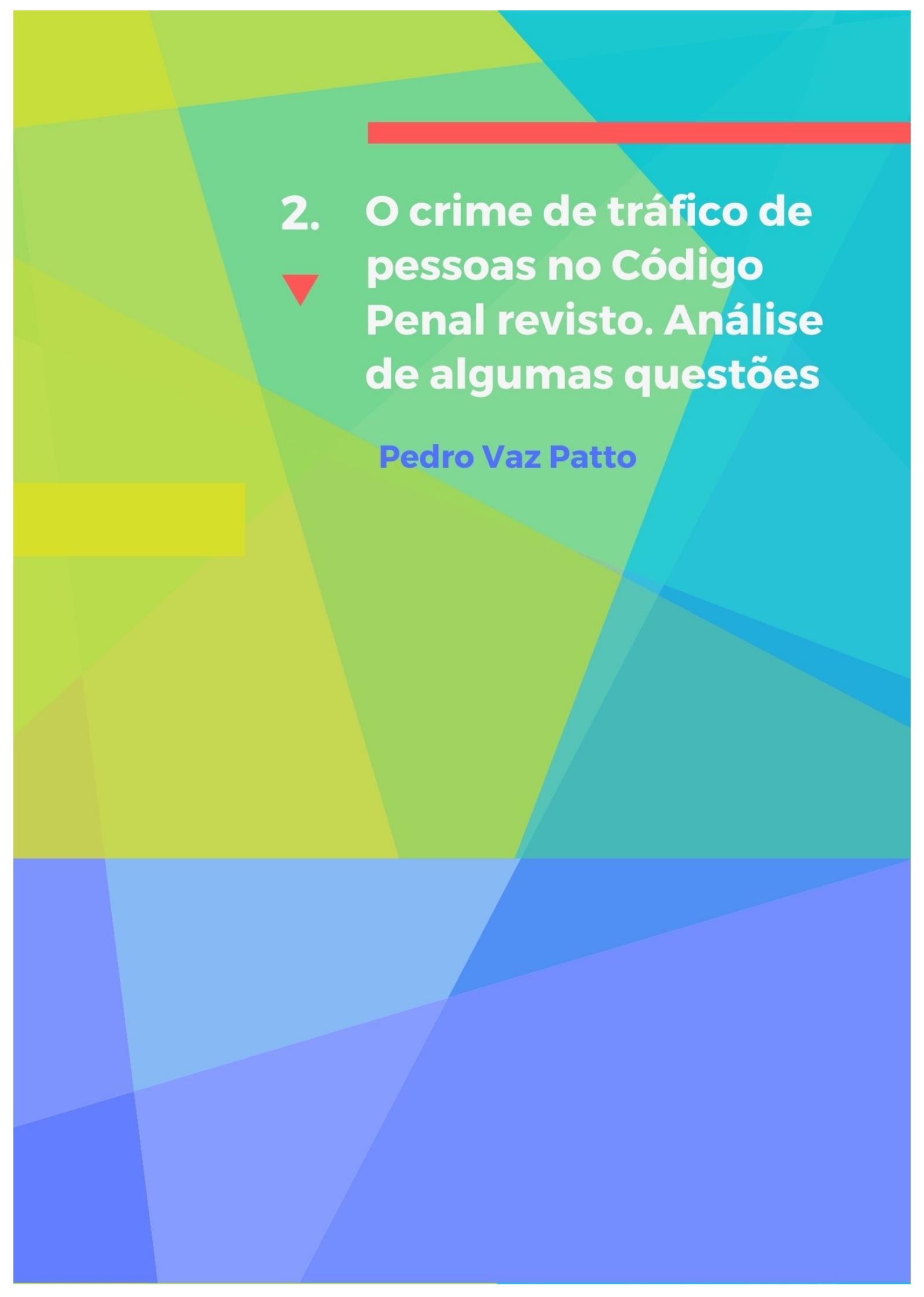
Ao abrigo da legislação anterior, as situações investigadas e/ou julgadas de tráfico de pessoas (i.e., o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual) e de auxílio à imigração ilegal estavam geralmente associadas aos crimes de ameaças, associação criminosa, coação, escravidão, extorsão, falsificação de documentos, maus tratos, posse ilegal de armas, rapto, roubo e sequestro³³. Da jurisprudência elencada ressalta uma grande variação nas acusações, que justificaria uma investigação cuidadosa e sistemática, a fim de se verificar se haverá ou não consistência nas qualificações jurídicas e nas relações de concurso de normas vs. concurso de crimes, de molde a evitar-se a violação do princípio *ne bis in idem*.

Essa investigação justifica-se mais do que nunca, porquanto, com a nova legislação, aumentará a complexidade das relações de concurso de normas vs. concurso de crimes, ademais num contexto em que se continuarão a verificar todos os crimes acima referidos.

³² Cf. SÓNIA PEREIRA/CATARINA SABINO/SUSANA MURTEIRA, O tráfico de migrantes em Portugal, cit., pp. 23 e 25.

³³ Em AA.VV, O tráfico de migrantes em Portugal, cit., são apresentados anexos com tabelas de casos e processos em tribunal, com informação recolhida de diversas fontes: (Anexo II) Pequenas notícias/Processos em Tribunal: Tráfico de mão-de-obra CTMO): 46 casos; (Anexo III) Pequenas notícias/Processos em Tribunal: Tráfico de mulheres (TM): 32 casos; (Anexo IV) Pequenas notícias/Processos em Tribunal: Tráfico de crianças (TC): 9 casos; (Anexo V) Lista de processos em Tribunal identificados: 52 processos. Note-se, porém, que muitos desses casos são repetidos nas tabelas, conforme o ponto de vista escolhido para a organização da tabela.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**2. O crime de tráfico de
pessoas no Código
Penal revisto. Análise
de algumas questões**

Pedro Vaz Patto

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO CÓDIGO PENAL REVISTO. ANÁLISE DE ALGUMAS QUESTÕES.

Pedro Vaz Patto*

A revisão do Código Penal de 2007 traz consigo uma assinalável inovação no que ao crime de tráfico de pessoas diz respeito. Na sua versão anterior a tal revisão, o Código tipificava, no seu artigo 169.º, como crime de tráfico de pessoas tão só aquele que se destina à exploração da prostituição e de actos sexuais de relevo e, por isso, incluía tal crime no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Depois dessa revisão, o tipo de crime de tráfico de pessoas passa a abranger não só o tráfico destinado à exploração sexual, mas também à exploração laboral e à extracção de órgãos e, por isso, passa a estar integrado no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade pessoal. Esta alteração vem de encontro a normas de direito internacional e de direito europeu que, já desde há alguns anos, contêm esta definição ampla de tráfico de pessoas. Assim, o Protocolo à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (o Protocolo de Palermo), de 2000, estatui, no seu artigo 3.º, a), que a exploração a que se destina o tráfico de pessoas em causa deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão e a extracção de órgãos. Seguem esta definição de tráfico de pessoas, no âmbito da União Europeia, a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, no seu artigo 1.º, e, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção sobre Combate ao Tráfico de Seres Humanos (a Convenção de Varsóvia), de 2005¹, no seu artigo 4.º.

Uma outra inovação a assinalar (que destaco porque sobre ela me debruçarei em particular) diz respeito à punição, decorrente do n.º 5 do artigo 160.º do Código Penal revisto, da utilização dos serviços ou órgãos da vítima de tráfico de seres humanos. Trata-se de uma inovação que também vem de encontro a uma norma de direito internacional, concretamente, ao disposto no artigo 19.º da já referida Convenção de Varsóvia.

Diante destas inovações, e do quadro global decorrente da revisão do Código Penal neste âmbito, um vasto leque de questões poderá ser abordado. Proponho-me analisar duas dessas questões, que me parecem de particular importância prática, uma vez que das opções interpretativas que possam ser tomadas a este respeito dependerá uma muito significativa diferença quanto ao alcance efectivo da punição do tráfico de pessoas, incluindo a punição do utilizador dos serviços da vítima.

De acordo com o artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal revisto, na linha dos instrumentos normativos internacionais e europeus já referidos, o tráfico de pessoas é definido como a

* Juiz Desembargador.

Este texto encontra-se publicado na Revista do CEJ – n.º 8.

¹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, publicada no Diário da República de 14 de Janeiro de 2008.

conduta de quem oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos por meio de violência, rapto ou ameaça grave **(a)**); através de ardil ou manobra fraudulenta **(b)**); com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar **(c)**); aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima **(d)**); ou mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima **(e)**).

Deixando de lado a análise de outros conceitos incluídos nesta definição, proponho-me analisar o alcance e extensão do conceito de "aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima". Trata-se de um conceito cuja interpretação – parece-me – poderá, à partida, suscitar mais dificuldades do que os outros conceitos utilizados na definição em causa para indicar outros meios de prática de tráfico de seres humanos, sobretudo pela sua potencial elasticidade. E facilmente se compreende que a maior, ou menor, extensão, e o maior, ou menor, alcance que for dado a tal conceito se traduzirá numa maior, ou menor, extensão, e num maior, ou menor, alcance da efectiva punição do tráfico de pessoas. Uma interpretação demasiado restrita pouco acrescentará à extensão e alcance já decorrentes dos outros conceitos utilizados para indicar os meios de prática de tráfico de seres humanos. Há que evitar isso, dando sentido útil a esta referência. Um conceito mais amplo alargará o âmbito da punição do tráfico de pessoas, mas pode fazer correr o risco de confundir este crime com outros crimes ou outras infracções de menor gravidade.

Uma consideração prévia se impõe, antes de mais.

A proposta de Lei apresentada pelo Governo na Assembleia da República² diferia, a este respeito, da versão entretanto aprovada. Tal proposta falava em «aproveitamento de qualquer situação de vulnerabilidade da vítima», quando a versão aprovada fala em «aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima». A versão da proposta de Lei seguia mais fielmente os termos do Protocolo de Palermo, que fala em "abuso de situação de vulnerabilidade". A versão aprovada corresponde aos termos da versão anterior do Código (decorrente da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto), que punia (no artigo 169.º) apenas o tráfico de pessoas destinado à exploração sexual e se referia ao «aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade da vítima». Apesar de alguma aparência em sentido contrário (e de, portanto, ser discutível a oportunidade da alteração efectuada), não me parece que possa afirmar-se que tenha sido intenção do legislador atenuar o alcance que, neste aspecto, decorre do Protocolo de Palermo e dos termos por ele utilizados, assim como dos outros instrumentos internacionais que seguem tal Protocolo e tais termos. Tal seria contraditório com o evidente e declarado propósito que subjaz à revisão e que é o da conformação da ordem jurídica nacional com tais instrumentos normativos internacionais. Assim sendo, a alteração efectuada não poderá acarretar, no plano da interpretação, resultados substancialmente diferentes dos que resultariam da versão constante da proposta de Lei, mais fiel à letra do Protocolo de Palermo. Como vimos, a versão anterior do Código (decorrente da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto), que punia apenas o tráfico de pessoas destinado a exploração sexual, já se referia ao

² A seu tempo acessível no portal do Governo (www.mj.gov.pt).

«aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade da vítima». Pode dizer-se que o facto de a versão actual do Código não se restringir ao tráfico de pessoas destinado à exploração sexual torna mais importante e decisiva a opção tomada quanto à interpretação do conceito em causa.

Uma outra questão que me proponho analisar diz respeito à punição da utilização dos serviços e órgãos da vítima de tráfico de pessoas, punição decorrente, como já vimos, do n.º 5 do artigo 160.º. Estatui este preceito que tal punição supõe o "conhecimento" da prática do crime previsto no n.º 1 (já citado) e no n.º 2 (que pune o tráfico de menores, independentemente da utilização dos meios referidos no n.º 1) do mesmo artigo. Proponho-me analisar o sentido e alcance deste "conhecimento" à luz da definição das várias categorias de dolo. Também me parece que desta questão dependerá, em grande medida, a dimensão efectiva (até em termos quantitativos) da punição do utilizador dos serviços da vítima de tráfico de pessoas, por razões que adiante especificarei.

Antes de entrar na análise de cada uma destas questões, justifica-se que me detenha, ainda que brevemente, na análise do bem jurídico protegido através da punição do tráfico de pessoas. Na verdade, desta consideração se poderá colher, de forma logicamente prioritária, uma luz que me guiará na tarefa interpretativa que me proponho efectuar.

É claro que está em causa, no tipo de crime de tráfico de pessoas, desde logo pela sua inserção sistemática, o bem jurídico da liberdade pessoal. Mas não se trata de uma qualquer violação da liberdade pessoal. Podemos dizer que é uma "qualificada" violação dessa liberdade pessoal que está em causa. E "qualificada" porque afecta de modo particular a dignidade da pessoa humana, reduzida a objecto ou instrumento (meio e não fim em si mesmo, à luz da tão famosa visão Kantiana). O próprio conceito de "tráfico" de pessoas evoca este sentido de "mercantilização" dessas pessoas, reduzidas a objecto, quando lhes é inerente (também segundo a visão Kantiana) uma dignidade, e nunca, como em relação às coisas, um preço. Também o conceito de "exploração", comum, na definição legal, às várias formas de tráfico para "exploração" sexual ou para "exploração" do trabalho, tem este sentido de *reificação* da pessoa, da sua degradação a meio ou instrumento para fins de satisfação sexual ou económica de outrem.

Está, ainda, em causa a dignidade da pessoa humana (e desta forma se encontra um elo de ligação entre esta e as restantes formas de tráfico de pessoas), para além da liberdade pessoal e da integridade física, no tráfico de pessoas para extracção de órgãos. É que a pessoa não tem um corpo, é um corpo. E a exploração comercial do seu corpo, ou de partes do seu corpo, não pode deixar de atingir na sua dignidade de pessoa.

E também por isso, porque está em causa a exploração comercial do corpo, está em causa essa dignidade, de modo particular, na exploração da prostituição e é isso que justifica a sua consideração específica em relação a outras formas de trabalho (porque não pode equiparar-se a outras formas de trabalho, independentemente do tratamento jurídico que lhe seja dado em geral).

Está, pois, em causa, no tráfico de pessoas, para além da liberdade pessoal, a dignidade da pessoa humana. É isso que confere particular gravidade a este crime. E tal não pode, obviamente, ser ignorado na interpretação dos conceitos e na análise das questões que giram em torno da punição desse crime.

Mas vejamos, então, como superar as dificuldades que poderão surgir da interpretação do conceito de "aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade da vítima". Tais dificuldades compreendem-se facilmente a partir de uma questão como a seguinte.

Será a pobreza (ou, até, a pobreza extrema), quase sempre presente nas situações de imigração para fins laborais, ou nas situações de exercício da prostituição, uma situação de "especial vulnerabilidade"? Não chegaremos demasiado longe por esta via? Mas que situações configurarão, então, uma situação de "especial vulnerabilidade"? E que tipo de práticas configurará uma situação de "aproveitamento"?

Não podemos ignorar que estamos perante um crime contra a liberdade pessoal como vimos. Mas a distinção entre uma conduta autenticamente livre e uma conduta não livre nem sempre é clara. Há, a este respeito, muitas zonas de penumbra. Não apenas zonas absolutamente claras e zonas absolutamente escuras. A conduta não livre não é apenas a que é fruto da *vis absoluta*, da violência ou da completa privação da liberdade de locomoção. A liberdade não se situa num plano etéreo e abstracto, é relativa a situações concretas, onde vários factores, com maior ou menor intensidade, a podem limitar e condicionar.

É por isso que, com clareza, o Protocolo de Palermo (tal como, na sua sequência, a Convenção de Varsóvia e a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002) estatui, no seu artigo 3.º, b), que o consentimento da vítima de tráfico de pessoas é irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a) (onde se inclui o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade). Esse aproveitamento e essa vulnerabilidade tornam inautêntico tal consentimento como manifestação de liberdade. Não se trata de ser paternalista (substituir-se à vítima no juízo sobre o seu próprio bem), mas de ser realista (não acreditar, ilusoriamente, numa qualquer manifestação externa de vontade).

Compreende-se a importância do destaque que é dado pelos instrumentos normativos em questão à irrelevância do consentimento da vítima. Uma manifestação externa (e, até, formal) de consentimento poderia servir de fácil pretexto para encobrir situações contrárias à genuína e autêntica liberdade das pessoas. Dessa irrelevância em casos de aproveitamento de situações de vulnerabilidade da vítima poderá, pelo contrário, decorrer um muito mais amplo alcance da punição do tráfico de pessoas.

Será importante assinalar, a este respeito, como, a propósito da consagração dessa irrelevância no texto do Protocolo de Palermo, se digladiaram os adversários e os partidários da legalização da prostituição³. É claro que são questões distintas a da punição do tráfico de pessoas para exploração da prostituição e a da criminalização, ou legalização, da exploração da

³ Ver Monica O' Connor e Grainne Healy, *The Links Between Prostitution and Sex Trafficking: a Briefing Handbook*, 2006, <http://action.web.ca/home/catw/attach/handbook.pdf>. pg. 10.

prostituição em geral. Mas considerar irrelevante o consentimento em situações de aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade (onde poderão enquadrar-se um grande número de mulheres que exercem a prostituição) poderá ter um alcance prático que se aproxima daquele que poderá ter a criminalização da exploração da prostituição em geral, tal como, inversamente, considerar a relevância desse consentimento poderá ter um alcance prático próximo daquele que poderá ter a legalização da prostituição.

Mas, por outro lado, há que traçar fronteiras. Não pode a punição do tráfico de pessoas confundir-se com a punição da exploração da prostituição em geral, que se reveste de gravidade menor (independentemente das opções de política criminal que, quanto a esta, sejam tomadas). O Código Penal, na versão anterior (artigo 170.º) como na versão posterior à revisão de 2007 (artigo 169.º), pune autonomamente o lenocínio, em termos obviamente mais brandos (sobretudo no que toca ao lenocínio simples) do que os do tráfico de pessoas.

Por outro lado, também no plano da exploração laboral se impõe traçar uma fronteira entre o tráfico de pessoas e o auxílio à imigração ilegal (também ele associado, na maior parte dos casos, a situações de pobreza e vulnerabilidade) e entre o tráfico de pessoas e qualquer situação de desrespeito dos direitos laborais (sendo certo que a garantia destes direitos se justifica precisamente porque a relação laboral supõe, em geral, uma situação de vulnerabilidade da parte do trabalhador).

Há, pois, que traçar estas fronteiras. Para isso, poderemos socorrer-nos de alguns auxílios.

O primeiro desses auxílios vem-nos dos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo. Aí se refere que o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade supõe que a vítima não tenha "outra alternativa real e aceitável" senão submeter-se ao tráfico. Esta mesma expressão foi retomada no artigo 1.º, c), da Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002.

É de salientar, pois, que a alternativa em causa há-de ser "real e aceitável". Pode, pois, haver alternativas não "aceitáveis". Poderá, à partida, dizer-se, por exemplo, que a fome será uma alternativa, mas não "aceitável"...

Um outro auxílio para "desbravar caminho" nesta tarefa interpretativa é o da descrição empírica de alguns indícios que podem funcionar como sintoma de aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade. É o que tem feito a Organização Internacional do Trabalho, através da definição de linhas-guia para a identificação do trabalho forçado⁴. Esses indícios serão a violência física ou sexual, a restrição de movimentos dos trabalhadores (proibição de saída do local de trabalho, restrições ao contacto com pessoas e ambientes alheios à relação de trabalho, tudo isso com eventual propósito de maximizar a produtividade), o trabalho como forma de pagamento de uma dívida (a *debt bondage*, uma situação que, em muitos casos, se aproxima da escravatura, em que, de algum modo, a pessoa serve de "garantia" desse pagamento e em que, com frequência, o próprio montante da dívida é sobrevalorizado ou não chega, sequer, a ser determinado), a retenção de salários ou a recusa de pagamento destes

⁴ Ver *Human Trafficking and Forced Labor Exploitation - Guidance for Legislation and Law Enforcement*, ILO, Genebra, 2005.

sem justa causa, a retenção de passaportes ou documentos de identificação (com os inerentes riscos de expulsão a qualquer momento, ou a impossibilidade de prova da identidade) e a ameaça de denúncia às autoridades (sobretudo as relativas à imigração) da situação de ilegalidade. Para além destas situações mais evidentes e incontroversas, a O.I.T. não tem considerado a simples circunstância de o salário ser inferior ao mínimo legal como indício de trabalho forçado, embora o possa ser se estiver associado a outros indícios, ou se se verificar uma grande desproporção entre o montante do salário e o número de horas de trabalho. No que à exploração da prostituição diz respeito, também têm sido indicados por vários organismos alguns indícios que poderão ajudar a distinguir a situação de tráfico de outras situações de exercício da prostituição.

Assim, por exemplo, as autoridades policiais de Essen, na Alemanha, indicam os sinais seguintes⁵: fecho mecânico de entradas e saídas dos locais de exercício da prostituição (ou vigilância desses locais com guardas), controlo electrónico de movimentos ou outras formas de limitação da liberdade de movimentos, janelas com barras, privação de passaportes ou documentos de identificação, desconhecimento de qualquer língua para além da língua nativa, desconhecimento da forma de entrada no país de destino, preços de serviços abaixo dos do mercado, impossibilidade de gerir autonomamente os rendimentos da actividade, situações de ansiedade ou abandono, obrigação de obter determinado rendimento diário, obrigação de pagamento de dívidas de montante elevado.

A polícia holandesa também indica vários sinais, fazendo corresponder a cada um deles uma determinada pontuação, conforme a sua maior ou menor relevância indiciária⁶: privação de documentos de identificação (10 pontos), ilegalidade da permanência no país de destino (10 pontos), documentos falsificados (10 pontos), impossibilidade de gestão autónoma dos rendimentos (10 pontos), rendimentos destinados ao pagamento de dívidas (10 pontos), privação da liberdade de movimentos (10 pontos), obrigação de obtenção de um rendimento diário mínimo (10 pontos), obrigação de aceitação de determinado tipo de práticas sexuais (10 pontos), isolamento social (10 pontos), ameaças de violência física ou sinais de violência física (10 pontos), chantagens ou ameaças sobre a família (10 pontos), medo (10 pontos), atitude servil (10 pontos), documentos obtidos por terceiros (8 pontos), subtração de uma parcela substancial dos rendimentos da actividade (6 pontos), actividade sem horário ou com um número de horas desproporcionado (6 pontos), ausência de alojamento próprio (6 pontos), dificuldade em localizar o local de exercício da actividade (4 pontos), nacionalidade de um país normalmente identificado como país de origem das redes de tráfico (4 pontos).

De acordo com a experiência italiana, são sinais indicadores de uma situação de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual⁷: violência sexual ou de outro tipo; retenção dos passaportes pelo proxeneta; controlo contínuo, normalmente através de telemóvel; obrigação de informação a respeito de todos os rendimentos da actividade, com sanções em caso de ocultação; atribuição ao proxeneta de uma percentagem superior a metade dos ganhos,

⁵ *Apud Anti-Trafficking Modules for Judges and Prosecutors*, Internacional Center for Migration Policy Development, Viena, 2005, pgs. 107 e 108.

⁶ *Apud, Anti-Trafficking...*, cit., pgs. 108 e 109.

⁷ *Apud, Anti-Trafficking...*, cit., pg. 109.

mesmo assim com obrigação de pagamento do sustento por parte da mulher; decisão sobre horários e outras condições de trabalho sem qualquer participação da mulher; obrigação de aceitação de qualquer cliente e de relações sexuais não protegidas; decisão do preço dos serviços apenas pelo proxeneta; obrigação de prática de um número mínimo de relações sexuais, independentemente das condições de saúde; proibição de regressar ao país de destino; regressos temporários a esse país decididos pelo proxeneta e sujeitos ao seu controlo estrito; ameaças aos familiares no país de origem; isolamento social e desconhecimento da língua do país de destino; extrema pobreza; obrigação de pagamento das despesas de viagem, sendo estas, com frequência, inflacionadas ou não fixadas com precisão; manipulação de ritos religiosos e superstições para reforço do poder do proxeneta (no caso particular de mulheres nigerianas); medo de que a condição de prostituta seja revelada no país de origem.

Como sinais indicadores comuns ao tráfico para exploração laboral e para exploração sexual, o Manual do International Center for Migration Policy Development que vimos citando⁸ indica os seguintes: retenção de documentos pelo "traficante"; proibição ou restrição de contactos com outras pessoas para além do "traficante" e, mesmo, com outras pessoas também a este sujeitas; ameaças para não abandonar a actividade; isolamento, desconhecimento da língua do país de destino e separação de amigos e parentes; actividades ligadas a organizações criminosas.

A utilização legal de conceitos indeterminados como os de "vulnerabilidade" ou de "especial vulnerabilidade", sem mais especificações, pode conduzir a que se restrinjam os casos neles enquadráveis a situações extremas, que até poderiam enquadrar-se noutros conceitos também utilizados na definição dos meios de prática de tráfico de pessoas ("violência", "rapto", "ameaça grave", etc.) e sem conferir um significativo sentido útil a tais conceitos. E, por isso, há quem defenda a necessidade de especificação legal desses conceitos.

É exemplar, a este respeito, o caso *Siliadiny c. France*, apreciado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁹ à luz do artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que proíbe a servidão e o trabalho forçado. Uma jovem togolesa de 15 anos efectuava serviços domésticos sem retribuição, durante quinze horas por dia e durante sete dias por semana. Os seus documentos estavam na posse dos patrões, com o pretexto de que serviriam para a sua regularização, o que, porém, nunca veio a suceder e criou nessa jovem um constante receio de vir a ser expulsa. O tribunal francês que analisou o caso inicialmente não considerou que se tratasse de uma situação de trabalho forçado ou de aproveitamento de vulnerabilidade, porque a jovem em questão podia telefonar para casa, exprimia-se bem em francês, nunca se queixou das condições de trabalho e estava sujeita a uma carga horária excessiva, mas não a ponto de se considerar que as suas condições de trabalho fossem atentatórias da dignidade humana. Para tal, seria necessário que o trabalho fosse insalubre ou exigisse uma força física superior às capacidades do trabalhador, ou que se verificassem agressões ou insultos. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a situação descrita colocava a jovem em questão completamente à mercê do empregador e que a sua aceitação das condições de trabalho não poderia considerar-se livre, dado o seu receio constante de expulsão. Censurou a

⁸ Ver pg. 110.

⁹ Ver http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/CaseLaw/Hudoc/Hudoc+databaseRelatIreneu_Barreto.

legislação francesa pela sua ambiguidade e por a indeterminação de conceitos nela utilizados não permitir que uma situação como esta não seja considerada "trabalho forçado".

Um outro caso, este da Bélgica, também ilustra as dificuldades da ausência de especificação legal das situações de "aproveitamento de vulnerabilidade"¹⁰. Uma jovem guineense efectuava serviços domésticos e não recebeu salários durante nove meses. O seu patrão retinha os seus documentos de identificação e a sua permanência na Bélgica não estava regularizada. De acordo com o Código de Imigração belga vigente na altura, as situações de irregularidade e de pobreza (ou "situação precária") configuravam uma situação de "vulnerabilidade". Neste aspecto, a lei belga limitava a indeterminação deste conceito (ao contrário da Lei francesa acima referida). No entanto, já se mantinha essa indeterminação quanto às práticas que pudessem configurar, da parte do empregador, "abuso" dessa "vulnerabilidade" (não eram, designadamente, especificadas situações como a retenção de documentos ou salários). Por este motivo, e porque se tinha provado que o empregador se esforçou por regularizar a situação dessa jovem, este não foi condenado por trabalho forçado.

Num outro caso, o Tribunal Correccional de Liège, numa sentença de 2004, pronunciou-se sobre a situação de um trabalhador que recebia um salário de um euro por hora e trabalhava durante 50 horas por semana, sem qualquer protecção social, e que afirmava que só a sua muito precária condição económica, e as suas necessidades de sobrevivência, o tinham levado a aceitar trabalhar nessas condições. Poderia considerar-se que estaríamos perante um exemplo de uma situação em que, de acordo com a expressão usada nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo, a esse trabalhador não resta uma "alternativa real e aceitável" para além da aceitação do trabalho nessas condições. No entanto, o Tribunal não entendeu assim, salientando que o empregador permitia que o trabalhador deixasse o trabalho a qualquer momento.

Tal como essa Lei belga, há outras legislações que especificam, de uma ou de outra forma, as situações enquadráveis no conceito de "abuso de vulnerabilidade"¹¹.

Assim, por exemplo, o Código Penal alemão, no seu artigo 233.º, que pune o tráfico de pessoas para exploração laboral, fala em «aproveitamento de uma situação de abandono ou necessidade decorrente da permanência num país estrangeiro». Pode dizer-se que esta especificação não vai muito mais longe do que o conceito de "abuso de vulnerabilidade" do Protocolo de Palermo. Na prática judiciária, o enquadramento neste conceito tem sido reservado a situações extremas de uso de violência física, privação da liberdade de movimentos ou ameaças graves.

Em Itália, o artigo 600.º do Código Penal (na versão dada pela Lei n.º 228, de 11 de Agosto de 2003) define "abuso de vulnerabilidade" como «aproveitamento de uma situação de inferioridade física ou mental ou de pobreza». Este preceito tem sido criticado por, sendo aparentemente taxativo, não abranger outras situações, como o medo de expulsão ou a retenção de documentos.

¹⁰ Ver Rohit Malpani, *Legal Aspects of Trafficking for Forced Labour Purposes in Europe*, ILO. Genebra, 2006, pg. 7.

¹¹ Ver Rohit Malpani, *op. cit.*, pgs. 8 e seguintes.

No Reino Unido, a Lei define "abuso de vulnerabilidade" como uma situação em que a vítima é solicitada ou incitada a exercer uma actividade em razão de uma sua doença física ou mental, de uma deficiência, da sua juventude, ou da sua relação familiar com outra, sendo que se não se verificasse alguma destas situações, essa pessoa recusaria essa solicitação ou resistiria a esse incitamento. Não se especifica, porém, que tipo de actos, da parte do empregador, podem ser considerados abusivos.

O Código Penal do Luxemburgo (artigo 379bis) define "abuso de vulnerabilidade" como o «aproveitamento de uma situação de particular vulnerabilidade da vítima, tal como a sua situação administrativa ilegal ou precária, a gravidez, a doença ou a deficiência física ou mental». O aproveitamento de uma das referidas situações configurará uma situação de tráfico, ainda que o empregador conceda ao trabalhador certos benefícios mínimos. E a enumeração referida não é taxativa.

Nos Estados Unidos, o "abuso de vulnerabilidade" é definido no *Victims of Trafficking and Violence Prevention Act*, de 2000, diploma anterior à aprovação do Protocolo de Palermo. De acordo com essa definição, haverá "abuso de vulnerabilidade" se o "traficante" levar a pessoa a crer que ela ou outra pessoa sofrerão um dano grave ou uma restrição física se não efectuarem um determinado trabalho ou serviço, ou se o "traficante" usar abusivamente um procedimento legal (ou ameaçar fazê-lo), como poderá ser a denúncia perante os serviços de imigração da irregularidade da situação do trabalhador.

Outro tipo de auxílios para a tarefa interpretativa a que me propus pode ser dado por definições de "trabalho forçado" constantes de diversos instrumentos normativos. O Protocolo de Palermo, como vimos, define como tráfico de pessoas o que se destina à exploração de trabalho forçado, mas não define este conceito. Essa definição consta, porém, do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção da O.I.T. 29.º, de acordo com o qual é trabalho forçado todo aquele que se realiza «sob a ameaça de uma sanção, e para o qual a pessoa em questão não se ofereceu voluntariamente». E também a legislação de vários Estados contém várias definições de "trabalho forçado". Assim, por exemplo, o Código Penal alemão, no seu artigo 233.º, pune o tráfico para exploração de trabalho quando neste se verificam condições «que revelam uma grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis». Em França, o artigo 225.º, n.º 4, do Código Penal pune o tráfico para exploração de trabalho forçado, sendo este definido como o que é efectuado «em condições (de vida e de trabalho) contrárias à dignidade da pessoa humana». O artigo 225.º, n.º 13, do mesmo diploma define como trabalho forçado aquele que é pago em montante «sem qualquer proporção com a importância da tarefa realizada» e o n.º 14 do mesmo artigo define trabalho forçado também como aquele que é efectuado «em condições (de vida e de trabalho) contrárias à dignidade da pessoa humana». O artigo 433.º do Código Penal belga, na redacção dada pela Lei de 10 de Agosto de 2005, pune o tráfico para exploração de trabalho quando este se efectua «em condições contrárias à dignidade humana». Na apresentação desta Lei e numa directiva dirigida ao Ministério Público, o Ministro da Justiça belga especificou algumas das condições de trabalho que podem ser consideradas «contrárias à dignidade humana»: número excessivo de horas de trabalho, trabalho não pago ou com salários baixos, insegurança. Se se verificar este tipo de condições

de trabalho definido na legislação francesa e belga, não será, nesses países, necessário provar que são utilizados métodos coercivos para que estejamos perante um crime de tráfico de pessoas (na legislação belga, o uso de coerção é referido como circunstância agravante).

Uma última referência, nesta panorâmica de possíveis auxílios na interpretação do conceito de "aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade", deve ser feita à criminalização autónoma de actos concretos que traduzem esse abuso. Na verdade, essa criminalização justifica-se precisamente porque tais actos representam normalmente uma concretização desse abuso. E, por isso, a sua prática, para além de configurar um crime em si mesmo, pode ser indício seguro da prática de um crime de tráfico de pessoas por aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade¹².

Assim, a Convenção de Varsóvia, no seu artigo 20.º, impõe a criminalização de actos relacionados com documentos de viagem ou de identificação quando efectuados com o propósito de permitir o tráfico de pessoas: a falsificação desses documentos, a obtenção e fornecimento desses documentos falsificados, a retenção, ocultação, danificação e destruição desses documentos. Nesta linha, o Código Penal português revisto, no n.º 6 do artigo 160.º, pune esta última situação (a retenção, ocultação, danificação e destruição desses documentos), mas não pune as outras duas quando especificamente realizadas no âmbito do crime de tráfico de pessoas (podendo elas ser enquadradas nas normas gerais relativas aos tipos de crime de falsificação de documento e uso de documento falso).

A punição da retenção, ocultação, danificação e destruição de documentos de identificação no quadro do tráfico de pessoas também resulta da legislação de outros países: do referido *Victims of Trafficking and Violence Prevention Act* norte-americano, do *Identity Cards Bill* do Reino Unido, do artigo 165.º do Código Penal da Moldova e do artigo 418.º-a do Código Penal da Macedónia.

O referido artigo 165.º do Código Penal da Moldova pune autonomamente, para além do confisco de documentos de identificação, outros actos praticados como instrumento de tráfico de pessoas e sinal evidente de abuso de vulnerabilidade: o trabalho obrigatório para pagamento de dívidas (*debt bondage*) e a ameaça de revelação de informação confidencial à família ou outra pessoa.

Depois de todo este trajecto panorâmico por vários instrumentos que nos podem servir de auxílio, é chegado o momento de formular algumas conclusões e de apresentar uma minha proposta de interpretação.

Em primeiro lugar, parece-me dever afirmar que a circunstância de o conceito em questão («aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade») se revestir de alguma indeterminação, e de na ordem jurídica portuguesa (ao contrário do que, como vimos, se verifica noutros sistemas nacionais) não haver alguma forma de especificação do mesmo que

¹² Poderá ser discutida a questão de saber se, neste caso, o crime de tráfico de pessoas consome o outro crime que serve de instrumento para a sua prática. Não será assim se a prática deste outro crime (a retenção de documentos de identidade, por exemplo) envolver outros bens jurídicos para além dos que envolve o tráfico de pessoas.

limite tal indeterminação, não deve servir para reduzir o seu alcance. Não me parece aceitável a tese subjacente ao acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Siliadiny c. France* (tal como à decisão do tribunal francês nesse caso ou a outras decisões acima referidas), segundo a qual a indeterminação desse conceito não permite conferir-lhe um sentido útil, ou restringe as situações nele enquadráveis a situações extremas, em última análise também enquadráveis noutros conceitos utilizados para definir os meios através dos quais é praticado o crime de tráfico de pessoas ("violência", "raptos", "ardil", etc.). As regras gerais de interpretação impõem (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil) que se parta do princípio de que existe tal efeito útil. Através deste conceito, o legislador quis acrescentar outras situações às que já estão de outro modo previstas, sabendo que um número significativo de situações merecedoras de grave censura e de verificação frequente ficariam, de outro modo, desprovidas de censura penal. Saber como delimitar essas situações e traçar as fronteiras respectivas é questão sobre que me debruçarei de seguida, mas penso dever partir da ideia de que o legislador não as quis reservar a casos extremos ou de verificação rara.

Não me parece que estejamos perante um grau de indeterminação incompatível com o princípio da legalidade e com as exigências de certeza próprias do Direito Penal. Não me parece que essa indeterminação seja maior do que a de outros conceitos utilizados no Código Penal, tradicional e pacificamente aceites num quadro de respeito pelo princípio da legalidade ("motivo fútil", "meio insidioso", "compreensível emoção violenta", "motivo de relevante valor social e moral", "ameaça com mal importante", "factos que astuciosamente provocou", etc.).

Isto não significa que uma especificação do conceito, como a que fazem outros sistemas nacionais, não seja útil (e até nos é útil a nós, de outro sistema, para efeitos de interpretação, como estamos a verificar agora). Mas deve reconhecer-se que, como vimos, alguns dos conceitos que pretensamente deveriam especificar o conceito mais geral de "aproveitamento de situação de vulnerabilidade" acabam por não trazer muito mais no plano da determinação, e são quase igualmente indeterminados. Por outro lado, todas as exemplificações a que recorrem vários sistemas nacionais deixam de fora algumas situações igualmente graves e merecedoras da tutela penal. Assim, é conveniente que, para este efeito, uma qualquer enumeração de situações (quer as que, da parte da vítima, identificam as situações de "vulnerabilidade", quer as que, da parte do agente, identificam as situações de "aproveitamento") não se revista de carácter taxativo. A técnica dos *exemplos-padrão* poderia, para este efeito, ser útil.

Uma outra observação que me parece oportuna é a seguinte. Todas as exemplificações, legais ou de outro tipo, como as descrições empíricas de indícios na base da experiência policial a que acima fiz referência, são úteis. Mas, em regra, tal não significa que baste a verificação de algum desses exemplos ou indícios para caracterizar uma situação de tráfico, nem, também, que baste a ausência de algum desses exemplos ou indícios para afastar essa caracterização. Nem que baste a verificação de alguma liberdade da vítima, ou de alguma vantagem material ou de outro tipo para a vítima, para afastar essa caracterização. Importa colher uma visão global da situação, com um balanço de todas as eventuais vantagens ou desvantagens para a vítima e de todas as privações, ou não privações, de liberdade na perspectiva da vítima. Dessa visão e balanço globais é que dependerá a conclusão a tomar.

Como vimos, a liberdade, na sua autenticidade, pode ser afectada ou anulada pela situação de vulnerabilidade e pelo aproveitamento que dessa situação possa ser feito. Por isso, o Protocolo de Palermo acentua, como também vimos, a irrelevância do consentimento da vítima nestas situações. Podemos dizer que, independentemente do tipo de vulnerabilidade em questão, há situações que se aceitam só por causa dessa vulnerabilidade e nunca seriam aceites se essa vulnerabilidade não se verificasse. Este aspecto e esta relação de causalidade são de ter em consideração, como assinala a legislação do Reino Unido acima referida. Porque assim é, o consentimento é irrelevante, independentemente de qualquer comportamento activo e coercivo da parte do agente do crime.

É de ter presente a ideia, evocada nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo e retomada na Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002, de que se verifica uma situação de vulnerabilidade quando à pessoa em questão não resta uma "alternativa real e aceitável" senão submeter-se ao que lhe é proposto. A ideia de "aceitabilidade" faz apelo a um critério de razoabilidade. Há, como vimos, alternativas que não são humanamente aceitáveis. A expulsão do país pode ser uma alternativa não "aceitável" e, por isso, se é o risco dessa expulsão que determina a aceitação de determinadas condições de trabalho, podemos estar perante uma relevante situação de vulnerabilidade. Também a pobreza extrema pode levar à aceitação de determinadas condições de trabalho. Se está em risco a sobrevivência pessoal ou familiar, podemos estar, também, nestes casos (de verificação frequente), perante uma alternativa não "aceitável".

Há que considerar, pois, a autenticidade da liberdade de opção da pessoa. Como tem sido salientado pela O.I.T.¹³, essa liberdade deve ser salvaguardada quer no momento da aceitação inicial de um determinado trabalho, quer durante a permanência da relação de trabalho. Pode um trabalho ser aceite livremente na sua fase inicial e passar a verificar-se alguma forma de coerção já durante a permanência da relação de trabalho. Pode uma situação de vulnerabilidade conduzir à aceitação inicial de um trabalho, mas também pode essa situação de vulnerabilidade verificar-se só durante a execução da relação de trabalho, designadamente porque decorre da permanência precária ou ilegal num país estrangeiro e culturalmente estranho. Um critério que me parece da maior importância é o das condições objectivas em que se efectua o trabalho ou actividade em causa. Como vimos, as legislações francesas e belga fazem apelo, a este respeito, à dignidade da pessoa humana. Parece-me relevante este critério porque, como vimos inicialmente, o crime de tráfico de pessoas atinge a dignidade da pessoa humana e é esta circunstância que lhe confere particular gravidade e que o distingue e "qualifica" em relação aos demais crimes contra a liberdade pessoal. Também se poderá dizer, por outro lado, que, em regra e salvo circunstâncias muito excepcionais, nunca alguém aceitaria um trabalho ou actividade em condições contrárias à dignidade da pessoa humana se pudesse decidir em plena liberdade e se não se encontrasse numa situação de vulnerabilidade que afecta ou anula essa liberdade. Assim, a ofensa objectiva da dignidade da pessoa humana indicia claramente a inautenticidade de um consentimento e o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade.

¹³ Ver *Human Trafficking...*, cit., pág. 23.

Poderá dizer-se que este conceito também é algo vago e indeterminado. Mas, mesmo assim, parece-me que é útil e poderá servir-nos de guia. Será atingida a dignidade da pessoa humana quando esta é reduzida a *objecto*, *instrumento* ou *mercadoria* ao serviço de fins que lhe são alheios (e deixa, pois, de ser tratada como *fim* em si mesmo). Nesse sentido, é *traficada* ou *explorada*. O ápice dessa *coisificação* da pessoa é atingido na escravatura. Mas não é só nessa situação extrema que a pessoa é instrumentalizada. Há situações que dela se podem aproximar. Numa relação laboral, isso pode verificar-se quando a retribuição que auferir é claramente desproporcional em relação ao valor objectivo do produto do seu trabalho (como acentua o artigo 225.º, n.º 13, do Código Penal francês, acima citado), ou ao número de horas que trabalha. Não se verifica, pois, apenas em casos de trabalho em condições de insegurança e insalubridade, ou de agressões físicas ou psicológicas (ao contrário do que sustentou o tribunal francês no caso *Siliadiny c. France*). Mas também não basta, para tal, que se verifique uma qualquer infracção aos direitos do trabalhador, ou uma qualquer injustiça na relação de trabalho. Há outras vias para impedir ou punir tais condutas.

O Código Penal alemão, a este respeito, alude à verificação de uma «grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis». Trata-se de um critério que pode fornecer um acréscimo de objectividade na interpretação em causa. Mas importa não confundir situações de tráfico de pessoas com qualquer situação de tratamento injusto de trabalhadores imigrantes. São conhecidas as características próprias da imigração e a circunstância de os imigrantes se disporem a trabalhar em condições mais adversas do que as dos restantes trabalhadores. Não estaremos perante uma situação de tráfico de pessoas sempre que tal se verifique, mesmo que possam verificar-se infracções à legislação laboral. Já não será assim se, como parece ser o sentido do referido preceito do Código Penal alemão, estivermos perante uma disparidade de condições de trabalho muito acentuada.

Algumas considerações específicas se justificam a respeito do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Esta diz respeito, sobretudo à prostituição, embora abranja outras formas (pornografia, espectáculos de *strip-tease*, etc.).

Como já procurei salientar, a exploração sexual é considerada de forma autónoma e específica em relação à exploração laboral. Não podemos dizer que estamos perante um trabalho como qualquer outro e que a ele se aplicam, sem mais, todas as considerações relativas à exploração laboral e nenhuma outra em especial. A exploração, ou mercantilização, do corpo humano (porque a pessoa não tem um corpo, é um corpo) atinge, de modo particular a dignidade da pessoa. A sexualidade humana reveste-se de uma dimensão eminentemente pessoal. Esta especificidade reflecte-se na análise de algumas questões, como as seguintes.

Pode, por um lado, dizer-se que quase todas as situações que conduzem à prostituição se ligam a situações de particular vulnerabilidade ou de extrema pobreza. Há estudos que apontam para percentagens muito pouco elevadas de exercício da prostituição

autenticamente voluntária¹⁴. Por outro lado, pode dizer-se que a afronta à dignidade da pessoa humana, com a redução da pessoa a objecto, instrumento ou mercadoria, se verifica sempre na prostituição (ao contrário do que se verifica numa outra relação de trabalho). Para além disso, tem sido salientado¹⁵ como há situações de tão intenso controlo e submissão, semelhantes a outras que também se verificam em casos de violência doméstica, que desvirtuam completamente uma manifestação externa de consentimento (fala-se, a este respeito, em *willing victim*) e que também são, pois, reveladoras de uma particular vulnerabilidade.

Este tipo de considerações justifica a punição da exploração da prostituição em geral, o lenocínio simples (que continua a ser punido no nosso sistema, agora no artigo 169.º, n.º 1, do Código Penal) ou até a punição da utilização dos serviços de prostituição em geral, como se verifica na Suécia¹⁶. Trata-se, como se sabe, de uma questão controversa, que não aprofundarei aqui.

Importará, porém, não confundir a punição do tráfico de pessoas para exploração sexual com a punição do lenocínio simples, pois se trata de dois tipos de condutas substancialmente diferentes quanto à sua gravidade, atendendo à gravidade das penas correspondentes a cada um deles.

Para distinguir as duas situações, mesmo que se reconheça que as situações que conduzem à prostituição configuram quase sempre uma situação de vulnerabilidade ou que se entenda que a prostituição, em si mesma, fere a dignidade da pessoa humana, há que reconhecer que há situações em que essa vulnerabilidade é mais acentuada e em que a *coisificação* da pessoa é mais acentuada. O critério de distinção há-de depender, pois, de uma comparação quanto às condições de exercício da prostituição: no que se refere à retribuição do serviço, à percentagem dessa retribuição que cabe à mulher, aos horários, à autonomia quanto à forma de exercício da actividade, à autonomia pessoal em geral. Há situações em que a violação da liberdade e dignidade da pessoa vai para além do que será habitual no exercício da prostituição.

¹⁴ Ver, por exemplo, o estudo da responsabilidade da confederação sindical U.G.T. espanhola, *La Prostitucion, una Question de Género* (<http://www.ugt.es/informes/prostitucion.pdf>), onde se afirma que a prostituição não é voluntária em 95% de casos e, no caso de Espanha, é exercida por mulheres imigrantes de países pobres em 90% dos casos.

¹⁵ 15 Ver Monica O' Connor e Grainne Healy, *op. cit.*, pg. 18.

¹⁶ Pode ver-se, sobre esta Lei, o texto de Gumila Ekberg, ministra do governo sueco, *The Swedish Law that Prohibits the Purchase of Sexual Services in* <http://action.web.ca/home/catw/attach/Ekberg.pdf>.

De acordo com os dados do governo sueco, esta Lei, conjugada com programas de apoio social, permitiu reduzir em cerca de dois terços o número de mulheres que se dedicam á prostituição e em cerca de oitenta por cento a procura. Informações policiais comprovam que as redes de tráfico se afastaram da Suécia como país de destino. O número de mulheres vítimas de tráfico será, na Suécia, de duzentos a quatrocentos por ano, quando na Finlândia esse número ronda os quinze a dezassete mil. O governo norueguês anunciou recentemente a intenção de seguir o modelo sueco. Um estudo da Universidade Metropolitana de Londres, de 2003, encomendado pelo governo escocês, fez um balanço dessa experiência, em confronto com as da Holanda e do Estado australiano de Vitória, onde a prostituição foi legalizada, concluindo que essa legalização contribui para o aumento da prostituição (incluindo a infantil), da violência sobre as mulheres prostitutas e do tráfico de pessoas para exploração sexual (ver www.scottish.parliament.uk/business/committees/lg/inquiries-03/ptz/lg04-ptz-res-03.htm).

Penso, pois, que são estas condições de exercício da prostituição que poderão diferenciar o tráfico de pessoas do lenocínio simples, mas também do lenocínio qualificado (n.º 2 do artigo 169.º do Código Penal, onde também se inclui, na alínea d), como circunstância qualificativa, o aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima). O artigo 169.º define o lenocínio como a conduta de «quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição». O artigo 160.º define como tráfico de pessoas a conduta de «quem oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual». Como a definição de tráfico de pessoas deixou de fazer referência à deslocação internacional, torna-se difícil traçar a fronteira entre as duas realidades. Como distinguir entre «fomentar, favorecer ou facilitar» o exercício da prostituição e «oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher» pessoa com esse mesmo fim? Penso que tal fronteira passará pelo grau de instrumentalização da vítima. Ainda que se considere que tal instrumentalização se verifica sempre na prostituição (e por isso se justifica a punição do lenocínio simples, com pena prisão de seis meses a cinco anos), tal instrumentalização será mais acentuada no lenocínio qualificado (punível com pena de prisão de um a oito anos) e mais ainda no tráfico de pessoas para exploração sexual (punível com pena de prisão de três a dez anos). Neste sentido, a «exploração sexual» a que se destina o tráfico de pessoas representa um "mais" em relação ao exercício da prostituição. O tráfico de pessoas aproxima-se daquele ápice de instrumentalização da pessoa que representa a escravatura.

A distinção entre estas três figuras será, em muitos casos, difícil. Mas a coexistência das três também permite evitar que tais dúvidas, ou dificuldades de prova, se traduzam numa injustificada impunidade. É o que revela a experiência de vários países: as dificuldades ou dúvidas de prova dos pressupostos do tipo de tráfico de pessoas para exploração sexual não conduzem à impunidade de condutas indubitavelmente atentatórias da dignidade humana e sempre enquadráveis no tipo de crime de lenocínio, simples ou qualificado.

Num outro aspecto deve ser tida em conta a especificidade da exploração sexual em relação à exploração laboral. A dimensão eminentemente pessoal da sexualidade não pode ser ignorada ao avaliar a gravidade das condições do exercício da prostituição. A imposição de determinadas condutas no âmbito da prostituição (a obrigação de aceitação de qualquer tipo de prática sexual, de qualquer "cliente", ou de um número mínimo de "clientes") poderá ser inaceitável neste âmbito, por contrária à dignidade humana, quando seria aceitável no âmbito de uma qualquer relação laboral, ou pode revestir-se de uma gravidade substancialmente maior do que a imposição do mesmo tipo de condutas no âmbito de uma qualquer relação laboral. E só a consideração dessa dimensão da sexualidade permite compreender a diferença. Do mesmo modo, não é o facto de a prática da prostituição poder trazer à vítima algum benefício económico que afasta, por si só, a existência de uma situação de particular ofensa à dignidade humana. Também neste aspecto, a actividade sexual tem particularidades em relação à actividade laboral (nesta até poderia considerar-se que o benefício económico compensaria algumas formas de violação de direitos do trabalhador e afastaria, assim, o crime de tráfico de pessoas).

Uma relevante inovação do Código Penal revisto, no que se refere ao crime de tráfico de pessoas, diz respeito à punição do utilizador dos serviços (no caso de tráfico para exploração sexual ou laboral) ou órgãos (no caso de tráfico para extracção de órgãos) da vítima. Trata-se de uma inovação que vem de encontro ao artigo 19.º da Convenção de Varsóvia. No quadro desta Convenção, este artigo insere-se num claro objectivo de combate ao tráfico através de medidas de desincentivo da procura. O artigo 6.º relativo a estas medidas, determina que as Partes deverão adaptar ou reforçar medidas legislativas, administrativas, educacionais, sociais, culturais ou outras, incluindo a investigação sobre as melhores práticas, métodos e estratégias; a consciencialização da responsabilidade e importância do papel dos meios de comunicação social e da sociedade civil na identificação da procura como uma das causas na raiz do tráfico de seres humanos; campanhas de informação que envolvam autoridades públicas e agentes políticos e medidas preventivas, incluindo programas educacionais para jovens no âmbito da escolaridade, que acentuem a natureza inaceitável da discriminação baseada no sexo e as suas consequências desastrosas, a importância da igualdade de género e a dignidade e integridade de toda a pessoa humana. No relatório explicativo da Convenção¹⁷ afirma-se isso mesmo: que a razão principal da inclusão deste preceito tem a ver com o desincentivo da procura (n.º 230).

Afirma-se também nesse relatório, por outro lado, que este preceito pretende apenas a punição do utilizador de serviços de prostituição no quadro do tráfico de pessoas, não interferindo, pois, com o tratamento geral da prostituição nas várias legislações nacionais (n.º 233). Na verdade, esse tratamento geral da prostituição varia nos diversos Estados membros do Conselho da Europa: há Estados, como a Holanda e a Alemanha, onde a prostituição está legalizada; há Estados, como Portugal ou a Itália, que punem qualquer tipo de exploração da prostituição de outrem; na Suécia é sempre punida a utilização de serviços de prostituição. A Convenção não pretende, pois, tomar qualquer opção a este respeito.

Acentua-se ainda nesse relatório (n.º 234) que a punição do utilizador dos serviços de uma vítima de tráfico supõe que este o faça «com conhecimento de que a pessoa é vítima de tráfico» («*in the knowledge that the person is a victim of trafficking in human beings*»). O utilizador deve estar consciente de que a pessoa é uma vítima de tráfico e não pode ser punido se não estiver disso consciente («*the user must be aware that the person is a trafficking victim and cannot be penalised if unaware of it*»). Como exemplo de situação a que é aplicável o preceito, é dado o de um cliente de uma prostituta que sabia bem («*who knew full well*») que esta era vítima de tráfico (n.º 232). As dificuldades de prova desse conhecimento são comuns a outro tipo de crimes e não seriam, por si só, suficientes para excluir a punição (n.º 234). Pode essa prova decorrer de indícios factuais externos, sem ofensa ao princípio de presunção de inocência (n.º 235).

Na linha do artigo 19.º da Convenção de Varsóvia, o n.º 5 do artigo 160.º do Código Penal revisto também supõe que o utilizador dos serviços ou órgãos da vítima «tenha conhecimento» da prática do crime do n.º 1 (tráfico de adultos através dos meios aí indicados) ou do n.º 2 (tráfico de menores independentemente dos meios indicados no n.º 1).

¹⁷ Ver <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/197.htm>.

A questão que se pode colocar a este respeito, e que me proponho analisar pelo seu evidente alcance prático, é a seguinte.

Pode interpretar-se a exigência de "conhecimento" como uma exigência de que o agente actue com dolo directo, isto é, que esteja certo de que a pessoa cujos serviços ou órgão utiliza é vítima de tráfico. Ou pode entender-se que o agente também será punido se actuar com dolo eventual, isto é, se admitir como provável tal facto e, mesmo assim, porque isso lhe é indiferente, porque tal facto pouco pesa na sua decisão, porque, acima de tudo, coloca o seu próprio interesse na utilização em causa, não deixa de actuar.

Parece claro que a primeira hipótese será de verificação rara, suporá que o agente conheça com algum pormenor o contexto vivencial que rodeia a vítima, o seu trajecto pessoal e as suas relações com o "traficante". Já a segunda hipótese será de verificação bastante mais frequente. É bem possível que um utilizador dos serviços de uma prostituta, ou do trabalho de outrem, suspeite, por indícios facilmente identificáveis, que se trata de uma vítima de tráfico e, mesmo assim, porque isso lhe é indiferente, não deixe de utilizar esses serviços. Esses indícios poderão ser, quer num caso, quer noutra, a proveniência da vítima de um país pobre e habitualmente identificado como país de origem das redes de tráfico; o desconhecimento, pela vítima, da língua do país destino, com a desinserção social daí decorrente, ou o montante anormalmente baixo do preço dos serviços.

Compreende-se o alcance prático, no plano da dimensão efectiva e quantitativa da punição deste crime, da opção interpretativa que se tome a este respeito.

Por um lado, pode dizer-se que o claro propósito de combate ao tráfico de pessoas através do combate à procura deverá fazer propender para esta segunda opção, de relevância penal da actuação com dolo eventual do utilizador dos serviços da vítima desse tráfico. O tráfico de pessoas não existiria, e não teria a dimensão que tem, se não houvesse procura¹⁸. O combate à procura, ou o seu desincentivo, no plano penal (que não é o único, obviamente, nem anula a importância de outro tipo de medidas, sobretudo pedagógicas) não terá uma expressão significativa se a punição dos utilizadores se reservar a casos raros. Não será abusivo, nem intoleravelmente limitador da liberdade, sancionar quem é indiferente ao facto de poder estar a alimentar com a sua conduta um crime de tráfico de pessoas, com todas as consequências que daí decorrem para as vítimas. E, sobretudo, quando beneficia de condições (os preços mais baixos dos serviços, por exemplo) que só o facto de se verificar uma situação de tráfico permite, e quando são precisamente esses benefícios que o levam a não deixar de utilizar os serviços da vítima apesar da suspeita de que se verifique essa situação de tráfico. Não é abusivo considerar que impende sobre o utilizador dos serviços em causa um dever de informação sobre as condições de efectiva liberdade da pessoa nos casos de suspeita de que esta seja vítima de tráfico.

No que à prostituição diz respeito, tem sido acentuado, por organizações empenhadas na protecção de mulheres que dela são tidas por vítimas, que é muito comum, precisamente

¹⁸ Acentua este aspecto, no que à prostituição diz respeito, Janice Raymond, *in Prostitution on demand – Legalizing the buyers as sexual consumers*, (<http://action.web.ca/home/catw/attach/Raymond1.pdf>).

porque se parte de uma lógica de "mercantilização" da pessoa, a postura de "clientes" indiferentes ao carácter "voluntário", ou "não voluntário", da prostituição, assim como à idade da prostituta, ou às condições do exercício da actividade. Com frequência, há uma busca deliberada das pessoas mais vulneráveis, porque mais submissas perante qualquer tipo de pretensão. Ou uma busca deliberada de mulheres provenientes do Terceiro Mundo, pela "novidade" e "exotismo" da experiência¹⁹. São dados empíricos que não podem ser ignorados. Todas estas considerações apontarão no sentido da vantagem, no plano da política criminal, de uma interpretação do preceito em causa mais ampla, que abranja a actuação com dolo eventual. No entanto, há que distinguir o plano da política criminal, do debate *dejure condendo*, do plano da interpretação do direito vigente, *dejure constituto*.

Neste último plano, há que considerar o seguinte.

Por um lado, poderá dizer-se que a expressão "ter conhecimento" abrange qualquer forma de dolo. Também no dolo eventual se verifica o elemento intelectual do dolo (o "conhecimento", neste sentido). Quem actua com dolo eventual também actua "com conhecimento" da circunstância sobre que incide o dolo, sendo tal "conhecimento", porém, não um conhecimento "certo", mas um conhecimento "incerto" ou "eventual".

Por outro lado, poderá dizer-se que a intenção do legislador (o da Convenção de Varsóvia, como o do Código Penal português revisto), ao fazer referência à exigência desse "conhecimento", terá sido a de restringir o alcance que sempre decorreria das regras gerais da relevância do dolo, as quais, obviamente, impediriam sempre uma responsabilização objectiva do utilizador (por imperativo do princípio da culpa, de que é expressão a regra do artigo 13.º do Código Penal), ou uma sua responsabilização por simples negligência (também por imperativo da regra desse artigo 13.º). É esta interpretação que dá sentido útil à referência em causa. Não teria sentido útil reproduzir ou clarificar o que decorreria já das regras gerais. "Conhecimento" será assim "conhecimento certo" ou "pleno conhecimento".

Apesar de a Convenção de Varsóvia reflectir um propósito claro de combate à procura como forma de combate ao tráfico de pessoas, os termos do relatório de explicação, acima referidos, parecem apontar neste sentido restritivo, designadamente quando, para apresentar um exemplo de conduta enquadrável na previsão do artigo 19.º, se faz referência a actuação de um "cliente" de uma prostituta com "pleno conhecimento" ("*who knew full well*") de que esta é vítima de tráfico.

Não estou, porém, seguro de que o peso destes argumentos seja decisivo e afaste o que decorrerá da notória intenção de combate eficaz ao tráfico através do combate à procura. Será mais consentânea com esta intenção uma interpretação que considere relevante, na punição do utilizador dos serviços de vítima de tráfico, a actuação com dolo eventual, nos termos atrás indicados.

¹⁹ Assim Gumilla Ekbcrg apud Monica O' Connor e Grinne Healy, *op. cit.*, pg. 11.

Embora não tenha dúvidas de que esta opção se justifica no plano da política criminal, tenho algumas dúvidas quanto à interpretação do direito vigente.

Aqui deixo, assim, as minhas reflexões sobre algumas questões relativas à análise das recentes alterações do Código Penal em matéria de crime de tráfico de pessoas. Faço votos de que possam ser úteis para eventual ulterior e mais competente aprofundamento académico e, sobretudo, para a tarefa interpretativa dos colegas que venham a lidar com processos relativos a este crime.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**3. Criminalidade
associada à imigração
ilegal**

Albano Pinto

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. CRIMINALIDADE ASSOCIADA À IMIGRAÇÃO ILEGAL

Albano Pinto*

I. INTRODUÇÃO**II. BASES E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO****A) AS FONTES**

B) EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL E DE DIREITO COMUNITÁRIO NO DIREITO INTERNO: O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME DAS DISPOSIÇÕES DESTES COM AS DOS ANTERIORES

1. DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL
2. DIREITO COMUNITÁRIO

III. ANÁLISE DOS CRIMES DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL E ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL**A) CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL****§ 1.º BEM JURÍDICO PROTEGIDO**

1. Enunciação das posições
2. Posição adoptada

§ 2.º NATUREZA**§ 3.º ELEMENTOS OBJECTIVOS**

1. Cidadão estrangeiro
2. Entrada, permanência e trânsito ilegais
3. Favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, permanência ou o trânsito ilegais
4. Transportar ou manter o cidadão estrangeiro em condições desumanas
5. Transportar ou manter o cidadão estrangeiro em condições degradantes
6. Pôr em perigo a vida do cidadão estrangeiro
7. Causar ao cidadão estrangeiro uma ofensa grave à integridade física ou a morte

§ 4.º ELEMENTO SUBJECTIVO**§ 5.º CONSUMAÇÃO****§ 6.º TENTATIVA****§ 7.º SUJEITO ACTIVO****§ 8.º SUJEITO PASSIVO****§ 9.º UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRAÇÕES****B) CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL****§ 1.º BEM JURÍDICO PROTEGIDO****§ 2.º NATUREZA****§ 3.º ELEMENTOS OBJECTIVOS**

1. Conceito de grupo, organização ou associação
2. Finalidade do grupo, organização ou associação

§ 4.º ELEMENTO SUBJECTIVO**§ 5.º SUJEITO ACTIVO****§ 6.º SUJEITOS PASSIVOS****§ 7.º FORMAS DE PARTICIPAÇÃO****§ 8.º CONSUMAÇÃO****§ 9.º CONCURSO COM OUTROS CRIMES**

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

* Procurador da República Coordenador de Leiria.

Este texto já se encontrava publicado no e-book: [“Imigração ilegal e tráfico de seres humanos: investigação, prova, enquadramento jurídico e sanções”](#).

I. INTRODUÇÃO

«A vítima é tratada como uma coisa (...) quando se a transfere violenta, fraudulenta ou abusivamente para atender à procura de serviços que se produz noutra lugar. Mas também é tratada como uma coisa nos casos em que (...) toma a iniciativa da sua deslocação para emigrar ilegalmente colocando-se nas mãos daqueles que a organizam»

(Mercedes Garcia Arán, “Trata de personas y explotación sexual”, p. 5)

Pode dizer-se que o tráfico de pessoas e a introdução clandestina de imigrantes, apesar, muitas vezes, do carácter comum das suas causas e de o primeiro, na maioria dos casos, pressupor esta introdução ou exigi-la mesmo como «conditio sine qua non» dos objectivos predefinidos, sobretudo, em situações de menor controle e capacidade de reacção dos países de destino, por isso expressamente escolhidos para a prossecução e desenvolvimento das respectivas actividades, representam duas perspectivas diferentes e autónomas do mesmo fenómeno, assente na transformação do homem em objecto de exploração e fonte de lucro.

A sociedade contemporânea cada vez mais exige que todo o ser humano, pelo facto de o ser, não pode deixar de ser reconhecido e tratado como tal, sob pena de ser desprovido daquilo que ele tem de mais essencial e que, como já dizia Immanuel Kant, o permite distinguir dos animais: a dignidade humana.

A salvaguarda deste valor supremo não deixa, aliás, de inspirar e estar subjacente aos diversos instrumentos internacionais que versam sobre o referido fenómeno, nomeadamente, aos que iremos referir, enquanto, por um lado, o encaram em si, definindo-o e sugerindo medidas para o seu combate e, por outro, autonomizam, dentre estas, a necessidade de punição do branqueamento dos respectivos ganhos, com a consequente perda das vantagens e produtos obtidos em consequência dele e, simultaneamente e em ordem, desde logo, a evitar visões rígidas e ultrapassadas dos tribunais (ainda hoje, tantas e tantas vezes persistentes), traçam critérios de orientação de como ele deve ser percebido e compreendido, nomeadamente, ao nível probatório, realçando, a este respeito, a grande importância da prova indiciária e apontando e legitimando técnicas não usuais de recolha da mesma e dos demais meios respeitantes à demonstração dos factos.

Este tipo de preocupações deve, aliás, rodear todos os processos legislativos, não só por essenciais ao referido combate e, por isso, ao respeito e à protecção dos direitos de cada um, particularmente, dos que são vítimas dos fenómenos em causa, mas também, e ponderando as vezes em que as condutas subjacentes são produto de organizações criminosas internacionais, para uma melhor segurança e desenvolvimento mundiais, assentes, na esteira do defendido pelas resoluções das Nações Unidas, na “universalidade, interdependência, indivisibilidade e inter-relação de todos os direitos humanos civis, políticos, económicos, sociais e culturais” (cfr. Resolução E/CN.4/RES/2003/24, parágrafo 9, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas).

Como já dissemos noutro lugar, estamos perante duas faces de uma mesma moeda, cujo valor não é outro senão a exploração do ser humano medida pelo lucro que propicia.

Tanto assim que eles apenas se distinguem, abstraindo, como é óbvio, dos casos em que a intenção lucrativa não seja erigida em fim da actuação do agente que auxilia à introdução, trânsito ou permanência ilegais do imigrante e não haja transposição de fronteiras no tráfico de pessoas, pelos meios utilizados na sua prática.

Apenas nos cabe falar de uma dessas faces, mais precisamente, da do tráfico ilícito de imigrantes.

E iremos fazê-lo, abordando dois dos crimes com que a nossa lei (a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional, Regime que, doravante, designaremos como RJEPSAE), pretende reprimi-lo, ou seja:

- O auxílio à imigração ilegal, e
- A associação criminosa para o auxílio à imigração ilegal.

Antes, porém, de o fazermos, pensamos ser oportuno indicar algumas bases e princípios de interpretação, ponderando a influência dos instrumentos internacionais na elaboração e interpretação daqueles crimes.

II. BASES E PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

«O Direito descobre-se, mas não se inventa»
(R. Dworkin , Law's Empire, New York, 1986, p. 5,
apud Ac. do TC n.º 371/91, de 10.10)

A) AS FONTES

Nenhuma lei nasce do nada.

E quando nasce é com um propósito, para cumprir um objectivo, atingir um fim, ter, em suma, um telos, dar concretização ao “para quê” da sua promulgação.

Se este telos da norma deve ser encarado sob uma perspectiva subjectivista, sob a vontade do legislador histórico (interpretação teleológica-subjectiva) ou, pelo contrário, de um ponto de vista objectivo e, por isso, com um sentido autónomo do que ele teve em vista (interpretação teleológica-objectiva) é questão que não cumpre, aqui, abordar, tanto mais que, verdadeiramente, ela só deve ser suscitada quando, por deficiência de redacção, o legislador não consegue reflectir no texto os motivos que levaram à sua publicação, resultando dela um sentido não querido.

O que importa é reter que toda a norma jurídica, inclusive, a penal, tem um percurso histórico e que, para a sua interpretação teleológica, a sua génese, com a análise, nomeadamente, das suas fontes, dos trabalhos preparatórios e da exposição de motivos, assume uma importância decisiva, a par de outros elementos, como o sistemático.

Isto, sobretudo, quando, como acontece com os artigos 183.º e 184.º do RJEPSAE, eles surgem para satisfação de obrigações internacionais a que Portugal se vinculou e em cumprimento de actos legislativos da União Europeia, concretamente e no que concerne àqueles instrumentos:

- a) A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, abreviadamente conhecida por Convenção de Palermo, por ter sido assinada em Palermo, Itália e que, a impulso, nomeadamente, da Fundação Giovanni Falcone, representa o primeiro tratado legal negociado globalmente para a luta contra o crime organizado transnacional; e
- b) O Protocolo Adicional a essa Convenção contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e cujas disposições, à semelhança das da Convenção anterior, devem ser vistas como imperativas de primeiro grau em tudo o que diga respeito a delitos praticados no âmbito de organizações criminosas transnacionais.

Relativamente à União Europeia:

- c) A Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do TUE, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia;
- d) A Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de Novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; e
- e) A Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

Efectivamente, e lendo todos estes instrumentos, alguns citados pelo próprio RJEPSAE, não será difícil de constatar as correspondências, bem como, e no caso sobretudo do crime de auxílio à imigração ilegal, as semelhanças que, por vezes, existem entre as expressões das disposições que o prevêm e os artigos 3.º, e 6.º do Protocolo, por um lado e os artigos 1.º e 2.º da Directiva 2002/90/CE, por outro.

Mas a consideração dos elementos anteriores na interpretação dos referidos crimes do RJEPSAE não se impõe apenas por razões históricas.

Impõe-se ainda pela sua eficácia no Direito interno, mesmo, adiante-se, desde já, que posteriores às disposições que prevejam aqueles, como acontece, por exemplo, com a Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008 relativa à luta contra a criminalidade organizada e que revogou a referida Acção Comum.

Senão vejamos.

A) EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL E DE DIREITO COMUNITÁRIO NO DIREITO INTERNO: O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME DAS DISPOSIÇÕES DESTE COM AS DOS ANTERIORES

1. DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

Questão discutida na doutrina é a de saber a eficácia do Direito Internacional na ordem jurídica interna de cada Estado, seja nos casos em que ele deve ser considerado como parte integrante desta, independentemente da publicação de qualquer lei (interna), seja, sobretudo, quando esta integração exige uma adaptação das leis penais internas ou uma transposição dos comandos punitivos enunciados por aquele, caso em que alguns Autores afastam, expressamente, qualquer eficácia dos Tratados ou Convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo respectivo Estado.

Isto, face à natureza "estatista" do Direito Penal, de este não poder desprender-se da força coerciva de cada Estado, de, fazendo parte do Direito Público interno de um determinado Estado ou sociedade politicamente organizada e traduzir-se no poder de estes declararem ilícitas e puníveis certas condutas e, como tal, perseguirem-nas e castigarem-nas, dever entender-se que ele exige que a norma internacional só possa ser aplicável na ordem interna depois da sua incorporação nesta, através de um acto de vontade do legislador nacional.

Por outro, à circunstância (geral) de as Constituições, salvo disposição em contrário, não receberem o Direito internacional como direito constitucional e o Estado, ao obrigar-se internacionalmente, não perder o seu poder de legislar, ficando apenas obrigado a utilizá-lo (com boa fé) nos termos em que se obrigou e sem que possa invocar as disposições do Direito interno para justificar o seu não cumprimento.

Continuando a colocar a questão fora do âmbito da tipicidade, na medida em que os instrumentos internacionais não contêm autênticos tipos penais, antes limitando-se a enunciar simples recomendações dirigidas aos Estados para que os adoptem, ainda que indicando, por vezes, com precisão, as condutas que devem ser punidas e as sanções que lhes devem corresponder, pensamos que a mesma é, expressamente, resolvida pelo artigo 8.º da CRP.

Primeiro, ao aceitar, sob o n.º 1, a incorporação automática das normas e princípios de Direito internacional geral ou comum (como sucede, por exemplo, com os constantes da Declaração Universal de Direitos do Homem), estabelecendo que eles fazem parte integrante do Direito português e afastando, desse modo, a subordinação da sua eficácia à sua publicação (interna) ou a uma actividade legislativa no sentido da sua transposição para a ordem interna (doutrina da recepção plena ou da recepção automática).

Em segundo lugar, e embora já condicionando a vigência, por um lado, à publicação e, por outro, à permanência da vinculação internacional do Estado Português às correspondentes disposições (e não reconhecendo, portanto, a auto-exequibilidade prevista para os referidos princípios e normas), quando prescreve, sob o n.º 2, que também vigoram na ordem interna as

normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas (v.g., Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional).

Tanto num caso, como no outro, o Direito internacional, enquanto tal, é, pois, plenamente, válido na ordem jurídica portuguesa, integrando-a com o conteúdo e a extensão que possui, independentemente de qualquer acto relativo à sua “tradução” em lei ou transformação em Direito interno e só deixando de vigorar, nos casos do n.º 2, quando a convenção, regularmente ratificada e aprovada, deixe, por qualquer motivo, de vincular o Estado Português.

Daí que, fazendo parte do sistema jurídico e, diga-se, prevalecendo relativamente à legislação ordinária, seja esta anterior ou posterior (como resulta da circunstância de dever haver sempre recurso, por parte do MP, para o Tribunal Constitucional da decisão judicial que recuse a aplicação da disposição interna que o contrarie, estabelecendo-se, assim, um regime semelhante ao das normas cuja não aplicação reside na sua contraditoriedade com a Constituição: cfr. artigos 6.º, 70.º, n.º 1, al. i) e 72.º, n.º 3, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional), não possa, logo que passe a valer nele, deixar de influenciar a interpretação das disposições (penais) internas, fazendo com que estas, por força do princípio da unidade ou coerência do sistema jurídico, passem a reflecti-lo de forma harmoniosa, desde que, obviamente, os dizeres legais compreendam o sentido a que conduz, porventura, até aí, não aceite ou considerado minoritário.

Isto, repita-se, mesmo que não objecto de transposição.

Se esta tiver lugar, com a consequente alteração dos preceitos penais existentes ou a criação de outros até, então, inexistentes, é evidente que as novas disposições têm, logicamente, que ser interpretadas sem se descurar a «ratio» do seu surgimento e, por via disso, as normas ou princípios internacionais que as inspiraram e conduziram à sua introdução no sistema jurídico, normas ou princípios que se impõem, assim, não apenas de um ponto de vista sistemático (artigo 9.º, n.º 1, do CC), mas também como constituindo a própria história dessas novas disposições, o seu modelo, se quisermos ("*as circunstâncias*" da sua elaboração, nas palavras daquele preceito) e, enquanto tal, isto é, como fonte material de direito, com o sentido próprio e comum que resulte do contexto dele e dos respectivos objecto e finalidade, ainda que, para o efeito, seja necessário o recurso aos chamados “meios complementares”, designadamente, aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias em que foram aceites como tais (o que deverá suceder sempre que aquele sentido seja ambíguo ou obscuro ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou incoerente: cfr. artigos 31.º e ss., da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969).

A interpretação, tanto num caso, como noutro, tem, pois, de ser conforme aos instrumentos internacionais, sob pena de o correspondente preceito penal, como se viu, dever ser tido como ilegal, o que, como é óbvio, sucederá sempre que o texto do preceito não comporte essa "interpretação conforme".

Comportando, há que considerá-la, pois é missão do intérprete, antes de mais, reconstituir a partir do texto o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico e as circunstâncias em que a lei é elaborada e nenhum legislador (razoável), querendo transpor um instrumento internacional, que vê como fonte de direito e adopta, por isso, como modelo, em respeito dos compromissos, com ele, assumidos (sob pena de responsabilidade internacional), nomeadamente, do ponto de vista do seu contributo para a universalização das regras no mesmo esculpidas, o faz para que a lei, que cria ou altera, tenha linhas ideológicas e normativas diferentes, leve, em suma, a um sentido contrário ao que resulte desse modelo. Seria um verdadeiro absurdo, criar uma figura teratológica e ir contra o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do CC.

2. DIREITO COMUNITÁRIO

O que se acaba de dizer vale, “mutatis mutandis”, para o Direito comunitário.

Também aqui, com efeito, é inteiramente aplicável o princípio da interpretação conforme, agora, como é óbvio, com esse Direito, apesar de, tal como vimos para o Direito convencional, ele não ter igualmente aplicação directa no âmbito da jurisdição penal (não obstante também a afectar), por força do princípio da reserva de lei (artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição).

E isto não apenas por do artigo 8.º, n.º 4, da nossa Constituição resultar que as normas emanadas das instituições da União Europeia, concretamente, as constantes de directivas, decisões e regulamentos (veja-se artigo 288.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) têm validade na ordem interna (e, se se quiser, primazia sobre as desta, face à sua natureza „supraconstitucional“).

Igualmente por, no sentido exposto e embora com as excepções que iremos abordar, já ter decidido o Tribunal de Justiça da União Europeia (anteriormente, Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia), em matéria de Directivas, através, nomeadamente, do Acórdão de 8.10.1987, proferido no processo 80/86 (caso contra Kolpinghuis Nijmegen BV), de Regulamentos, com, por exemplo, o Ac. de 07.01.2004, proferido no processo C-60/02 (caso suscitado pelo Tribunal Regional de Eisenstadt, Áustria, no âmbito de um processo penal, nele instaurado, por contrafacção de marcas) e de Decisões-Quadro, pelo Acórdão de 16.06.2005, proferido no processo C-105/03 (caso contra Maria Pupino), decisões que os Tribunais nacionais de cada um dos Estados-Membros não podem deixar de obedecer, como resulta do artigo 280.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No primeiro processo e como se verifica do respectivo Acórdão, ao TJCE foram colocadas quatro questões:

“1) Uma autoridade nacional (neste caso a autoridade encarregada de instaurar o processo penal) pode invocar contra os seus nacionais uma disposição de uma

directiva relativamente à qual o Estado-Membro em questão não adoptou as medidas legislativas ou regulamentares para a sua aplicação?

2) *Os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a aplicar directamente as disposições de uma directiva que a isso se prestem, quando não tenham sido adoptadas medidas para dar cumprimento a essa directiva, mesmo no caso de o interessado não pretender invocar qualquer direito com base nessas disposições?*

3) *Quando um órgão jurisdicional nacional for chamado a interpretar uma norma de Direito nacional, deve ou pode, para tal interpretação, guiar-se pelo conteúdo de uma directiva aplicável?*

4) *Seria diferente a resposta à primeira, segunda e terceira questões, se o prazo fixado para a adaptação da legislação nacional pelo Estado-Membro em questão ainda não tivesse expirado na data pertinente (neste caso, 7 de Agosto de 1984)?”*

A estas questões, respondeu o Tribunal da seguinte forma:

a) *“... o carácter obrigatório das directivas, em que se fundamenta a possibilidade de as invocar perante um órgão jurisdicional nacional, existe apenas relativamente «aos Estados-membros destinatários». Em consequência, uma directiva não pode, por si própria, criar obrigações para os particulares e, deste modo, as disposições de uma directiva não podem ser invocadas enquanto tais contra eles perante um órgão jurisdicional nacional. Assim, há que responder às duas primeiras questões prejudiciais que uma autoridade nacional não pode invocar contra um particular uma disposição de uma directiva cuja necessária transposição para o Direito nacional ainda não tenha sido efectuada”;*

b) *“Como foi declarado pelo Tribunal no seu acórdão de 10 de Abril de 1984 (Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil 1984, p. 1891), a obrigação decorrente de uma directiva, para os Estados-membros, de alcançarem o resultado nela previsto, bem como o seu dever, por força do artigo 5.º do Tratado, de adoptarem todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar o cumprimento dessa obrigação, é imposta a todas as autoridades dos Estados-membros, inclusivamente, no âmbito da sua competência, às autoridades jurisdicionais. Desta forma, ao aplicar o Direito nacional, e em particular as disposições de uma lei nacional especialmente aprovada com a finalidade de dar cumprimento à directiva, o órgão jurisdicional nacional deve interpretar o seu Direito nacional à luz do texto e dos objectivos da directiva...”. No entanto, esta obrigação de o juiz nacional ter em conta o conteúdo da directiva ao interpretar as normas pertinentes do seu Direito nacional é limitada pelos princípios gerais de direito que fazem parte do Direito comunitário e designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade. Assim, o Tribunal declarou, no seu acórdão de 11 de Junho de 1987 («Pretore» de Salò/X, 14/86, Colect. 1987, p. 2545), que uma directiva não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei interna adoptada por um Estado-Membro para a sua aplicação, determinar ou agravar a responsabilidade penal de quem quer que aja em violação das suas disposições”;*

c) *“A questão de saber se as disposições de uma directiva podem ser invocadas enquanto tais perante um órgão jurisdicional nacional apenas se deve colocar no caso de o Estado-Membro em causa não ter transposto a directiva para Direito nacional no*

prazo determinado ou de ter feito uma transposição incorrecta da mesma”, não sendo as respostas anteriores “diferentes, no caso de o prazo fixado ao Estado-Membro para adaptar a legislação nacional ainda não ter decorrido na data pertinente” (cfr. parágrafos 9 a 15).

Do que se segue que, não resultando uma violação do princípio da legalidade (“nulla poena sine lege”), o princípio da interpretação conforme impõe-se sempre mesmo relativamente ao Direito Nacional anterior à Directiva, conforme, aliás, se decidiu, também inequivocamente e por exemplo, nos Acórdãos de 26.09.1996, proferido no processo C-168/95 (caso contra Luciano Arcaro) e 12.12.1996, proferido nos apensos C-74/95 e C-129/95 (caso suscitado pelo Ministério Público junto do Tribunal Distrital de Turim).

Através, por sua vez, do Acórdão sobre o caso suscitado pelo Tribunal Regional de Eisenstadt, quanto à interpretação do Regulamento (CE) n.º 3295/94 do Conselho, de 22.12.1994, decidiu o Tribunal de Justiça que *“a obrigação de interpretação conforme do Direito nacional, à luz do texto e da finalidade do Direito comunitário, para atingir o resultado por ela prosseguido, não pode, por si só e independentemente de uma lei adoptada por um Estado-Membro, criar ou agravar a responsabilidade penal de um operador que tenha violado as prescrições do referido regulamento”* (cfr. parágrafo 4).

Isto, repare-se, apesar da aludida obrigatoriedade e não admitindo, dessa forma, o alargamento, ainda que por interpretação extensiva, do tipo penal do Direito interno, de modo a passar a punir o que não era proibido pela legislação nacional (o trânsito pelo território austríaco de mercadorias contrafeitas, se o referido Tribunal Regional viesse a concluir pela sua não proibição), mesmo que proibido, como acontecia no caso, por uma norma comunitária.

Com o Acórdão de 16.06.2005 (caso Maria Pupino), finalmente, e apesar de apenas se ter tido em vista o estatuto da vítima em processo penal, enquanto objecto da Decisão-Quadro 2001/220/JAI e versado, portanto, uma questão de natureza adjectiva – mais precisamente, a de saber se, apesar de a lei, concretamente, a italiana, apenas permitir o incidente de produção antecipada de prova, fora dos casos do artigo 392.º, n.º 1, do respectivo Código de Processo Penal, estando em causa crimes sexuais ou de cariz sexual e um menor de dezasseis anos (n.º 1 bis do mesmo artigo), o juiz de instrução podia, em observância dos artigos 2.º, 3.º e 8.º daquela Decisão-Quadro e para protecção da dignidade, intimidade e personalidade das crianças ainda em não idade escolar, admiti-lo relativamente a crimes de maus tratos, assegurando-lhes, deste modo, um nível adequado de protecção, exigido pela sua particular vulnerabilidade – o TJCE não deixa de conter referências expressas ao Direito penal substantivo, tendo, assim, querido, lógica e manifestamente, que a sua doutrina não fosse apenas aplicada no âmbito apenas do Direito penal adjectivo.

De acordo com ele, o princípio da interpretação conforme, até aí entendido como aplicável, sobretudo, às Directivas, deveria também ter-se por válido para as Decisões-Quadro, face ao seu carácter obrigatório, atento o disposto no, então, artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do Tratado da União Europeia (e apesar de apenas vincularem quanto ao resultado por elas tido em vista), pelo que as autoridades de cada Estado-Membro e, em especial, os seus órgãos

jurisdicionais tinham a obrigação de respeitá-lo, interpretando o Direito interno, “na medida do possível, à luz do teor e da finalidade” dessas Decisões, a fim de atingirem o resultado por elas visado e conformando-se, assim, com o disposto no citado artigo.

Isto, sem prejuízo dos “princípios gerais de direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade” e, portanto, de modo que essa obrigação nunca pudesse “conduzir a desencadear ou a agravar, com base numa decisão-quadro e independentemente de uma lei adoptada para a sua aplicação, a responsabilidade penal de quem a violasse ...” .

Com o que – prossegue o Acórdão – “a obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo de uma decisão-quadro quando procede à interpretação das regras pertinentes do seu Direito nacional cessa quando este último não possa ser objecto de uma interpretação que conduza a um resultado compatível com o pretendido por essa decisão-quadro. Por outras palavras, o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do Direito nacional. No entanto, este princípio exige que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração, sendo caso disso, o Direito nacional no seu todo para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro”.

À semelhança do que havia sucedido com o Acórdão de 8.10.1987, especificamente relativo, como se viu, a uma Directiva e sobre uma questão penal, distinguiu, pois, ele, claramente, entre a aplicação daquele tipo de instrumento enquanto tal ao caso concreto (sempre impossível, tal como sucede, em princípio, com as Directivas, por não conter este efeito e exigir a sua transposição para o Direito interno de cada um dos Estados Membros) e o uso interpretativo que se deve fazer das suas disposições para efeitos do processo hermenêutico do Direito nacional, limitando esse uso, ou melhor, o princípio da interpretação conforme, apenas aos casos em que o mesmo conduza a uma interpretação *contra legem* ou leve a agravar a responsabilidade penal resultante da violação de uma norma nacional.

Quer dizer: apesar da falta de vigência, na ordem jurídica penal substantiva, de actos como os das Decisões-Quadro, a doutrina do caso Pupino veio reforçar o entendimento, que se deve ter por válido para todos os actos comunitários (sejam eles anteriores ou posteriores à norma interna a interpretar), no sentido de que estes apenas se devem ter por aplicáveis e interpretáveis com o respeito pelos princípios gerais de direito e, em especial, os da segurança jurídica e o da não retroactividade quando estejam em causa normas de direito substantivo e direito processual penal e que, seja qual for o caso, a interpretação do Direito nacional em conformidade com aqueles nunca pode servir de justificação a uma interpretação contrária ao mesmo, afirmando-se, assim, em ambos os casos (penal substantivo e processual penal) a prevalência do direito nacional e realçando-se a obrigação do órgão jurisdicional nacional, sobretudo, em casos de direito penal substantivo, abandonar a interpretação que conduza a um agravamento da responsabilidade penal.

Pode, por isso, afirmar-se que o princípio da legalidade penal impede que uma norma de Direito comunitário – ainda que pertencente a um regulamento e, por isso, a um acto

legislativo que não carece de transposição para o Direito interno de cada Estado-Membro, por ser, directamente, aplicável e obrigatório em todos os seus elementos (artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) – possa prever a tipificação de condutas ilícitas não especificamente previstas como tais no ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro e que o sentido e o alcance dessa norma apenas cabe neste quando possa ter-se como compreendido pelo sentido literal da disposição dele, ou por outras palavras, dentro das balizas traçadas pela sua letra.

O que significa que, apesar do dever que recai sobre o órgão nacional de “*fazer todo o possível*” para que, tendo em vista o alcance e a finalidade do acto comunitário, as disposições do Direito interno reflectam o resultado por este pretendido, atendo-se, desta forma, a ele, nunca poderá descurar, seja qual for a situação, que, em matéria penal e em corolário do referido princípio, não são também admissíveis, ao invés do que sucede em processo penal, interpretações extensivas (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) e, por isso, actuações relativas a condutas cuja punibilidade não resulte claramente da lei.

Se, em vez de a uma agravação da responsabilidade criminal, a interpretação conforme conduzir a uma atenuação da mesma responsabilidade (inclusive, do ponto de vista da proporcionalidade das penas e não apenas tendo em conta as circunstâncias atenuantes que, porventura, preveja) ou a uma aplicação da lei penal mais favorável, é óbvio que já nada obstará a que do Direito comunitário se faça o devido uso interpretativo e, se for caso disso, se deva mesmo absolver o arguido ou arquivar o processo (se a respectiva disposição do acto comunitário tiver efeito directo, o que pode acontecer não apenas quando esse acto seja não só um regulamento, mas também uma Directiva, contanto, neste caso, aquela disposição seja precisa, clara, incondicional e não tenha sido transposta ou tenha sido de forma incorrecta e, para além de não requerer medidas complementares, de carácter nacional ou europeu, não deixe qualquer margem de manobra, por mínima que seja) com base na incompatibilidade da norma penal interna com ele, ainda que esta norma seja posterior e tenha, portanto, desrespeitado o acto legislativo comunitário que contradiz.

Colocadas estas considerações que achámos importantes para explicitar o nosso pensamento sobre a importância do Direito comunitário e da jurisprudência a ele relativa na interpretação dos crimes que iremos analisar, particularmente, quanto ao de associação ao auxílio à imigração ilegal, face à posição que os nossos Tribunais continuam a assumir, é altura de, muito sinteticamente, passarmos a analisar, para além desse crime, o de auxílio à imigração ilegal.

III. ANÁLISE DOS CRIMES DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL E ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

“Cinquenta e quatro pessoas morreram sufocadas num camião que as transportava clandestinamente. Eram mais de 100, num contentor de 6 m por 2 m. Muitos dos sobreviventes encontram-se em estado grave em virtude da desidratação e da falta de oxigénio...”

(Notícia da BBC – “apud” Informação de Abril de 2009 da UNODC)

A) CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

§ 1.º BEM JURÍDICO PROTEGIDO

1. Enunciação das posições

É discutida na doutrina e na jurisprudência a questão do bem jurídico protegido pelo crime de auxílio à imigração ilegal e a natureza deste mesmo bem jurídico, podendo distinguir-se quatro posições:

- a do interesse público de controlo dos fluxos migratórios,
- a do delito pluriofensivo,
- a da protecção dos direitos fundamentais dos estrangeiros e
- a da protecção da dignidade humana do imigrante.

Na segunda, podemos encontrar três variantes consoante a predominância dada ao interesse da protecção da ordem sócio-económica subjacente ao controlo dos fluxos migratórios.

Vejamos, muito sinteticamente, cada uma destas posições:

a) Teoria do interesse público de controlo dos fluxos migratórios:

De acordo com esta posição, que preferimos designar pela forma enunciada, em vez de, por exemplo, teoria da protecção da soberania do Estado, com o crime de auxílio à imigração ilegal pretende-se proteger, precisamente, a soberania e a segurança daquele, em virtude de esta ser posta em causa com a violação das regras que regulam o acesso e a permanência de cidadãos estrangeiros (abrangidos pelo RJEPSAE) em território português e esta violação poder acarretar consequências graves ao nível da segurança interior.

Entende-se, com efeito, que, para além de representar um desrespeito pelo controlo dos fluxos migratórios e, por isso, do poder soberano do Estado de decidir quem entra ou não no seu território, a violação das referidas regras pode também levar à postergação do interesse sócio-económico subjacente à gestão e regulação desses fluxos, com a consequente colocação em perigo da própria segurança interior, ponderando os problemas sociais (v.g., marginalidade, delinquência, etc.) que podem ser causados, face à inexistência de

alternativas no mercado de trabalho. Parecem perfilhar esta posição, entre outros, PAULO SOUSA MENDES, “Tráfico de pessoas”, em Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), p. 175 e os Acs. da RP, de 13/07/2005 (proc. 0540595) e da RC, de 11/10/2003 (CJ, XXXVIII, IV, 46).

b) Teoria do delito pluriofensivo

Conforme resulta da designação, defendem outros Autores que, com o crime em causa, não se protege apenas um bem jurídico, mas, e pelo menos, dois.

Um primeiro grupo é constituído por aqueles que, não pondo em causa a importância do referido controlo como elemento da ordem sócio-económica (bem supra-individual e de natureza imaterial), mas, e bem pelo contrário, considerando o interesse a ela relativo como bem jurídico protegido, pelas consequências que, como se viu, a violação desse controlo pode acarretar, não deixa igualmente de ponderar que, com a infracção das normas que regulam a entrada e permanência dos estrangeiros, violam-se ainda direitos básicos dos próprios imigrantes, os quais, do ponto da vista da protecção, devem considerar-se ao mesmo nível ou, pelo menos, num nível intermédio ou secundário.

Neste sentido, parece encontrar-se o Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proferido no proc. n.º 187/09.7YREVR.S1, quando afirma que, no crime de auxílio à imigração ilegal, o que está em causa é a *“necessidade de disciplinar a forma como se processa o trânsito de pessoas entre Estados e, nomeadamente, o interesse que tem o Estado em que tal fluxo obedeça a regras e disciplinas próprias”*, em virtude, inclusive, *“de obrigações comunitárias que o nosso País assumiu por força dos compromissos vigentes”*, para, logo de seguida, acrescentar que também se pretende *“evitar a situação de precariedade social e económica, quando não a própria fragilidade física, em que ficam aqueles que recorrem a instrumentos ilegais para assegurar a sua entrada no espaço nacional”*.

Já no sentido de que o controlo dos fluxos migratórios deve considerar-se como o interesse preferentemente protegido parece apontar o actual Cód. Penal Espanhol, enquanto da Parte XII do preâmbulo da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho e a propósito do *“delito de inmigración clandestina”* previsto pelo artigo 318.º bis desse Código, resulta que, com a redacção a ele introduzida pela mesma Lei, se visou, precisamente, atribuir predominância à *“defensa de los intereses del Estado”* naquele controlo, distinguindo-o, também desta forma, do de tráfico de pessoas.

Para outros, os referidos direitos já devem, pelo contrário, ser considerados prevalecentes, divergindo apenas se devem ser entendidos como pertencendo a um grupo ou como insusceptíveis de serem separados das pessoas dos seus titulares.

Numa terceira variante da teoria em causa e por último, encontram-se aqueles que, como, por exemplo, GABRIEL CATARINO e ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, encaram o interesse no controlo dos fluxos imigratórios do ponto de vista do perigo que resulta para ele do aproveitamento dos movimentos migratórios por grupos mafiosos de criminalidade

organizada, considerando que, para além desse interesse, se pretende também defender o interesse na protecção colectiva e, ao mesmo tempo, individual da liberdade, segurança e dignidade dos cidadãos estrangeiros.

c) Teoria da protecção dos direitos fundamentais

Outros, indo ainda mais longe, rejeitam, pura e simplesmente, a defesa, por qualquer forma, do interesse relativo ao controlo dos fluxos migratórios como bem jurídico protegido e vêem este constituído pelo direito do imigrante à sua plena integração social ou por todos os direitos dele que podem ser postos em causa com o auxílio à imigração ilegal e, portanto, quer os que o estrangeiro é titular em plena igualdade com o cidadão nacional, quer os que lhe cabem enquanto entra regularmente no Estado receptor, quer os que ele pode ser titular em consequência, nomeadamente, de tratados. Também nesta posição, há quem encare a protecção como assumindo carácter individual, enquanto que outros a encaram como supra-individual, como dizendo respeito ao interesse (colectivo) de um “grupo” (o dos cidadãos estrangeiros).

d) Teoria da protecção da dignidade humana

Entende, finalmente, um grupo de Autores que, mais do que os direitos fundamentais do imigrante, o que está em causa é a sua própria dignidade humana, concretamente, nos casos em que, durante o processo imigratório e seja qual for a fase deste, ele é tratado como um objecto, uma mercadoria susceptível de potenciar um maior ou menor lucro.

2. Posição adoptada

Por qual das posições adoptar?

Pensamos que pela teoria do delito pluriofensivo, vendo o auxílio à imigração ilegal como um crime que protege, fundamentalmente, a dignidade e os direitos fundamentais do imigrante e, subsidiariamente, o interesse da protecção da ordem sócio-económica subjacente ao controlo dos fluxos migratórios.

Efectivamente, se antes do actual RJEPSAE se poderiam suscitar dúvidas sobre o âmbito da protecção do Dec.-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, essas dúvidas dissiparam-se, senão com a punição da “intenção lucrativa”, a partir do Dec.-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro, pelo menos, com a desse Regime.

Afigura-se-nos, com efeito, que ao mandar agravar a punição sempre que as condutas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 183.º sejam praticadas mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte, o legislador português acentuou a natureza pessoal dos interesses jurídicos protegidos, deixando, assim, de lado

também qualquer construção que partisse da defesa dos direitos dos cidadãos estrangeiros como bem jurídico colectivo.

É que para isto aponta não só o facto de, como bem salienta JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, com o auxílio à imigração ilegal poder estar-se a criar ou a criar mesmo a situação de um ser humano passar a ser ou ser tratado como um ser com menos direitos (ou mesmo um “sem direitos” ou uma pessoa cujo estatuto é o de uma “essencial sujeição”), mas também várias disposições do Regime em análise e que nos levam, como acima se começou por dizer, a considerar o tráfico ilícito de imigrantes, a par do tráfico de pessoas, indiscutivelmente um crime contra a dignidade humana, como uma das faces da mesma moeda.

§ 2.º NATUREZA

Salvo nos casos do n.º 3, o crime é de perigo abstracto, presumindo, pois, a lei (presunção “juris et de jure”), que as situações de favorecimento ou facilitação da entrada, trânsito ou permanência ilegais do cidadão estrangeiro envolvem, só por si, o perigo de virem a ser violados os direitos fundamentais deste, senão mesmo a sua dignidade como ser humano, a par da política imigratória.

Naqueles casos, já se exige algo mais, concretamente, um resultado (a provocação da ofensa grave à integridade física ou a morte), uma aptidão ou perigosidade (o transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes) ou a concreta ou real verificação do perigo (a colocação em perigo da vida), variando, por isso, a natureza do crime consoante a situação: crime de resultado, de aptidão ou de perigo concreto.

§ 3.º ELEMENTOS OBJECTIVOS

Como se verifica dos n.ºs 1 e 2 do artigo 183º do RJEPSAE, comete o crime aquele que favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, ainda que sem intenção lucrativa e, havendo esta intenção, também no caso de o favorecimento ou a facilitação visarem a permanência do mesmo cidadão.

Havendo transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou sendo colocada em perigo a sua vida ou causadas ao mesmo a ofensa grave à integridade física ou a morte, a pena é agravada nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.

Analisemos cada um dos elementos.

1. Cidadão estrangeiro

Conforme resulta do artigo 4.º, n.º 1. do mesmo diploma, não é a qualquer cidadão estrangeiro que ele se aplica, mas apenas ao que, não sendo cidadão de um Estado-Membro

da União Europeia, de um Estado Parte no Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a União tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas:

- Não tenha residência em território nacional na qualidade de refugiado, beneficiário de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiário de protecção temporária; ou
- Não seja membro da família de cidadão português ou de um dos cidadãos estrangeiros anteriormente referidos.

A delimitação é, pois, pela negativa.

E do conceito de cidadão estrangeiro poderão ainda ser excluídos, para efeito de verificação do crime, todos aqueles que vieram a ser referidos nos mecanismos a que se reporta o artigo 5.º, já que as disposições do RJEPSAE, segundo o mesmo artigo, cedem perante as desses mecanismos.

2. Entrada, permanência e trânsito ilegais

a) A entrada é ilegal quando efectuada em violação do disposto nos artigos 6.º, 9.º e 10.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32 (artigo 181.º, n.º 1).

Assim, e tendo em conta, por exemplo, o primeiro destes artigos, é ilegal a entrada de cidadão estrangeiro sem o controlo das autoridades portuguesas, contanto que efectuada por indivíduo provindo ou com destino a Estado que não seja Parte na Convenção de Aplicação (do Acordo de Shengen de 14 de Junho de 1985), seja porque tem lugar fora dos postos de fronteira qualificados para o efeito e durante as horas do respectivo funcionamento (sem prejuízo do disposto na Convenção, nomeadamente, no seu artigo 3.º, n.º 1), seja porque, tendo lugar por um destes postos, aquele se subtrai, por qualquer forma, ao referido controlo, inclusive, quando utilize um troço interno de um voo com origem ou destino em um daqueles Estados (artigo 6.º, n.ºs 1 a 3).

Considerando, agora, a remissão do artigo 181.º, n.º 1, para o artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, também a título de exemplo, ilegal será ainda a entrada do cidadão estrangeiro que, apesar de portador de documento de viagem válido, não seja titular de visto válido e adequado à finalidade da deslocação concedido nos termos, nomeadamente, dos artigos 45.º e ss. ou pelas competentes autoridades dos Estados Partes na Convenção de Aplicação.

O que significa que, salvo nos casos dos artigos 10.º, n.º 3 e 29.º, para que um estrangeiro possa entrar em Portugal não basta que ele seja titular de um qualquer visto válido. É preciso ainda que tenha um visto adequado ao fim que tem em vista com a sua deslocação, sob pena de a sua entrada ser ilegal (artigo 181.º, n.º 1).

Sob esta perspectiva, deve ter-se por ilegal a entrada (e, como se irá ver já de seguida, a permanência) do cidadão estrangeiro que, estando dispensado de visto em determinadas

condições, como sucede, v.g., com os cidadãos brasileiros que pretendam deslocar-se a Portugal para fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos (cfr. artigo 7.º, n.º 1, do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil), aproveitem essa dispensa para uma finalidade diferente da que a isenção de visto permite.

Daí que nos pareça incorrecta a doutrina do Ac. da RP, de 13/07/2005, proc. 0540595, quando, perante o caso de um arguido que favorecia a entrada de cidadãs brasileiras para as colocar, *«além do mais, a trabalhar como alternadeiras no seu estabelecimento e alcançar o lucro que lhe adviria com a actividade delas»*, obviamente sem visto de trabalho, alterou a decisão da primeira instância, considerando cometido o crime de angariação de mão-de-obra ilegal, por, segundo se defendeu, não se poder considerar ilegal a entrada.

A doutrina que se tem como boa veio já a ser acolhida no Ac. do mesmo Tribunal de 15.02.2006 (proc. 0545889) e no Ac. da RC, de 11/10/2003, em CJ, XXVIII, 4, 46 e ss. e, diga-se, é observada em outros Países do espaço de Shengen, nomeadamente, em Espanha, onde o Supremo Tribunal do mesmo País, em sessão plenária da sua 2.ª Sala e face à ausência de uma norma como a do artigo 181.º, n.º 1, decidiu, por Ac. de 3/10/2005, que *“o facilitar um bilhete de ida e volta a estrangeiros que carecem de autorização de trabalho e residência em Espanha, para poder entrar em Espanha como turistas quando não o eram e pô-los a trabalhar, constitui um delito de imigração clandestina”*.

b) A permanência, por sua vez, deve ter-se por ilegal quando não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE ou na lei reguladora do direito de asilo, bem como quando se tenha verificado a entrada ilegal em conformidade com o n.º 1 do artigo 181.º (cfr. n.º 2 deste artigo).

Nestes termos, e porque a permanência não pode considerar-se autorizada de acordo com o RJEPSAE, deve ter-se por ilegal, como resulta do exposto, a estada de cidadão estrangeiro que, tendo entrado sem visto em consequência de um acordo do seu País com o Estado Português (por se deslocar pelo período de tempo e fins previstos nesse acordo que não o do exercício de uma actividade profissional) ou tendo obtido um visto, para um determinado fim não laboral, resolve, posteriormente, trabalhar ou manter a sua estada para além do tempo permitido.

A conduta, aliás, de quem auxilia esse cidadão não é outra senão a que o artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do referido Protocolo pretende como (segundo) objecto de tipificação criminal, ou seja e como se refere no Guia legislativo para a aplicação desse instrumento, o de incluir no crime de tráfico ilícito de imigrantes *«os casos em que o próprio esquema de introdução clandestina consiste em obter a entrada de migrantes através de meios legais, como a emissão de vistos de turismo ou outros, mas em que depois se recorre a meios ilegais para permitir que eles fiquem por outras razões que não as invocadas para justificar a entrada ou por mais tempo do que o permitido pelas respectivas autorizações de entrada.*

O acto que tem de ser criminalizado é simplesmente toda a acção conducente a permitir a residência ilegal, quando o(s) residente(s) em causa carecem do estatuto jurídico ou das autorizações necessárias. O requisito inclui especificamente as infracções relacionadas com documentos, referidas na alínea b), mas poderia também abranger outros actos, como esconder ou dar abrigo e empregar migrantes ilegais....».

São, por outro lado, casos de permanência ilegal, em virtude de a permanência não ter sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE, aqueles em que ela seja subsequente, v.g., à caducidade dos prazos dos vistos de trânsito (artigos 50.º, n.º 2 e 67.º, n.º 2) ou curta duração (artigos 51.º, n.º 2 e 67.º, n.º 2).

Deve, finalmente, considerar-se como ilegal, por não autorizada de acordo com a lei reguladora do direito de asilo, a permanência do estrangeiro depois de indeferido o respectivo pedido e decorrido o prazo para impugnação da correspondente decisão (artigos 11.º, 21.º e 22.º da Lei n.º 27/2008).

c) Trânsito ilegal, por último, ocorre quando o cidadão estrangeiro não tenha garantida a sua admissão no país de destino (artigo 181.º, n.º 3).

E porque só se pode falar de ilegalidade de trânsito quando a entrada no país de destino não esteja garantida, deve ter-se como permanência ilegal (nos termos do artigo 181.º, n.º 2), a estada do cidadão estrangeiro que, sendo titular de um visto de trânsito, se mantém em Portugal para além do prazo que o legislador considerou como suficiente para que ele possa continuar a viajar em direcção ao país de destino, ou seja, o prazo de cinco dias a que se reporta o artigo 50.º, n.º 2.

3. Favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, permanência ou o trânsito ilegais

Favorecer é possibilitar, servir, dar ajuda, apoio ou protecção à entrada, permanência ou trânsito do cidadão estrangeiro.

Assim, haverá favorecimento, por exemplo, se o agente actua como intermediário ou, sabendo que no navio, de que é piloto, se esconderam pessoas que pretendem imigrar, deixá-las manter escondidas e entrar no país de destino.

Facilitar a entrada, a permanência ou o trânsito, por sua vez, é remover obstáculos ou facultar meios para que sejam possíveis estes actos, intervir para que eles tenham lugar ou sejam conseguidos, inclusive, através da cooperação na realização ou execução deles – o que, no fundo, vem a traduzir-se numa modalidade de favorecimento (em sentido amplo).

É o que acontece, por exemplo, quando o agente transporta o cidadão estrangeiro, colabora através da vigilância da fronteira, indicando-lhe a melhor altura para a entrada ou lhe paga as viagens, ainda que mais tarde venha a descontar o respectivo preço nas

remunerações que, porventura, venha a pagar-lhe ou falsifica o passaporte, para ele poder entrar em Portugal.

É indiferente que o favorecimento ou a facilitação tenham lugar directa ou indirectamente. A lei não distingue, nem há razões para distinguir. Antes, refere expressamente que essas acções podem ter lugar “*por qualquer forma*”.

E também é indiferente que elas ocorram no início ou durante o desenvolvimento do processo de imigração. O que importa é que digam respeito a situações de entrada, permanência ou trânsito que se processem em condições de ilegalidade e, pelo menos, nos casos de permanência, adiante-se, desde já, que às mesmas acções presida o “*animus lucrandi*”.

Há facilitação ou favorecimento directos quando o agente realiza qualquer das acções juridicamente relevantes. A facilitação ou o favorecimento serão indirectos quando haja uma participação em cadeia, isto é, quando se leva a cabo um acto no processo de imigração ilegal a que, por sua vez, também se segue uma participação no facto típico: pede-se a intervenção de outro para que ajude ou incite outrem a ajudar numa determinada fase ou em determinadas fases do processo de imigração ilegal, conhecendo-se os intervenientes. Devem, por isso, ser punidos como autores o angariador do cidadão estrangeiro, o que se limita, depois, a contactá-lo, indicando-lhe as condições de entrada, trânsito ou permanência, o que o introduz no território nacional, recorrendo à intervenção de um terceiro, este próprio se souber que a sua intervenção é um patamar do processo do auxílio à imigração ilegal, etc., etc.,

Em resumo, favorecer ou facilitar (de forma directa ou indirecta), são formas de participação na acção típica que, normalmente, seriam encaradas como acessórias, mas que o legislador, face à necessidade de reprimir o tráfico ilícito de imigrantes, entendeu elevar à categoria de autoria, o que não significa que, por isso, deixe de ser admissível a cumplicidade, aliás, uma exigência dos artigos 2.º, al. b), da Directiva 2002/90/CE e 6.º, n.º 2, al. b), do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, a par da autoria mediata...

4. Transportar ou manter o cidadão estrangeiro em condições desumanas

É proporcionar condições inapropriadas a todo e qualquer ser humano, tratar o cidadão estrangeiro como uma coisa, como um simples meio para a obtenção de um fim, negando-lhe, desta forma, a sua integridade moral, o seu direito a ser tratado como pessoa, o que, normalmente, anda associado à sua sujeição a sofrimentos físicos ou psíquicos de especial intensidade (por exemplo, transportá-lo em condições gélidas ou de elevadíssimo calor; transportar várias pessoas num compartimento com largura insuficiente, de modo que uns fiquem em cima dos outros) ou à falta de compaixão (Acs. do STJ, de 28-05-

1998, proc. n.º 209/98, in “Sumários dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça”, Bol. 21º e 30-04-2008, proc. n.º 07P3331).

5. Transportar ou manter o cidadão estrangeiro em condições degradantes

É sujeitá-lo a circunstâncias humilhantes ou de aviltamento, que o rebaixam, desprezam, o reduzem à situação de um mero objecto, de tal forma sem o mínimo de condições que o cidadão comum não as aceitaria (v.g., transportá-lo em condições de higiene e saúde deploráveis, nomeadamente, juntamente com animais, levá-lo a pernoitar numa pocilga).

Aqui o que está em causa é mais a humilhação, o rebaixamento e não tanto o sofrimento físico.

6. Pôr em perigo a vida do cidadão estrangeiro

Como resulta da própria expressão, o perigo tem de verificar-se, ser real, efectivo.

Por outro lado, o perigo há-de resultar dos próprios factos típicos e não das condições de transporte ou manutenção.

O preceito é claro a este respeito: *“se os factos forem praticados (...) pondo em perigo...”*.

O que, porém, não significa que essas condições sejam irrelevantes.

É que, tanto a entrada ou o trânsito, como a permanência, podem ter na sua base meios de tal modo perigosos que o perigo efectivo se deve ter por conatural aos mesmos, absolutamente inseparável deles, de tal forma que a sua utilização nunca pode deixar de envolver a sua concreta verificação e, desta forma, ter-se o mesmo como concretamente verificado e demonstrado por essa utilização.

Assim, e por exemplo, ninguém contestará que, sendo o cidadão estrangeiro transportado em condições elevadas de humidade e com temperaturas negativas, o perigo deve ter-se por verificado.

7. Causar ao cidadão estrangeiro uma ofensa grave à integridade física ou a morte

O conceito de ofensa grave à integridade física é dado, como é sabido, pelo artigo 144.º do Cód. Penal, pelo que para ele remetemos.

§ 4.º ELEMENTO SUBJECTIVO

No crime do n.º 1, basta o dolo genérico em qualquer das suas modalidades, inclusive, o dolo eventual, o que sucederá, por exemplo, se aquele que fornece transporte ao cidadão estrangeiro prevê a possibilidade de ele não estar autorizado a entrar em Portugal, considerando-a indiferente para a realização da acção.

No do n.º 2, porém, já se torna necessário o “animus lucrandi”, não sendo, por isso, possível, o dolo eventual. Age com este “animus” aquele que procede com o objectivo de obter uma vantagem, uma contraprestação, um benefício ou ganho na realização de qualquer das actividades previstas pelo tipo, seja ele financeiro ou económico (como sucede, por exemplo, quando o agente transporta gratuitamente um dos cidadãos estrangeiros que o ajuda a manter a ordem no seio dos demais), seja outro de natureza material (para utilizarmos a expressão do artigo 3.º, al. a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea).

É irrelevante que o agente venha a obter, efectivamente, o benefício e, muito mais, que ele seja obtido directa ou indirectamente.

O fundamento da agravante, alicerçado nos instrumentos internacionais a que já fizemos referência, está, não tanto (ou tão só) na maior reprovabilidade da conduta de quem, com o crime, pretende obter um interesse financeiro ou económico, mas, e como também já se disse, na defesa da pessoa do estrangeiro, com tudo o que esta defesa envolve ao nível dos seus direitos fundamentais e da sua própria dignidade como ser humano.

E foi também, sobretudo, esta defesa, a par da respeitante ao poder do Estado de decidir quem deve permanecer no seu território em conformidade com as regras que estabelece, que levou o legislador português, em cumprimento dos mesmos instrumentos – particularmente, dos artigos 1.º, alínea b), da Directiva 2002/90/CE e 6.º, n.º 1, al. c), do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (no mesmo sentido) –, a punir o auxílio à permanência ilegal de cidadão estrangeiro sempre que (e só quando) a ele presida o “animus lucrandi”, independentemente, da importância do acto destinado a possibilitar essa permanência.

Daí que não tenhamos como válida a doutrina do Ac. da RC, de 11-10-2006, proc. n.º 8/00.6ZRCBR.C1, quando pretende restringir o tipo de modo a não considerar por ele abrangidos casos como o que analisou, ou seja, o de indivíduos que, com manifesto intuito lucrativo, alojavam e procuravam arranjar e arranjavam mesmo emprego a cidadãos estrangeiros que sabiam não ter visto de trabalho e que, por vezes, eram por eles esperados à chegada a Portugal, onde entravam sem auxílio

Verificando-se qualquer das agravantes do n.º 3, não pode o dolo ou, pelo menos, a negligência, relativamente a qualquer dos resultados da parte final do mesmo preceito (cfr. artigo 18.º do CP), deixar de abranger a circunstância ou circunstâncias que estiverem em causa, dolo que pode ser, inclusive, o eventual mesmo no crime de perigo

concreto aí previsto, contanto, como é óbvio, o agente preveja a verificação do perigo para a vida do cidadão estrangeiro, nomeadamente, pelas condições que lhe faculta para o transporte e se conforme com essa verificação.

§ 5.º CONSUMAÇÃO

Para que o crime se possa ter por consumado não basta que o agente favoreça ou facilite a entrada, o trânsito ou permanência ilegais do cidadão estrangeiro, antes se tornando necessário que este venha a entrar, a transitar ou permanecer em território nacional, pelo que, enquanto não se verificar qualquer destes actos, estar-se-á perante uma forma imperfeita da sua execução.

§ 6.º TENTATIVA

É sempre punível (n.º 4 do artigo 183.º).

Trata-se de uma exigência do artigo 2.º, al. c), da Directiva 2002/90/CE, bem como do artigo 6.º, n.º 2, al. a), do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

§ 7.º SUJEITO ACTIVO

Pode ser qualquer pessoa, inclusive, um estrangeiro ilegal (que auxilia outro), um estrangeiro a que não se aplique o RJEPSAE ou uma pessoa colectiva ou entidade equiparada (quanto a estas, artigo 182.º, n.º 1), não sendo preciso que o agente pratique todos os actos conducentes à entrada, permanência ou trânsito do imigrante.

Basta que ele intervenha em qualquer das múltiplas tarefas que sejam necessárias à realização da respectiva acção, pelo que, como resulta do que acima se disse, não pode deixar de ser punido pelo crime aquele que se limita a financiar a operação, a arranjar a embarcação onde devem ser transportados os imigrantes, a pilotar esta, a actuar como intermediário, como transportador, etc.

§ 8.º SUJEITO PASSIVO

Para além do Estado (português) e da própria União Europeia, o estrangeiro a quem o RJEPSAE seja aplicável e seja, como é óbvio, vítima de uma das acções a que fizemos referência.

§ 9.º UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRACÇÕES

1. Aceitando-se que, com o crime em análise, protegem-se, prevalentemente, bens jurídicos pessoais, o número de crimes deve sempre ser determinado pelo número de cidadãos estrangeiros cuja entrada, trânsito ou permanência ilegais o agente favoreça ou facilite, só se podendo falar, conseqüentemente, da possibilidade de crime continuado relativamente

ao mesmo cidadão que seja vítima do crime (cfr. artigo 30.º, n.ºs. 1 e 2, do Cód. Penal).

2. O crime pode estar em concurso aparente com o de tráfico de pessoas, caso em que se deve recorrer ao princípio da consunção para o resolver.

O concurso já será, porém, real se o tráfico for posterior ao auxílio à imigração ilegal, independentemente de o agente de ambos os crimes ser ou não o mesmo.

Casos de concurso real são também os do concurso do crime, por exemplo, com os de lenocínio, extorsão (como forma de obtenção do pagamento exigido pela introdução ilegal do estrangeiro no País), tráfico ilícito de estupefacientes, contrabando ou associação criminosa para o auxílio à imigração ilegal (cfr. Ac. do STJ, de 3/12/2009), face à diversidade de bens jurídicos protegidos.

B) CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

Se há crime onde, na nossa opinião, mais se faz sentir a eficácia interpretativa dos instrumentos que apontámos como fontes, particularmente, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (na medida em que a Acção Comum 98/733/JAI, apesar de anterior à aprovação da mesma Convenção, não deixou de pretender ir de encontro às conclusões a que vinham, entretanto, chegando, entre outros, os grupos de trabalho daquela Convenção), é, precisamente, o do artigo 184.º do RJEPSAE, que, só por esse facto, não pode deixar de ser visto como um crime especial, sobretudo, se se continuar a enveredar por uma interpretação restritiva do artigo 299.º do Cód. Penal e, desta forma, a não atribuir relevo às alterações a ele introduzidas pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro e ao objectivo que presidiu às mesmas.

Mas analisemos o crime de associação de auxílio à imigração ilegal.

§ 1.º BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Como resulta, claramente, da epígrafe do artigo e do disposto no seu n.º 1, apenas se punem os grupos, organizações ou associações que tenham por fim o auxílio à imigração ilegal, em qualquer das modalidades que o crime do artigo 183.º pode revestir (favorecimento ou facilitação à entrada ou trânsito ilegais, com ou sem intenção lucrativa ou permanência ilegal, com esta intenção) e com ou sem qualquer das agravantes nele previstas.

O tipo está, pois, estritamente, ligado ao desse ilícito e já não, por exemplo, ao do artigo 186.º, que prevê o de casamento por conveniência.

Daí que os bens jurídicos protegidos pelo crime do artigo 183.º se reflectam no dele e, deste modo, levem ao entendimento de que, para além do interesse social comum a todos os crimes de associação criminosa de evitar o perigo para a paz pública que advém do crime organizado, com a consequente garantia não só da soberania do Estado, mas também da segurança interna e, desta forma, como contributo para a efectiva existência de um espaço (comum) de liberdade, segurança e justiça, com o presente crime de associação criminosa

pretende-se igualmente obviar aquele outro perigo que, também em abstracto, mas, agora, para o grupo dos cidadãos estrangeiros, resulta da actuação de grupos criminosos tendo por objecto a imigração ilegal (ainda que como actividade secundária), nomeadamente, ao nível da sua liberdade, segurança e dignidade, obstando-se, por via disso, ao aproveitamento das situações que os levam a imigrar e que, neste aproveitamento, os mesmos sejam tratados, sobretudo, como simples mercadoria, com evidente lesão da sua integridade moral e da sua dignidade como seres humanos.

§ 2.º NATUREZA

Como resulta do que se acaba de expor, crime de perigo abstracto.

§ 3.º ELEMENTOS OBJECTIVOS

São elementos constitutivos objectivos do crime de associação de auxílio à imigração ilegal:

- a) A existência de um grupo, organização ou associação (elemento organizativo) e
- b) A actividade (fim) de favorecimento ou facilitação, por parte do mesmo grupo, organização ou associação, da entrada ou trânsito ilegais de cidadãos estrangeiros (nos termos que definimos), com ou sem intenção lucrativa ou, existindo esta intenção, da permanência ilegal dos mesmos cidadãos (elemento finalístico).

Estamos perante um grupo, organização ou associação destinados à realização do referido fim sempre que diversas pessoas se unam para o concretizarem, acordem na sua realização, seja o acordo explícito, isto é, revelado por uma clara manifestação de vontade nesse sentido, ou implícito e, portanto, ainda que ele apenas se deduza das actividades univocamente reveladoras da união (por exemplo, pluralidade de crimes praticados por um grupo de indivíduos da mesma forma, nomeadamente, ao nível da utilização de meios ou da distribuição de tarefas).

Se, para o efeito, bastam duas pessoas, como sucede, ainda hoje, relativamente ao crime de associação criminosa do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (Lei da Droga) ou se são necessárias, pelo menos, três, como exige o artigo 299.º, n.º 5, do Cód. Penal, desde a redacção da Lei n.º 59/2007, é questão que o artigo não esclarece.

Pensamos, porém, que, sendo o crime em causa o resultado do cumprimento das exigências dos instrumentos internacionais acima referidos, mal se compreenderia outra solução interpretativa que não a da conformidade com os mesmos instrumentos.

Daí que, exigindo estes instrumentos, concretamente e então, o artigo 1.º, da Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 e o artigo 2.º, alínea a), da Convenção de Palermo, mais de duas pessoas, na expressão do primeiro (e corrigindo o erro de tradução de que enferma a versão portuguesa) ou “*três ou mais pessoas*”, nas palavras do segundo, se torne necessário o acordo de, pelo menos, três pessoas, para que estejamos perante um grupo, organização ou associação.

E porque há que efectuar uma interpretação conforme do artigo 184.º com os mesmos instrumentos, já não se deve exigir que, da referida união, nasça *“uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros”* ou, como também se diz, *“um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto”*, centro este que há-de também ser um centro de motivação.

Basta, conforme resulta dos mesmos instrumentos, que o agrupamento tenha apenas alguma estrutura, isto é e utilizando a definição do artigo 2.º, al. c), da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que seja formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida.

E que é este o sentido que se deve atribuir, resulta não só da letra dos instrumentos em causa, mas também de posições das Instituições que os produziram, concretamente, e no que concerne à Acção Comum, da Posição Comum de 29 de Março de 1999 definida pelo Conselho com base no artigo K.3 do TUE, relativa à proposta de convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada e, quanto à Convenção, das reuniões do Comité Especial intergovernamental criado pela Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas n.º 53/111, de 9 de Dezembro de 1998, para a elaboração do projecto que veio a dar origem à mesma Convenção, como evidencia, por exemplo, a nota 2 inserida pela Secretaria-Geral das Nações Unidas nos Trabalhos Preparatórios das Negociações da Convenção em causa e seus Protocolos (com a força interpretativa do já citado artigo 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969).

Aí, com efeito, e a propósito, precisamente, da discussão sobre o que deveria entender-se por *“grupo estruturado”* e a alteração da redacção do actual texto da Convenção utilizado para o definir, decidiu-se que os referidos trabalhos deveriam incluir uma nota interpretativa que esclarecesse que essa expressão *“devia ser utilizada num sentido amplo para que incluísse tanto os grupos com uma estrutura hierarquizada ou outro tipo de estrutura complexa como a dos grupos não hierarquizados nos quais não é necessário definir expressamente a função dos seus membros”*, para, depois, se acrescentar que *“não é necessário que haja continuidade na composição do grupo”*, embora o *“termo”* já não incluía *“os grupos formados especialmente para a comissão imediata de um delito, por exemplo os grupos constituídos ocasionalmente no decurso de um distúrbio da ordem pública”*.

No mesmo sentido, e já no *“Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e seus Protocolos”*, versão de 2004 da Divisão para Assuntos de Tratados do Gabinete das Nações Unidas contra a Droga e o Crime, mais precisamente, no seu n.º 28, salienta-se que *“‘grupo estruturado’ não corresponde necessariamente às características de um tipo oficial de organização, com uma estrutura (...) e uma definição dos papéis e funções dos seus membros”*, abarcando, desta forma, a norma *“todos os casos de delitos que impliquem algum elemento de preparação organizada”*.

Ainda no mesmo sentido, e a não se quererem extrair consequências da alteração do artigo 299.º, enquanto através dela se quis estabelecer o traço distintivo entre participação e associação criminosa no período temporal da acção concertada (e não, portanto, na criação ou não de uma realidade autónoma a funcionar como centro de motivação e imputação) encontra-se a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, ao adoptar um conceito semelhante ao da Convenção de Palermo, colmatando, assim, a lacuna que existia na Acção Comum no que concerne ao conceito de “*associação estruturada*”.

Em suma, e pelo menos para efeitos do artigo 184.º, a expressão “*grupo, organização ou associação*” deve ser entendida num sentido amplo, dispensando-se requisitos mais compatíveis com a referida “*realidade autónoma*” como seja a hierarquia, a definição das funções de cada membro e a própria continuidade na composição, tão essencial à solidez e coesão necessárias à existência dessa realidade.

No conceito de “*grupo, organização ou associação*” (do artigo em análise) – e por força dos instrumentos internacionais que se fizeram referência –, cabem, assim, não só as verdadeiras organizações criminosas, nomeadamente, aquelas que dispõem de uma estrutura sofisticada, de cariz ou não transnacional e em que os seus fins são o produto de uma série de comportamentos humanos, dificilmente imputáveis a determinadas pessoas, surgindo os crimes praticados como meio de alcançar (apenas) o lucro económico, mas também as próprias associações ou grupos que, por exemplo, trabalhos legislativos como o Projecto de Resolução Legislativa do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada [a Proposta (COM(2005)0006)], posteriormente aprovado pela Resolução de 26 de Outubro de 2005 [Resolução P6_TA(2005)0405)], designam como “*associações de malfeitores*” para as distinguiam das anteriores (cfr. justificação da alteração 10), já que, também estas, põem igualmente em causa o “*espaço de liberdade, justiça e segurança*”, contribuindo, inequivocamente, para a falta ou diminuição do controlo de pessoas e vigilância eficaz da passagem das fronteiras externas e, “*ipso facto*”, para uma não menos eficaz gestão dos fluxos migratórios (inclusive, do ponto de vista da paz pública e da segurança), quer como política comum dos Estados-Membros, quer como política interna de cada um dos mesmos Estados.

Trata-se, na nossa opinião, da única posição compatível com o princípio da interpretação conforme, pelo que, pelo menos, em matéria de tráfico ilícito de imigrantes, se impõe o abandono da interpretação restritiva que, nos últimos anos, tem sido predominante no nosso ordenamento jurídico, a qual, precisamente, por não passar de uma interpretação, não pode ser invocada contra a aplicação daquele princípio.

2. Finalidade do grupo, organização ou associação

Como resulta do exposto e do artigo 184.º, a actividade da associação deve traduzir-se na prática de crimes de auxílio à imigração ilegal.

Não de um só, de apenas uma actividade que se esgote numa conduta de auxílio ilegal determinada, mas de uma pluralidade de “auxílios” a efectuar, pois, de outra forma, estar-se-á perante uma situação de comparticipação.

Aliás, também a este respeito os apontados instrumentos internacionais são claros.

E, tal como o artigo, também o são quando não exigem que o grupo tenha em vista uma modalidade de crime. Assim, e tendo em conta que apenas os referidos crimes podem ser os ilícitos fins da associação criminosa do artigo em causa, esta não deixa de existir ainda que seja constituída apenas para favorecer ou facilitar a permanência ilegal de cidadãos estrangeiros e não, v.g., a sua entrada.

§ 4.º ELEMENTO SUBJECTIVO

Basta o dolo genérico em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do CP)

§ 5.º SUJEITO ACTIVO

Sujeito activo pode ser qualquer pessoa (imputável), inclusive, um cidadão estrangeiro que não esteja autorizado a entrar, transitar ou permanecer em Portugal.

Por força do artigo 182.º, n.º 1, as pessoas colectivas e entidades equiparadas são também criminalmente responsáveis, traduzindo a sua punição o cumprimento das exigências dos artigos 10.º da Convenção e 3.º da Acção Comum 98/733/JAI.

§ 6.º SUJEITOS PASSIVOS

Sujeitos passivos são o Estado Português e a própria União Europeia enquanto interessada no desenvolvimento e protecção do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, a partir da competência partilhada com Portugal e das políticas comuns por ela criadas em termos, nomeadamente, do combate à imigração ilegal: cfr. artigos 3.º, n.º 2, da versão consolidada do TUE e 4.º, n.º 2, al. j), 67.º e ss. e 77.º e ss. (dentre estes, artigo 79.º, sobretudo) da versão consolidada do TFUE.

§ 7.º FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

O artigo distingue diversas formas de participação, mais precisamente, entre:

- O fundador (n.º 1),
- O que “faz parte” (n.º 2) e
- O chefe (n.º 3).

Não há diferenças relativamente ao artigo 299.º do CP, já abundantemente tratado na doutrina e jurisprudência, razão pela qual nos dispensamos de tecer quaisquer considerações.

Apenas diremos e já no que concerne à participação, que, ao invés do que defendem alguns autores, se deve admitir a cumplicidade, já que a situação não deve ser encarada apenas do ponto de vista das acções em si de fazer parte ou chefiar, mas também enquanto através das mesmas acções se contribui para a existência do grupo, organização ou associação e se mantém, portanto, a prática do crime, independentemente da execução das actividades criminosas a que a associação se destine e do tipo de actividade concretamente realizada.

§ 8.º CONSUMAÇÃO

O crime consuma-se logo que o grupo, organização ou associação sejam criados, não sendo necessário o cometimento de qualquer crime.

Para os que deles venham, posteriormente, a fazer parte, a consumação tem lugar com a sua entrada.

Porque se está perante um crime permanente, a consumação só cessa quando a união deixe de existir (ainda que por o número de pessoas deixar de ser o mínimo exigível), sem prejuízo de a acção de cada um dos membros dever ter-se por terminada no preciso momento em que a sua vontade deixe de convergir para aquela (mesmo que a associação prossiga com outros) e, portanto, logo que a situação antijurídica resultante da sua (constante) intervenção deixe de persistir.

Havendo, em qualquer dos casos, sucessão de leis penais, deverá ser aplicável a vigente no momento da cessação da consumação, por a prática do crime ter persistido durante a sua vigência.

§ 9.º CONCURSO COM OUTROS CRIMES

Face à diversidade de bens jurídicos protegidos, não há que falar de concurso aparente entre, por exemplo, o crime de associação de auxílio à imigração ilegal e o de auxílio à imigração ilegal, razão pela qual se deve ter o concurso como efectivo (cfr. Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proc. n.º 187/09.7YREVR.S1).

Apresentação *Power Point*













**DIREITO INTERNACIONAL
CONVENCIONAL**
(princípio da interpretação conforme)

- Eficácia do Direito Internacional na ordem jurídica interna de cada Estado
- A natureza "estatista" do Direito Penal
- A não recepção do direito internacional como direito constitucional

DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

(princípio da interpretação conforme)

- Os instrumentos internacionais não contém tipos penais
- O artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa:
 - ✓ Incorporação automática das normas e princípios de direito internacional geral ou comum (n.º 1)
 - ✓ Vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas (n.º 2)
- ✓ Prevalência do direito internacional convencional, enquanto vincular o Estado Português

DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

(princípio da interpretação conforme)

- Princípio da interpretação conforme com o direito internacional convencional, tanto do direito interno posterior e, sobretudo, do que é uma transposição dele, como do anterior, sob pena de o preceito penal dever ser tido como ilegal





DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Concretamente:
 - Ac. de 8.10.1987, proferido no processo 80/86 (caso contra Kolpinghuis Nijmegen BV), em matéria de Directivas;
 - Ac. de 07.01.2004, proferido no processo C-60/02 (caso suscitado pelo Tribunal Regional de Eisenstadt (Austria), no âmbito de um processo penal, nele instaurado, por contrafacção de marcas), no que concerne aos Regulamentos e
 - Acórdão de 16.06.2005, proferido no processo C-105/03 (caso contra Maria Pupino, em relação às Decisões-Quadro.



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Duas das questões colocadas no primeiro processo:
 - Quando um órgão jurisdicional nacional é chamado a interpretar uma norma de direito nacional, deve ou pode, para tal interpretação, guiar-se pelo conteúdo de uma directiva aplicável?
 - A resposta à questão anterior será diferente se o prazo fixado para a adaptação da legislação nacional pelo Estado-Membro em questão ainda não tiver expirado quando o Tribunal nacional é chamado a pronunciar-se?



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

➤ Respostas:

- Ao aplicarem o direito nacional, todas as autoridades, inclusive, as jurisdicionais, devem interpretá-lo à luz do texto e dos objectivos da Directiva relativa ao caso, ainda que não tenha terminado o prazo para a sua transposição à data em que são chamadas a intervir ou ela tenha sido transposta deficientemente, salvo se a interpretação conduzir a um resultado contrário aos princípios gerais de direito que fazem parte do direito comunitário, designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Acórdão do processo de contrafacção de marcas do Tribunal Regional de Eisenstadt, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 3295/94 do Conselho, de 22.12.1994:
 - É também afirmada “a obrigação de interpretação conforme do direito nacional, à luz do texto e da finalidade do direito comunitário, para atingir o resultado” por este prosseguido, salvo nos casos em que é criada ou agravada a responsabilidade penal de quem viole as prescrições do regulamento



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Acórdão sobre o caso “Maria Pupino”:
- Assume relevo tanto para o Direito Processual Penal, como para o Direito Penal Substantivo, apesar de recair sobre um caso daquele;
- Defende a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais respeitarem o princípio da interpretação conforme, inclusive, quanto as Decisões-Quadro e, desta forma, de interpretarem o direito interno, “na medida do possível, à luz do teor e da finalidade” dessas Decisões, a fim de atingirem o resultado por elas visado, conformando-se, assim, com ele.



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Acórdão sobre o caso “Maria Pupino” (continuação):
- Ressalva, porém, a interpretação “contra legem” do direito nacional
- Reafirma a distinção que, sempre, se deve fazer entre a aplicabilidade das disposições do acto legislativo comunitário enquanto tais ao caso concreto (impossível nas Decisões-Quadro, por não terem efeito directo) e o uso do princípio da interpretação conforme.

PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

➤ Conclusões:

- a) Seja qual for o acto legislativo comunitário (Directiva, Decisão ou Regulamento) relativo ao caso, o juiz nacional está sempre obrigado a interpretar as disposições do direito interno (sejam elas de natureza penal ou não) em conformidade com esse acto de modo a “fazer todo o possível” para que, tendo em vista o alcance e a finalidade do mesmo acto, aquela norma reflita o resultado por ele pretendido, atendo-se, desta forma, a ele, ainda que não tenha sido transposto ou a transposição tenha sido efectuada de forma deficiente;

PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

- b) A interpretação deve ser sempre realizada com observância dos princípios gerais de direito e, em especial, dos da segurança jurídica e do da não retroactividade quando estejam em causa (sobretudo) normas de direito substantivo e direito processual penal e, seja qual for o caso, nunca pode servir de justificação a uma interpretação contrária ao direito interno, afirmando-se, assim, em ambos os casos (penal substantivo e processual penal) a prevalência deste e realçando-se a obrigação do órgão jurisdicional nacional, sobretudo, em casos de direito penal substantivo, abandonar a interpretação que conduza a um agravamento da responsabilidade penal.

PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

- c) Desenvolvendo esta segunda conclusão, podemos ainda acrescentar que, se em vez de a uma agravação da responsabilidade criminal, a interpretação conforme conduzir a uma atenuação da mesma responsabilidade, então já nada obstará a que do direito comunitário se faça o devido uso interpretativo

CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

"Cinquenta e quatro pessoas morreram sufocadas num camião que as transportava clandestinamente. Eram mais de 100, num contentor de 6 m por 2 m. Muitos dos sobreviventes encontram-se em estado grave em virtude da desidratação e da falta de oxigénio..."

(Notícia da BBC – "apud" Informação de Abril de 2009 da UNODC)



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

- ✓ É discutida na doutrina e na jurisprudência a questão do bem jurídico protegido pelo crime de auxílio à imigração ilegal e a natureza deste mesmo bem, podendo distinguir-se quatro posições:
 - ✓ a do interesse público de controlo dos fluxos migratórios,
 - ✓ a do delito pluriofensivo,
 - ✓ a da protecção dos direitos fundamentais dos estrangeiros e
 - ✓ a da protecção da dignidade humana do imigrante.



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

a) Teoria do interesse público de controlo dos fluxos migratórios:

- ✓ O interesse protegido é o da soberania e segurança do Estado, em virtude de, com a violação das regras que regulam o acesso e a permanência de cidadãos estrangeiros (abrangidos pelo RJEPSAE) em território português, ser desrespeitado o poder (soberano) do Estado de decidir quem entra ou permanece no seu território e essa violação poder acarretar consequências graves ao nível da segurança interior.
 - ✓ PAULO SOUSA MENDES, "Tráfico de pessoas", em Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), p. 175 e
 - ✓ Acs. da RP, de 13/07/2005 (proc. 0540595) e da RC. de 11/10/2003 (CJ, XXXVIII, IV, 46



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

b) Teoria do delito pluriofensivo:

Para além do controlo dos fluxos migratórios, considerado não em si (como exigindo o respeito pelas regras administrativas que regulam a entrada, trânsito e permanência de estrangeiros), mas enquanto a sua postergação pode afectar a ordem sócio-económica, violam-se também direitos básicos dos próprios imigrantes, os quais, do ponto da vista da protecção, devem considerar-se ao mesmo nível ou, pelo menos, num nível intermédio ou secundário, mas nunca de forma indirecta;

- Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proferido no proc. nº. 187/09.7YREVR.S1 e
- Artigo 385º bis, nº. 1, do Cód. Penal Espanhol, na sua actual redacção Para outros, pelo contrário, devem considerar-se num plano superior, embora como pertencendo a um grupo, a uma entidade abstracta.



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

b) Teoria do delito pluriofensivo (continuação):

✓ O interesse no controlo dos fluxos imigratórios apenas deve ser visto do ponto de vista do perigo que resulta para ele do aproveitamento dos movimentos migratórios por grupos mafiosos de criminalidade organizada, considerando que, para além desse interesse, se pretende também defender o interesse na protecção colectiva e, ao mesmo tempo, individual da liberdade, segurança e dignidade dos cidadãos estrangeiros

- GABRIEL CATARINO, "Aspectos jurídico-penais e processuais do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros", em "Julgar on line e
- ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", "Cuadernos de Derecho Judicial", nº. 2, 2001



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

c) Teoria da protecção dos direitos fundamentais :

- ✓ O interesse protegido é o direito do imigrante à sua plena integração social ou todos os direitos dele que podem ser postos em causa com o auxílio à imigração ilegal

d) Teoria da protecção da dignidade humana .

- ✓ O que está em causa é a própria dignidade humana do imigrante, concretamente, nos casos em que, durante o processo migratório e seja qual for a fase desta, ele é tratado como um objecto, uma



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

➡ Posição que se defende:

- ✓ Delito pluriofensivo, através do qual se pretende proteger, fundamentalmente, a dignidade e os direitos fundamentais do imigrante e, subsidiariamente, o interesse da protecção da ordem socio-económica subjacente ao controlo dos fluxos migratórios



NATUREZA

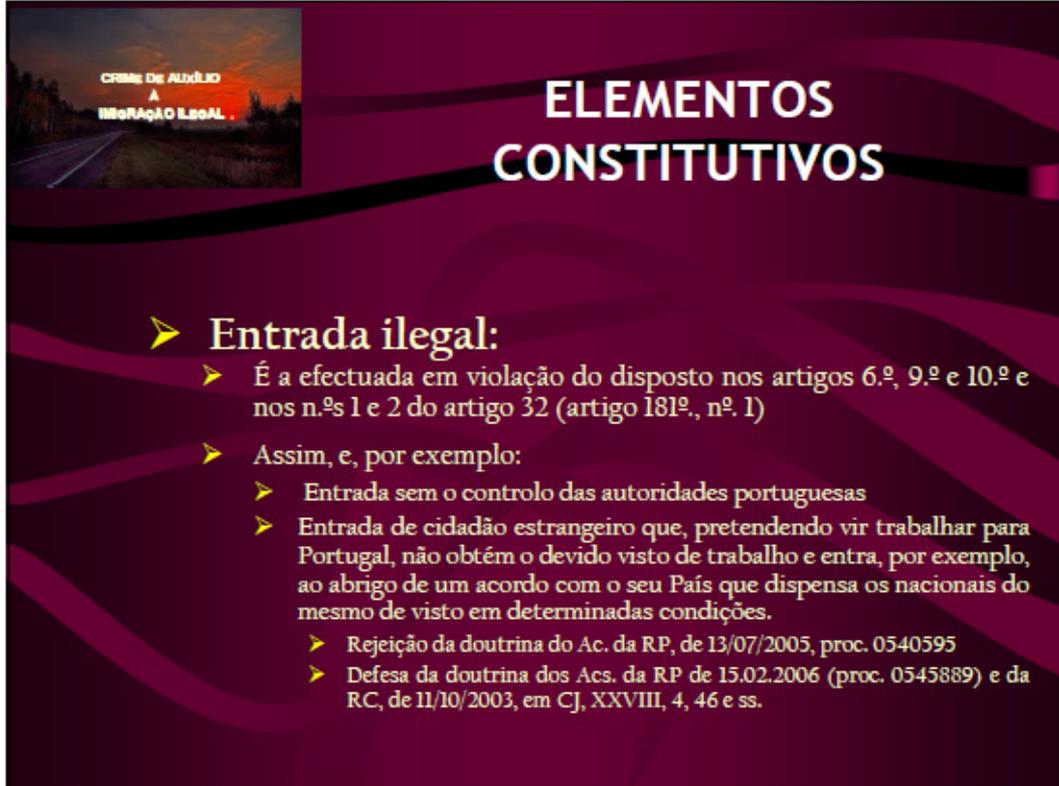
- Salvo nos casos do nº. 3, o crime é de perigo abstracto
- Nesses casos já se exige algo mais, concretamente:
 - um resultado (a provocação da ofensa grave à integridade física ou a morte),
 - uma aptidão ou perigosidade (o transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes) ou
 - a concreta ou real verificação do perigo (a colocação em perigo da vida),

variando, por isso, a natureza do crime consoante a situação: crime de resultado, de aptidão ou perigo concreto



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

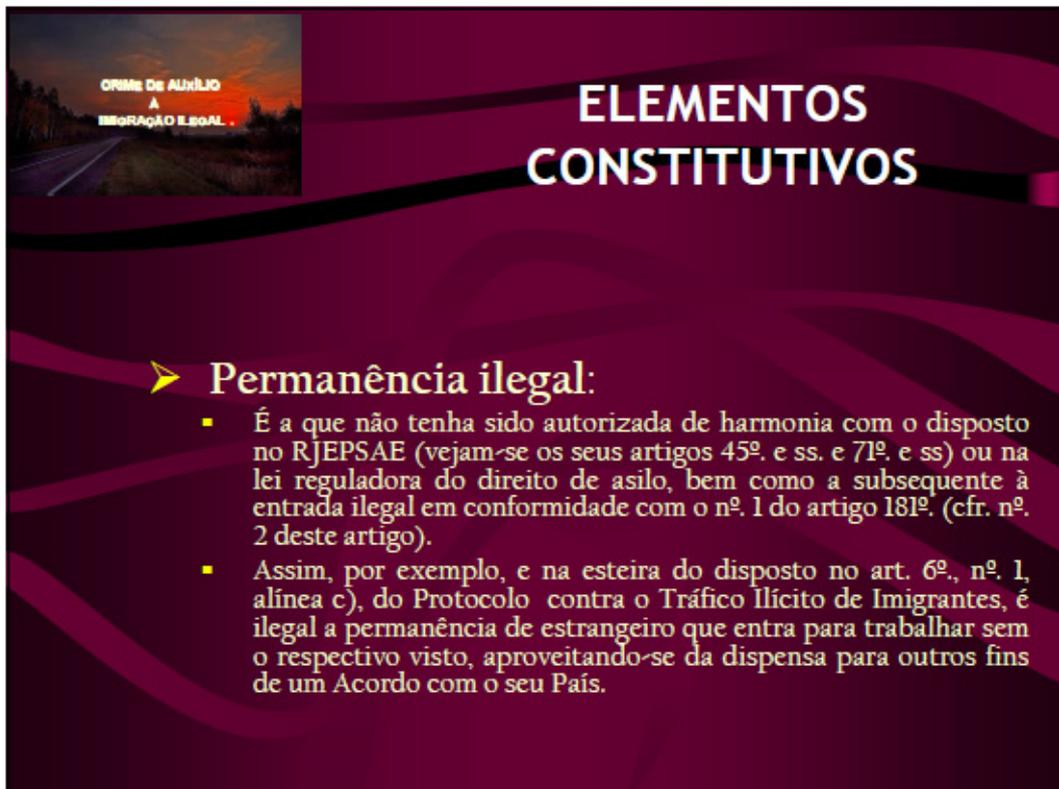
- Como se verifica dos nºs. 1 e 2 do artigo 183º do RJEPSAE, comete o crime aquele que favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, ainda que sem intenção lucrativa e, havendo esta intenção, também no caso de o favorecimento ou a facilitação visarem a permanência do mesmo cidadão.
- Havendo transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou sendo colocada em perigo a sua vida ou causadas ao mesmo a ofensa grave à integridade física ou a morte, a pena é agravada nos termos do nº. 3 do mesmo artigo



CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Entrada ilegal:**
 - É a efectuada em violação do disposto nos artigos 6.º, 9.º e 10.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32 (artigo 181.º, n.º 1)
 - Assim, e, por exemplo:
 - Entrada sem o controlo das autoridades portuguesas
 - Entrada de cidadão estrangeiro que, pretendendo vir trabalhar para Portugal, não obtém o devido visto de trabalho e entra, por exemplo, ao abrigo de um acordo com o seu País que dispensa os nacionais do mesmo de visto em determinadas condições.
 - Rejeição da doutrina do Ac. da RP, de 13/07/2005, proc. 0540595
 - Defesa da doutrina dos Acs. da RP de 15.02.2006 (proc. 0545889) e da RC, de 11/10/2003, em CJ, XXVIII, 4, 46 e ss.



CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Permanência ilegal:**
 - É a que não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE (vejam-se os seus artigos 45.º e ss. e 71.º e ss) ou na lei reguladora do direito de asilo, bem como a subsequente à entrada ilegal em conformidade com o n.º 1 do artigo 181.º. (cfr. n.º 2 deste artigo).
 - Assim, por exemplo, e na esteira do disposto no art. 6.º, n.º 1, alínea c), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Imigrantes, é ilegal a permanência de estrangeiro que entra para trabalhar sem o respectivo visto, aproveitando-se da dispensa para outros fins de um Acordo com o seu País.



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- O “animus lucrandi”
 - Age com este “animus” aquele que procede com o objectivo de obter uma vantagem, uma contraprestação, um benefício ou ganho na realização de qualquer das actividades previstas pelo tipo, seja ele financeiro ou económico (como sucede, por exemplo, quando o agente transporta gratuitamente um dos cidadãos estrangeiros que o ajuda a manter a ordem no seio dos demais), seja outro de natureza material (ver art. 3º, al. a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea)



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- O fundamento da sua exigência, alicerçado nos instrumentos internacionais a que fizemos referência, está, não tanto (ou tão só) na maior reprovabilidade da conduta de quem, com o crime, pretende obter um interesse financeiro ou económico, mas, e como também já se disse, na defesa do pessoa do estrangeiro, com tudo o que esta defesa envolve ao nível dos seus direitos fundamentais e da sua própria dignidade como ser humano
 - Rejeição da doutrina do Ac. da RC, de 11-10-2006, proc. nº. 8/00.6ZRCBR.C1



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, permanência ou o trânsito ilegais**
 - Favorecer é possibilitar, servir, dar ajuda, apoio ou protecção à entrada, permanência ou trânsito do cidadão estrangeiro (v.g., fornecer trabalho, actuar como intermediário).
 - Facilitar é remover obstáculos ou facultar meios para que sejam possíveis os actos de entrada, permanência ou trânsito ilegais, intervir para que estes tenham lugar ou sejam conseguidos, inclusive, através da cooperação na realização ou execução deles (v.g., transportar o cidadão estrangeiro, pagar-lhe as viagens, etc.)



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Favorecer ou facilitar directamente:**
 - O agente realiza qualquer das acções juridicamente relevantes.
- **Favorecer ou facilitar indirectamente:**
 - Há uma participação em cadeia, isto é, leva-se a cabo um acto no processo de imigração ilegal a que, por sua vez, também se segue uma participação no facto típico: pede-se a intervenção de outro para que ajude ou incite outrem a ajudar numa determinada fase ou em determinadas fases do processo de imigração ilegal, conhecendo-se os intervenientes.



CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

- *“Resolvemos proteger as nossas sociedades da delinquência organizada em todas as suas formas, através de medidas legislativas estritas e eficazes e de instrumentos operacionais, que sejam em tudo conformes com os direitos humanos e as liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos”*

(Declaração de Nápoles de 1994)



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

- Para além do interesse social comum a todos os crimes de associação criminosa de evitar o perigo para a paz pública que advém do crime organizado, o de obviar àquele outro perigo que, igualmente em abstracto, mas, agora, para o grupo dos cidadãos estrangeiros, resulta da actuação de grupos criminosos tendo por objecto a imigração ilegal (ainda que como actividade secundária), nomeadamente, ao nível da sua liberdade, segurança e dignidade



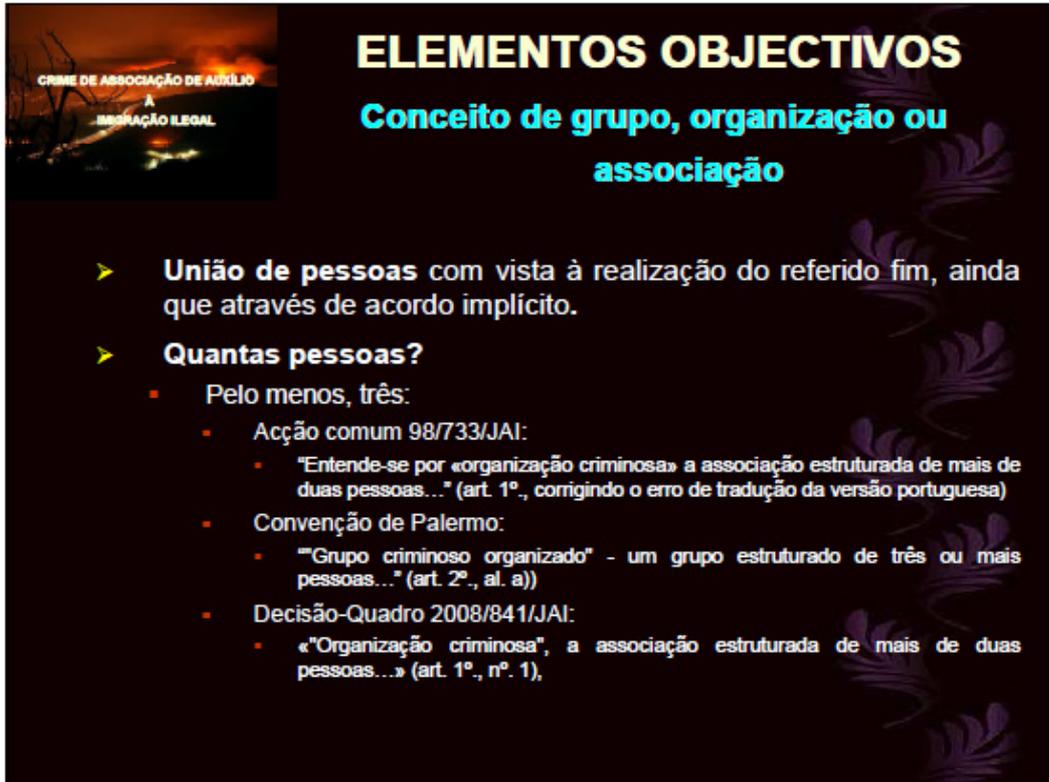
NATUREZA

- Crime de perigo abstracto



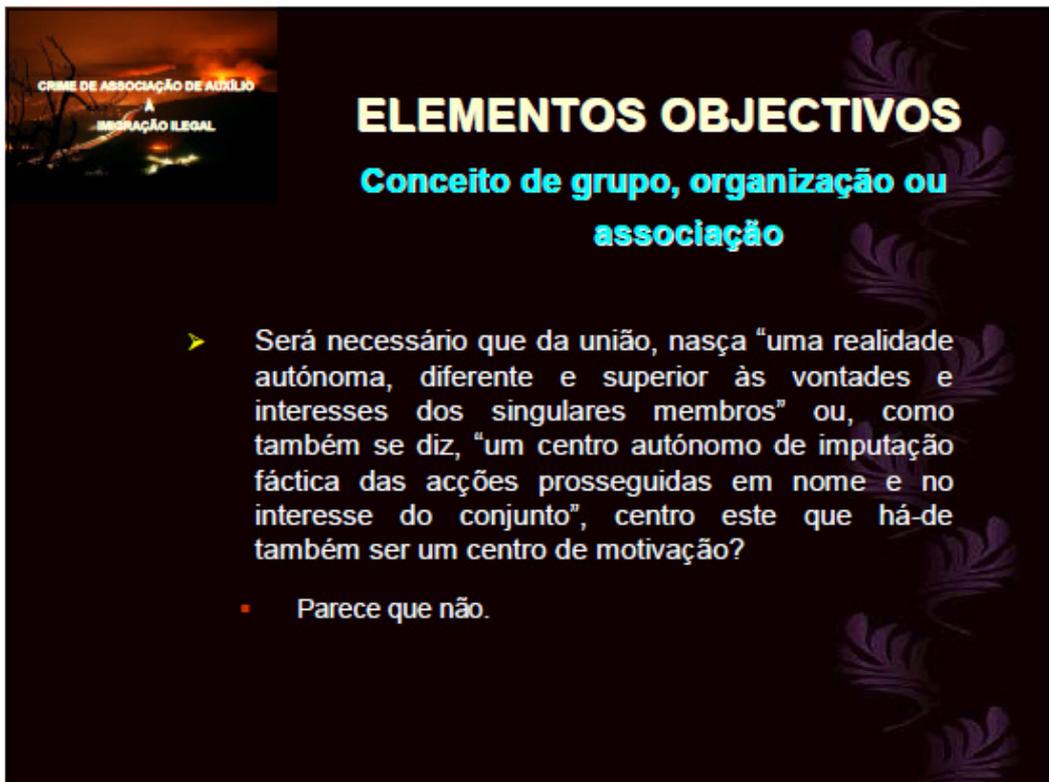
ELEMENTOS OBJECTIVOS

- São **elementos constitutivos objectivos** do crime de associação de auxílio à imigração ilegal:
 - a existência de um grupo, organização ou associação (elemento organizativo) e
 - o fim de favorecimento ou facilitação, por parte do mesmo grupo, organização ou associação, da entrada ou trânsito ilegais de cidadãos estrangeiros (nos termos que definimos), com ou sem intenção lucrativa ou, existindo esta intenção, da permanência ilegal dos mesmos cidadãos (elemento finalístico)



ELEMENTOS OBJECTIVOS
Conceito de grupo, organização ou associação

- **União de pessoas** com vista à realização do referido fim, ainda que através de acordo implícito.
- **Quantas pessoas?**
 - Pelo menos, três:
 - Acção comum 98/733/JAI:
 - “Entende-se por «organização criminosa» a associação estruturada de mais de duas pessoas...” (art. 1º, corrigindo o erro de tradução da versão portuguesa)
 - Convenção de Palermo:
 - “Grupo criminoso organizado” - um grupo estruturado de três ou mais pessoas...” (art. 2º, al. a))
 - Decisão-Quadro 2008/841/JAI:
 - «“Organização criminosa”, a associação estruturada de mais de duas pessoas...” (art. 1º, nº. 1),



ELEMENTOS OBJECTIVOS
Conceito de grupo, organização ou associação

- Será necessário que da união, nasça “uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros” ou, como também se diz, “um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto”, centro este que há-de também ser um centro de motivação?
 - Parece que não.



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos:**

1) **Art. 2º., alíneas a) e c), da Convenção de Palermo:**

- "Grupo criminoso organizado" - um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material;
- "Grupo estruturado" - um grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida.



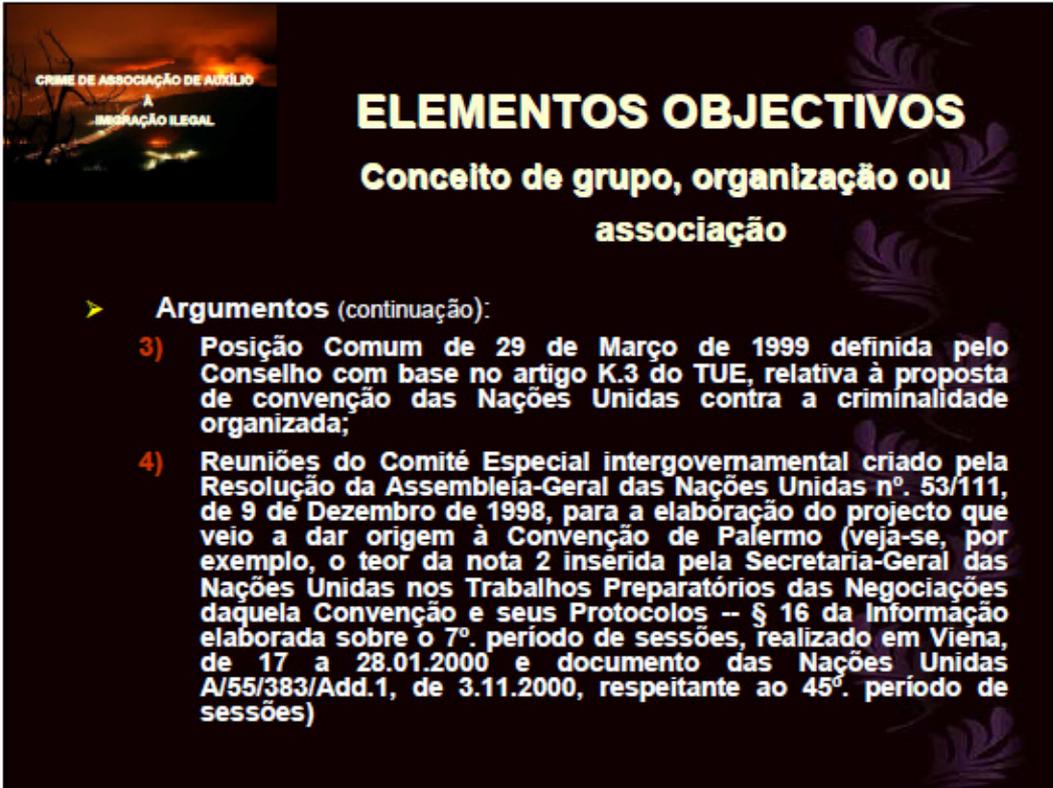
ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos (continuação):**

2) **Art. 1º. da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho:**

- "Organização criminosa", a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material
- "Associação estruturada", uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada



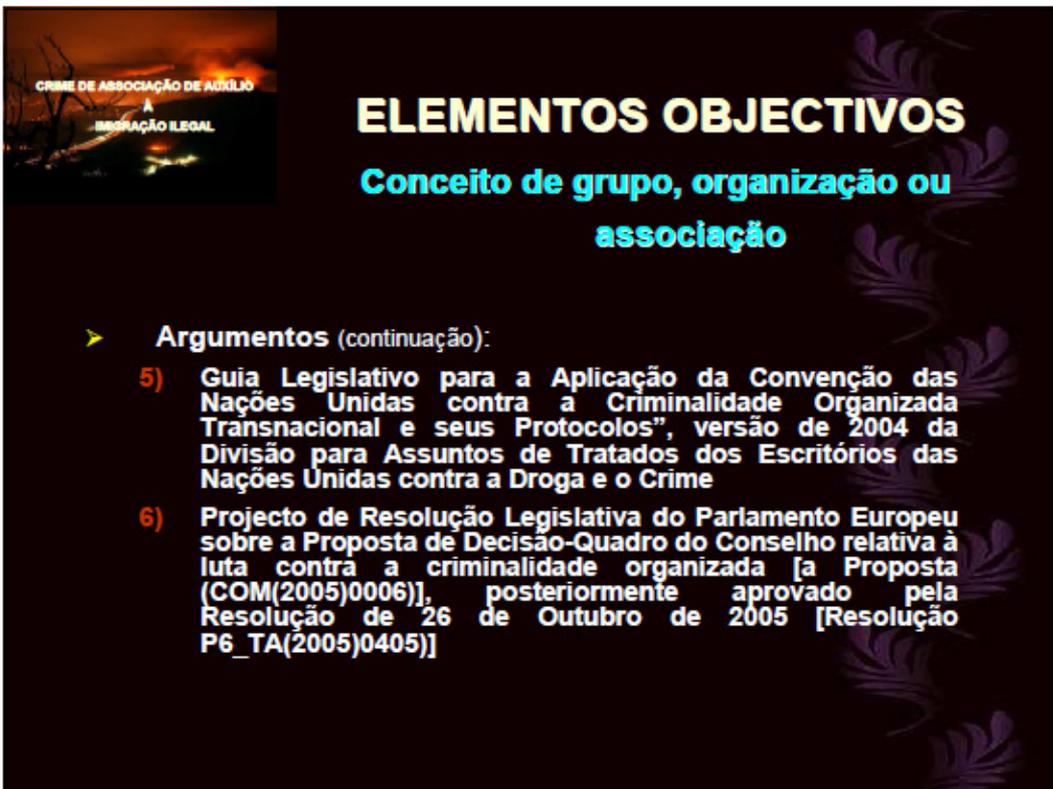
**CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO
À
IMIGRAÇÃO ILEGAL**

ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos** (continuação):

- 3) Posição Comum de 29 de Março de 1999 definida pelo Conselho com base no artigo K.3 do TUE, relativa à proposta de convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada;
- 4) Reuniões do Comité Especial intergovernamental criado pela Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas n.º. 53/111, de 9 de Dezembro de 1998, para a elaboração do projecto que veio a dar origem à Convenção de Palermo (veja-se, por exemplo, o teor da nota 2 inserida pela Secretaria-Geral das Nações Unidas nos Trabalhos Preparatórios das Negociações daquela Convenção e seus Protocolos – § 16 da Informação elaborada sobre o 7.º período de sessões, realizado em Viena, de 17 a 28.01.2000 e documento das Nações Unidas A/55/383/Add.1, de 3.11.2000, respeitante ao 45.º período de sessões)



**CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO
À
IMIGRAÇÃO ILEGAL**

ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos** (continuação):

- 5) Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e seus Protocolos”, versão de 2004 da Divisão para Assuntos de Tratados dos Escritórios das Nações Unidas contra a Droga e o Crime
- 6) Projecto de Resolução Legislativa do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada [a Proposta (COM(2005)0006)], posteriormente aprovado pela Resolução de 26 de Outubro de 2005 [Resolução P6_TA(2005)0405]



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Finalidade do grupo, organização ou associação

- **Prática de crimes de auxílio à imigração ilegal.**
 - Não de um só, de uma actividade que se esgote numa conduta de auxílio ilegal determinada, mas de uma pluralidade de “auxílios” a efectuar, pois, de outra forma, estar-se-á perante uma situação de comparticipação
 - Mas já não é necessário que o grupo tenha em vista mais de uma modalidade do crime. Pode ser, por exemplo, só para a entrada ou a permanência.



ELEMENTO SUBJECTIVO

- Basta o dolo genérico em qualquer das suas modalidades (art. 14º. do CP)



SUJEITOS PASSIVOS

- Sujeitos passivos são o **Estado Português** e a própria **União Europeia** enquanto interessada no desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, a partir da competência partilhada com Portugal e das políticas comuns por ela criadas em termos, nomeadamente, do combate à imigração ilegal: cfr. arts. 3º, nº. 2, da versão consolidada do TUE e 4º, nº. 2, al. j), 67º. e ss. e 77º. e ss. (dentre estes, art. 79º., sobretudo) da versão consolidada do TFUE



Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef. 218845600 - Fax. 218845615 Email. cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

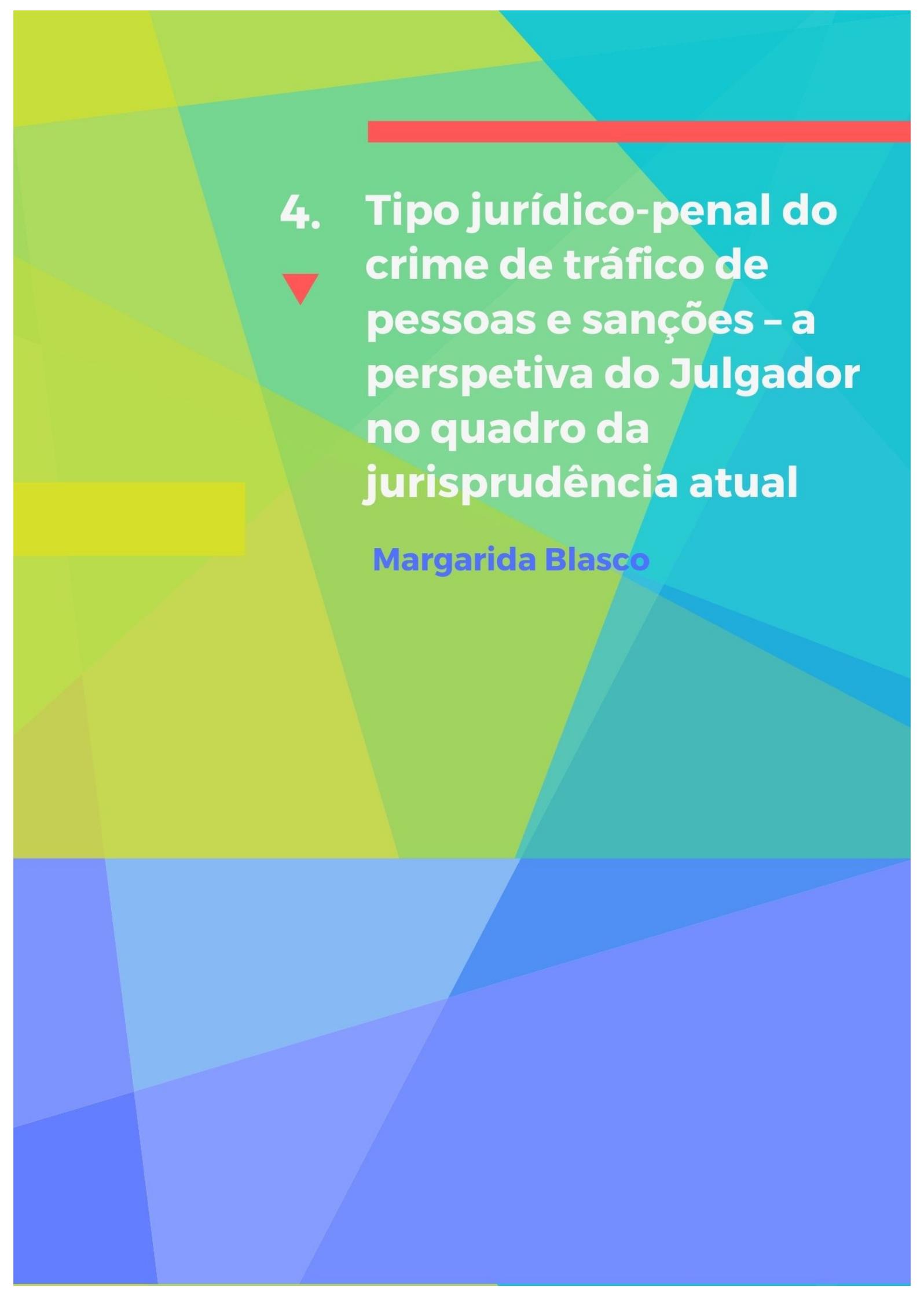
**Formação Continua
2011/2012**

**Criminalidade associada à
imigração ilegal**

Dr. Albano Pinto
Auditório CEJ - 02.02.2012, 07.02.2012 09:41

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

<https://educast.fccn.pt/vod/clips/17drb79n9l/ipod.m4v?locale=pt>



4. Tipo jurídico-penal do crime de tráfico de pessoas e sanções – a perspetiva do Julgador no quadro da jurisprudência atual

Margarida Blasco

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. TIPO JURÍDICO-PENAL DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS E SANÇÕES – A PERSPETIVA DO JULGADOR NO QUADRO DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Margarida Blasco*

Vídeo da apresentação



https://educast.fccn.pt/vod/clips/18ksq4hhcn/link_box

* Juíza Desembargadora, Tribunal da Relação de Lisboa.

Este vídeo já se encontrava publicado no e-book: [“Imigração ilegal e tráfico de seres humanos: investigação, prova, enquadramento jurídico e sanções”](#).

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão – o artigo 160.º do Código Penal na redação dada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto

Pedro Vaz Patto

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. A DELIMITAÇÃO ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO DE PESSOAS, LENOCÍNIO AGRAVADO E ESCRAVIDÃO – O ARTIGO 160.º DO CÓDIGO PENAL NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 60/2013, DE 23 DE AGOSTO¹

Pedro Vaz Patto*

Vídeo da apresentação

Proponho-me dar um pequeno contributo de reflexão para a delimitação entre os tipos de crime de tráfico de pessoas, lenocínio agravado (é em relação a este crime agravado, e não ao crime de lenocínio simples que se colocam as dificuldades, como veremos) e escravidão, à luz do regime decorrente do artigo 160.º do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto.

Será útil começar por uma breve panorâmica das alterações da definição do tipo de crime de tráfico de pessoas.

A revisão do Código Penal de 2007 trouxe consigo uma assinalável inovação no que a este tipo de crime diz respeito. Na sua versão anterior a tal revisão, o Código tipificava, no seu artigo 169.º, como crime de tráfico de pessoas tão só aquele que se destina à exploração da prostituição e de actos sexuais de relevo e, por isso, incluía tal crime no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Depois dessa revisão, o tipo de crime de tráfico de pessoas (definido no n.º 1 do artigo 160.º) passou a abranger não só o tráfico destinado à exploração sexual, mas também à exploração laboral e à extração de órgãos e, por isso, passou a estar integrado no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade pessoal. Passou a ser também punida a conduta de quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adoção (n.º 4 do artigo 160.º). Estas alterações vieram de encontro a normas de direito internacional e de direito europeu que, já desde há alguns anos, contêm esta definição ampla de tráfico de pessoas. Assim, o Protocolo à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (o Protocolo de Palermo), de 2000, estatui, no seu artigo 3.º, a), que a exploração a que se destina o tráfico de pessoas em causa deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão e a extração de órgãos. Segue esta definição de tráfico de pessoas, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção sobre Combate ao Tráfico de Seres Humanos (a Convenção de Varsóvia), de 2005, no seu artigo 4.º. E também no âmbito da União Europeia, a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de 2002 (então vigente), relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, no seu artigo 1.º.

¹ Este texto já se encontrava publicado no e-book: [Estrangeiros e Direito Penal – Notas](#).

* Juiz Desembargador.

Entretanto, também no âmbito da União Europeia, entrou em vigor a Diretiva 2011/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, a qual adotou um conceito de tráfico de pessoas ainda mais abrangente.

Esta Diretiva veio a ser transposta para a ordem jurídica nacional precisamente através da Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto.

De acordo com a redação do artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal, decorrente desta Lei, o crime de tráfico de pessoas passa a abranger qualquer forma de “exploração” (veremos, adiante em que poderá traduzir-se este conceito) de uma pessoa, nela se incluindo, além da exploração sexual e laboral e a extração de órgãos (situações já previstas na versão anterior), também a mendicidade, a escravidão e a exploração de outras atividades criminosas. Esta enumeração deixa, assim, de ser taxativa e passa a ser exemplificativa.

No que se refere ao tráfico de menores (n.º 2 do mesmo artigo 160.º), passou a incluir-se na definição do tipo de crime, para além da exploração em vista das finalidades referidas, a exploração em vista da adoção (sendo eliminada a referência à adoção mediante pagamento ou outra contrapartida constante do anterior n.º 4, acima citado).

A enumeração das condutas típicas abrangidas pela definição também é ligeiramente diferente e mais abrangente. A versão anterior do n.º 1 fazia referência às condutas de quem «oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa...». A versão atual faz referência às condutas de quem «oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa...». A versão anterior do n.º 2, relativa ao tráfico de menores, fazia referência à conduta de quem «aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar». A versão atual deste número 2, também relativa ao tráfico de menores, faz referência à conduta de quem «recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar». Acrescenta-se, pois, num e noutro caso, a referência à conduta de quem «recrutar».

Por outro lado, a nova redação veio introduzir (no novo n.º 4), como circunstâncias agravantes de um terço dos limites mínimo e máximo da pena:

- a) O facto de a conduta ter colocado em perigo a vida da vítima;
- b) O facto de a conduta ter sido cometida com especial violência ou ter causado à vítima danos particularmente graves;
- c) O facto de a conduta ter sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções;
- d) O facto de a conduta ter sido cometida no quadro de uma associação criminosa;
- e) Ou o facto de a conduta ter como resultado o suicídio da vítima.

O conceito de “exploração” de uma pessoa, que já assumia relevância na versão anterior e assume mais acentuada centralidade na nova versão, ajuda-nos a compreender a natureza do bem jurídico tutelado com a punição deste tipo de crime.

É claro que está em causa, no tipo de crime de tráfico de pessoas, desde logo pela sua inserção sistemática, o bem jurídico da liberdade pessoal. Mas não se trata de uma qualquer violação da liberdade pessoal. Podemos dizer que é uma “qualificada” violação dessa liberdade pessoal que está em causa. E “qualificada” porque afeta de modo particular a dignidade da pessoa humana, reduzida a *objeto* ou *instrumento* (*meio* e não *fim* em si mesmo, à luz da tão famosa visão Kantiana). O próprio conceito de “tráfico” de pessoas evoca este sentido de “mercantilização” dessas pessoas, reduzidas a objeto, quando lhes é inerente (também segundo a visão Kantiana) uma *dignidade*, e nunca, como em relação às coisas, um *preço*. Também o conceito de “exploração”, comum, na definição legal, às várias formas de tráfico, tem este sentido de *reificação* da pessoa, da sua degradação a *meio* ou *instrumento* para fins de satisfação (sexual, económica, etc.) de outrem.

Está, ainda, em causa a dignidade da pessoa humana (e desta forma se encontra um elo de ligação entre esta e as restantes formas de tráfico de pessoas), para além da liberdade pessoal e da integridade física, no tráfico de pessoas para extração de órgãos. É que a pessoa não *tem* um corpo, *é* um corpo. E a exploração comercial do seu corpo, ou de partes do seu corpo, não pode deixar de atingir na sua dignidade de pessoa.

E também por isso, porque está em causa a exploração comercial do corpo, está em causa essa dignidade, de modo particular, na exploração da prostituição e é isso que justifica a sua consideração específica em relação a outras formas de trabalho (porque não pode equiparar-se a outras formas de trabalho, independentemente do tratamento jurídico que lhe seja dado em geral).

Está, pois, em causa, no tráfico de pessoas, para além da liberdade pessoal, a dignidade da pessoa humana. É isso que confere particular gravidade a este crime. E tal não pode, obviamente, ser ignorado na interpretação dos conceitos e na análise das questões que giram em torno da punição deste crime.

Nesta linha, Américo Taipa de Carvalho considera que este crime atinge de forma radical e direta a dignidade da pessoa humana, assim instrumentalizada e *reificada* (*in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo I, Coimbra Editora, 2.^a edição, maio de 2012, §3.º da anotação ao artigo 160.º, pg. 678). Por isso, pode considerar-se o tráfico de pessoas uma “quase escravidão” e a localização do artigo que prevê e pune este crime deveria ser imediatamente anterior à do artigo que prevê e pune o crime de escravidão (*op. cit.* §1 da anotação ao artigo 160.º, pg. 677).

Mas debrucemo-nos, então, sobre a delimitação entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio agravado.

De acordo com o artigo 160.º, n.º 1, do Código Penal, na redação atualmente vigente, o tráfico de pessoas é definido como:

- (a) A conduta de quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, por meio de violência, rapto ou ameaça grave);
- (b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;
- (c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;
- (d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima);
- (e) Ou mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima).

O n.º 2 do mesmo artigo dispensa a verificação de alguma destas circunstâncias em caso de menoridade da vítima.

O artigo 169.º define o lenocínio como a conduta de «quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição». O crime de lenocínio é agravado, nos termos do n.º 2 deste mesmo artigo:

- a) Se for cometido por meio de violência ou ameaça grave;
- b) Através de ardil ou ameaça fraudulenta;
- c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho;
- d) Ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima.

Verifica-se, assim, uma nítida similitude entre o elenco das formas alternativas de execução do crime de tráfico de pessoas constante do n.º 1 do artigo 160.º e o elenco das formas alternativas de execução do crime de lenocínio agravado constante do n.º 2 do artigo 169.º (violência, ameaça grave, ardil, fraude, abuso de autoridade, aproveitamento de incapacidade psíquica e situação de especial vulnerabilidade da vítima).

O artigo 175.º, n.º 1, define o lenocínio de menores, não exigindo que o agente atue profissionalmente ou com intenção lucrativa. Este crime é agravado, nos termos do n.º 2 deste mesmo artigo, se se verificarem as mesmas circunstâncias descritas no n.º 2 do artigo 169.º ou se o agente atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa.

Poderemos, desde já, apontar dois critérios de distinção entre os crimes de tráfico de pessoas para exploração sexual, por um lado, e de lenocínio agravado, por outro lado.

A exploração sexual não se restringe à prostituição, pode incluir o aproveitamento do corpo de outrem para fins de pornografia, por exemplo. Mas na maior parte das situações tal exploração será relativa à prática da prostituição.

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 160.º não exige (ao contrário do que se verifica com o lenocínio em que a vítima não é menor) que o agente atue profissionalmente ou com intenção lucrativa. Mas na maior parte dos casos é isso que se verifica.

Estes dois critérios não delimitam, pois, os casos mais frequentes de tráfico de pessoas para exploração sexual, por um lado, e de lenocínio agravado, por outro lado.

Nestes casos mais frequentes, e atendendo a que, como vimos, são perfeitamente equiparáveis as situações descritas nas várias alíneas do citado n.º 1 do artigo 160.º como formas de execução (vinculada) do crime de tráfico de pessoas e as situações descritas nas várias alíneas do n.º 2, do artigo 169.º como formas de execução (vinculada) do crime de lenocínio agravado, como delimitar estes dois tipos de crime?

Ou, por outro lado, e dada a similitude entre a previsão dos n.ºs 2 e 3, do artigo 160.º, por um lado, e a previsão dos n.ºs 1 e 2, do artigo 175.º, por outro lado, como delimitar o crime de tráfico de menores para exploração sexual do lenocínio de menores?

Podemos considerar, simplesmente, o crime de tráfico de pessoas como crime-meio em relação ao crime-fim que representa o crime de lenocínio agravado (ou o crime de tráfico de menores como crime-meio em relação ao crime-fim de lenocínio de menores). O ato de «oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher» a vítima para fins de exploração da prostituição será um instrumento para o ulterior exercício efetivo dessa exploração. O crime de tráfico de pessoas poderá ser qualificado como *crime de ato cortado* (assim, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª edição, 2010, anotação 4 ao artigo 160.º, pg. 493), uma vez que supõe a intenção de realização de um resultado (neste caso, a prática efetiva da exploração sexual através da prostituição) que não faz parte do tipo objetivo, mas que é provocado por uma ação ulterior a praticar pelo agente ou por terceiro.

Estará, assim resolvida a nossa questão?

Não me parece que a solução seja tão simples.

Um primeiro problema que pode suscitar-se tem a ver com a anomalia de um crime-meio punido em termos substancialmente mais severos do que o crime-fim.

Estaríamos, então, segundo Paulo Pinto de Albuquerque, perante uma situação de concurso aparente na modalidade de *consunção impura*. Uma conduta de um mesmo agente que preencha simultaneamente as previsões dos tipos de crime de tráfico de pessoas para exploração da prostituição e de lenocínio agravado será punida apenas nos termos do artigo 160.º, n.º 1 (ver *op. cit.*, anotações 4, 20 e 21 ao artigo 160.º, pgs. 493 e 495).

Parece-me razoável que assim seja. Não me parece adequado considerar, como faz Américo Taipa de Carvalho (*in op. cit.* pg. §22 da anotação ao artigo 160.º, pg. 688), que estamos perante uma situação de concurso efetivo. Um e outro dos crimes já são punidos de forma suficientemente severa. Não parece que o legislador tenha querido que a uma dessas punições acrescesse a outra. Não me parece que a punição por algum desses crimes deixe de fora algum conteúdo de ilicitude ou culpa contido na conduta vista na sua globalidade. O mesmo não se verifica no exemplo, invocado por este autor em defesa da sua tese, do rapto para fins de violação seguido da prática efetiva deste crime, em que estão em causa até bens jurídicos não inteiramente coincidentes (o que justifica o concurso efetivo entre os dois crimes).

Mas permanece a anomalia de um crime-meio punido de uma forma mais severa do que o crime-fim, a anomalia de uma *consunção impura*. Essa maior severidade até foi acentuada pela recente revisão do Código Penal, que veio introduzir, no novo n.º 4, circunstâncias agravantes que não estão previstas no caso do lenocínio agravado como crime-fim.

O que haverá de tão acentuadamente mais grave no crime-meio em relação ao crime-fim? Há que, antes de mais, refletir a respeito das razões da opção do legislador por uma punição do crime de tráfico de pessoas em termos mais severos do que o crime de lenocínio agravado. Há que atender, por outro lado, ao seguinte.

A definição do tipo de crime de tráfico de pessoas é hoje muito ampla; já há muito que deixou de se confinar (como ainda sucederá na perceção de muitas pessoas leigas) a situações de deslocação internacional das vítimas. Abrange todas as condutas acima descritas: «oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa ...». Ora, perante uma definição tão ampla, será difícil configurar situações de lenocínio em que o agente não pratique alguma destas condutas em relação à vítima prostituída. Poderemos ser, então conduzidos a uma situação em que a punição pelo crime de tráfico de pessoas na prática absorva quase totalmente a punição pelo crime de lenocínio agravado. Também esta parece ser uma solução algo anómala, que dificilmente atribuiremos a um legislador que se presume razoável (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil).

Vejamos, então.

Como comecei por salientar, o crime de tráfico de pessoas representa uma instrumentalização e *coisificação* da vítima que o aproxima da escravidão. É este facto que justifica a particular severidade da sua punição.

Pode entender-se que a fronteira que permite delimitar o tipo de crime de tráfico de pessoas do lenocínio e do lenocínio agravado passará pelo grau de instrumentalização da vítima. Ainda

que se considere que tal instrumentalização se verifica sempre na prostituição (e por isso se justifica a punição do lenocínio simples, com pena de prisão de seis meses a cinco anos), tal instrumentalização será mais acentuada no lenocínio agravado (punível com pena de prisão de um a oito anos) e mais ainda no tráfico de pessoas para exploração sexual (punível com pena de prisão de três a dez anos). Neste sentido, a «exploração sexual» a que se destina o tráfico de pessoas e a que se refere o artigo 160.º, n.º 1, representa um “mais” em relação ao «fomento, favorecimento ou facilitação do exercício por outra pessoa de prostituição» a que se refere o artigo 169.º, n.º 1, ao definir o crime de lenocínio (definição para que também remete o n.º 2 do mesmo artigo ao definir o crime de lenocínio agravado). O tráfico de pessoas aproxima-se daquele ápice de instrumentalização da pessoa que representa a escravatura.

A distinção entre estas três figuras (**tráfico de pessoas para exploração da prostituição, lenocínio agravado e lenocínio simples**) será, em muitos casos, difícil. Mas a coexistência das três também permite evitar que tais dúvidas, ou dificuldades de prova, se traduzam numa injustificada impunidade. É o que revela a experiência de vários países: as dificuldades ou dúvidas de prova dos pressupostos do tipo de tráfico de pessoas para exploração sexual não conduzem à impunidade de condutas indubitavelmente atentatórias da dignidade humana e sempre enquadráveis no tipo de crime de lenocínio, simples ou qualificado.

A este respeito, têm sido indicados por vários organismos alguns indícios que poderão ajudar a distinguir a situação de tráfico para exploração da prostituição de outras situações de exercício da prostituição.

Assim, por exemplo, as autoridades policiais de Essen, na Alemanha, indicam os sinais seguintes²: fecho mecânico de entradas e saídas dos locais de exercício da prostituição (ou vigilância desses locais com guardas), controlo eletrónico de movimentos ou outras formas de limitação da liberdade de movimentos, janelas com barras, privação de passaportes ou documentos de identificação, desconhecimento de qualquer língua para além da língua nativa, desconhecimento da forma de entrada no país de destino, preços de serviços abaixo dos do mercado, impossibilidade de gerir autonomamente os rendimentos da atividade, situações de ansiedade ou abandono, obrigação de obter determinado rendimento diário, obrigação de pagamento de dívidas de montante elevado.

A polícia holandesa também indica vários sinais, fazendo corresponder a cada um deles uma determinada pontuação, conforme a sua maior ou menor relevância indiciária³: privação de documentos de identificação (10 pontos), ilegalidade da permanência no país de destino (10 pontos), documentos falsificados (10 pontos), impossibilidade de gestão autónoma dos rendimentos (10 pontos), rendimentos destinados ao pagamento de dívidas (10 pontos), privação da liberdade de movimentos (10 pontos), obrigação de obtenção de um rendimento diário mínimo (10 pontos), obrigação de aceitação de determinado tipo de práticas sexuais (10 pontos), isolamento social (10 pontos), ameaças de violência física ou sinais de violência física (10 pontos), chantagens ou ameaças sobre a família (10 pontos), medo (10 pontos), atitude

² *Apud Anti-Trafficking Modules for Judges and Prosecutors*, Internacional Center for Migration Policy Development, Viena, 2005, pgs. 107 e 108.

³ *Apud, Anti-Trafficking, cit...*, pgs 108 e 109.

servil (10 pontos), documentos obtidos por terceiros (8 pontos), subtração de uma parcela substancial dos rendimentos da atividade (6 pontos), atividade sem horário ou com um número de horas desproporcionado (6 pontos), ausência de alojamento próprio (6 pontos), dificuldade em localizar o local de exercício da atividade (4 pontos), nacionalidade de um país normalmente identificado como país de origem das redes de tráfico (4 pontos).

De acordo com a experiência italiana, são sinais indicadores de uma situação de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual⁴:

- Violência sexual ou de outro tipo;
- Retenção dos passaportes pelo proxeneta;
- Controlo contínuo, normalmente através de telemóvel;
- Obrigação de informação a respeito de todos os rendimentos da atividade, com sanções em caso de ocultação;
- Atribuição ao proxeneta de uma percentagem superior a metade dos ganhos, mesmo assim com obrigação de pagamento do sustento por parte da mulher;
- Decisão sobre horários e outras condições de trabalho sem qualquer participação da mulher;
- Obrigação de aceitação de qualquer cliente e de relações sexuais não protegidas;
- Decisão do preço dos serviços apenas pelo proxeneta;
- Obrigação de prática de um número mínimo de relações sexuais, independentemente das condições de saúde;
- Proibição de regressar ao país de destino;
- Regressos temporários a esse país decididos pelo proxeneta e sujeitos ao seu controlo estrito;
- Ameaças aos familiares no país de origem;
- Isolamento social e desconhecimento da língua do país de destino;
- Extrema pobreza;

⁴ *Apud, Anti-Trafficking, cit..., pg. 109.*

- Obrigação de pagamento das despesas de viagem, sendo estas, com frequência, inflacionadas ou não fixadas com precisão;
- Manipulação de ritos religiosos e superstições para reforço do poder do proxeneta (no caso particular de mulheres nigerianas);
- Medo de que a condição de prostituta seja revelada no país de origem.

Como sinais indicadores comuns ao tráfico para exploração laboral e para exploração sexual, o Manual do *International Center for Migration Policy Development* que vimos citando⁵ indica os seguintes:

- Retenção de documentos pelo “traficante”;
- Proibição ou restrição de contactos com outras pessoas para além do “traficante” e, mesmo, com outras pessoas também a este sujeitas;
- Ameaças para não abandonar a atividade;
- Isolamento, desconhecimento da língua do país de destino e separação de amigos e parentes;
- Atividades ligadas a organização criminosas.

O critério de distinção há de depender, pois, de uma comparação quanto às condições de exercício da prostituição: no que se refere à retribuição do serviço, à percentagem dessa retribuição que cabe à mulher, aos horários, à autonomia quanto à forma de exercício da atividade, à autonomia pessoal em geral. Há situações em que a violação da liberdade e dignidade da pessoa vai para além do que será habitual no exercício da prostituição.

Não pode ignorar-se a especificidade da exploração sexual em relação à exploração laboral em geral. Não podemos dizer que estamos perante um trabalho como qualquer outro e que a ele se aplicam, sem mais, todas as considerações relativas à exploração laboral e nenhuma outra em especial. A exploração, ou mercantilização, do corpo humano (porque a pessoa não *tem* um corpo, *é* um corpo) atinge, de modo particular a dignidade da pessoa. A sexualidade humana reveste-se de uma dimensão eminentemente pessoal, o que não pode ser esquecido na avaliação da gravidade das condições do exercício da prostituição. A imposição de determinadas condutas (a obrigação de aceitação de qualquer tipo de prática sexual, de qualquer “cliente”, ou de um número mínimo de “clientes”) poderá ser inaceitável neste âmbito, por contrária à dignidade humana, quando seria aceitável no âmbito de uma qualquer relação laboral, ou pode revestir-se de uma gravidade substancialmente maior do que a imposição do mesmo tipo de condutas no âmbito de uma qualquer relação laboral. E só a consideração dessa dimensão da sexualidade permite compreender a diferença.

⁵ Ver pg. 110.

Do mesmo modo, não é o facto de a prática da prostituição poder trazer à vítima algum benefício económico que afasta, por si só, a existência de uma situação de particular ofensa à dignidade humana. Também neste aspeto, a atividade sexual tem particularidades em relação à atividade laboral (nesta até poderia considerar-se que o benefício económico compensaria algumas formas de violação de direitos do trabalhador e afastaria, assim, o crime de tráfico de pessoas).

Todas as exemplificações ou descrições empíricas de indícios na base da experiência (policial ou outra) são úteis. Mas, em regra, tal não significa que baste a verificação de algum desses exemplos ou indícios para caracterizar uma situação de tráfico, nem, também, que baste a ausência de algum desses exemplos ou indícios para afastar essa caracterização. Nem que baste a verificação de alguma liberdade da vítima, ou de alguma vantagem material ou de outro tipo para a vítima, para afastar essa caracterização. Importa colher uma visão global da situação, com um balanço de todas as eventuais vantagens ou desvantagens para a vítima e de todas as privações, ou não privações, de liberdade na perspetiva da vítima. Dessa visão e balanço globais é que dependerá a conclusão a tomar⁶.

⁶ Como exemplo de aplicação deste critério, poderá ter interesse ver o acórdão da Relação do Porto de 8 de julho de 2015, proc. nº 1480/07.9PCSNT.G1.P1, por mim relatado e acessível em www.dgsi.pt.

Neste caso, o acórdão recorrido considerou estarmos perante crimes de tráfico de pessoas basendo-se, precisamente, neste critério (que também expuz no breve estudo «O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto – análise de algumas questões», in *Revista do CEJ*, nº 8 (especial), 1º semestre de 2008, pgs. 179 e segs.). Baseando-se também nesse estudo e nesse critério, o Ministério Público junto do Tribunal de primeira instância alegou que a factualidade provada integrava, antes, a prática de crimes de lenocínio agravado, não de crimes de tráfico de pessoas. Alegou que as vítimas em questão não se encontravam numa situação próxima da escravatura e que não se verificavam, quanto a elas, várias das situações indicadas (a partir da experiência policial de vários países) como indícios de tráfico: as vítimas deram o seu consentimento, quando foram recrutadas sabiam o que as esperava, os horários de trabalho não eram desumanos, os castigos eram apenas pecuniários, a retribuição não era particularmente injusta (metade do preço dos serviços cabia à mulher), havia liberdade na escolha do ato sexual a praticar, a atividade era praticada em condições de higiene, não se verificava violência física ou psicológica.

Nesse acórdão, afirmei o seguinte:

«Afirmar que o tráfico de pessoas se distingue do lenocínio agravado por se aproximar do ápice de instrumentalização da pessoa que representa a escravatura não significa que todas as situações de tráfico configurem uma quase-escravatura. Se fossemos tão exigentes, não poderíamos considerar que o fenómeno assume as dimensões que habitualmente lhe são dadas e que levam à especial mobilização de Estados e comunidade internacional no sentido da sua erradicação (veja-se, por exemplo, os I, II e III Planos Nacionais de Luta contra o Tráfico Humano, aprovados pelas Resoluções do Conselho de Ministros nºs 81/2007, de 22 de junho, 94/2010, de 29 de novembro, e 101/2013, de 31 de dezembro). Para considerarmos que estamos perante uma situação de tráfico de pessoas (neste caso, com aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima), no confronto com o lenocínio agravado, basta que as condições do exercício da prostituição vão para além, na privação da liberdade da vítima e na ofensa à dignidade da pessoa da vítima, das que já são próprias da exploração da prostituição (neste caso, com aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima).

Também não é necessário, para que consideremos estarmos perante uma situação de tráfico de pessoas (neste caso, com aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima), que se verifiquem todas as situações, ou a maior parte das situações, indicadas (a partir da experiência policial de vários países) no referido estudo, e no acórdão recorrido, como indícios de prática desse crime. Podem uma ou várias dessas situações ser suficientes para caracterizar a “imagem global” (conceito normalmente utilizado na jurisprudência para caracterizar o tráfico de estupefacientes de menor gravidade que também aqui poderá ser utilizado) dos factos em questão.

No caso em apreço, o acórdão recorrido destacou em especial, entre essas situações, a que nele se

Poderemos ser, assim, levados a concluir que o maior, ou menor, grau de instrumentalização da pessoa permitirá delimitar as fronteiras entre os tipos de crime de tráfico de pessoas e de lenocínio agravado e que este critério permite justificar a maior severidade da punição do primeiro desses crimes em relação ao segundo. A fronteira não residirá, pois, apenas na diferença entre crime-meio e crime-fim, pois esta diferença não explica essa maior severidade de punição.

Tenho que reconhecer, porém, as limitações deste critério.

Ele permitirá, como vimos, distinguir o tráfico de pessoas para exploração da prostituição do lenocínio agravado.

Mas reconheço que é mais difícil falar em graus de instrumentalização a respeito do tráfico para exploração da prostituição de menores e o lenocínio de menores. Em relação aos menores, pode dizer-se que a instrumentalização não conhecer graus e será sempre absoluta. Mesmo assim, poderá fazer-se alguma distinção...

Já quanto ao crime de escravidão, a que passou a fazer referência, na definição do tipo de crime de tráfico de pessoas, a versão do artigo 160.º, n.º 1, decorrente da Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, o critério claramente não serve. A escravidão é, sempre e por definição, o grau

verifica e que pode ser considerada como de debt bondage. Esta é, na verdade, uma situação característica do tráfico de pessoas. Nela, o trabalho (ou a prestação sexual), na sua totalidade (não numa parcela maior ou menor), serve de forma de pagamento de uma dívida, como se a pessoa servisse de “garantia” desse pagamento, sendo que normalmente o valor dessa dívida é sobrevalorizado. Afirma-se nesse acórdão que a situação “equivale na prática ao investimento que o arguido fazia na vítima esperando um retorno líquido equivalente ao valor que ia além das despesas e encargos com o seu transporte e/ou acolhimento”.

Trata-se de uma situação que vai muito para além do habitual numa normal relação de trabalho dependente. É nítida, aqui, a acentuada coisificação da pessoa: a pessoa objeto de um investimento rentável. O valor a pagar pela vítima (que rondava os 3500€) era muito superior ao do custo efetivo de qualquer viagem, como normalmente se verifica nos casos de debt bondage. E quaisquer faltas dariam origem a multas que fariam aumentar tal valor. Só depois de assegurada a rentabilidade do investimento, uma rentabilidade rápida e substancial, é que a vítima passaria a receber alguma retribuição pela sua atividade.

A aproximação à escravatura também decorre de a atividade se prolongar durante períodos consideráveis (uma testemunha referida na fundamentação do acórdão recorrido falou no período de um ano) sem qualquer retribuição, com o que isso implica de dependência económica e psicológica. Dizer que as vítimas deram o seu consentimento inicial, ou não estavam privadas da liberdade de movimentos, é, neste contexto, pouco relevante. Sem quaisquer recursos económicos, com permanência ilegal, com total desinserção sociocultural, não lhes restava senão sujeitar-se ao exercício da prostituição nos termos que lhe eram propostos.

A expressão inglesa usada para designar esta prática também é significativa: bondage- servidão, sujeição, dependência. Não deixa de vir a propósito evocar a prática romana da escravatura por dívidas. É verdade que há situações mais graves, de debt bondage e de tráfico em geral. Há situações em que o pagamento da dívida, de tão elevada que esta é, se prolonga indefinidamente no tempo. Não era isso que se verificava no caso em apreço. Como há casos de uso de violência física ou de privação absoluta de movimentos, que aqui não se verificam. Mas essas diferenças de gravidade são apenas de grau, não de refletir-se na medida da pena, sem que se deva considerar-se que só os casos de mais extrema gravidade configuram a prática de crimes de tráfico de pessoas.

A prática de debt bondage é, pois, suficiente para caracterizar o caso em apreço como de prática de crimes de tráfico de pessoas, p. e p. pelo artigo 160º, nº 1, d), do Código Penal.»

máximo da instrumentalização de uma pessoa. Não podemos falar em graus de intensidade da escravidão.

A diferença entre o crime de tráfico de pessoas para escravidão e o crime de escravidão p. e p. pelo artigo 159.º, corresponderá, assim, apenas, à diferença entre o crime-meio e o crime-fim. Mas não se verifica, a este respeito aquela suposta anomalia que levaria à punição do crime-meio em termos mais severos do que o crime-fim e à *consumção impura* do segundo pelo primeiro. Na verdade, o crime de escravidão é punido com pena de prisão de cinco a quinze anos e o crime de tráfico de pessoas para escravidão é punido com pena de prisão de três a dez anos. Entre um e outro poderá verificar-se uma relação de concurso aparente (não de concurso efetivo, pelas razões acima indicadas a respeito dos crime de tráfico de pessoas e lenocínio agravado) e de *consumção pura* (pois o crime-fim é punido de forma mais grave do que o crime-meio). Tal não se verificará apenas quando à prática do crime-meio não se sucede, por algum motivo, a prática do crime-fim (ou se sucede a prática deste crime-fim por parte de outro agente).

Mas o critério a que nos vimos referindo, relativo à *coisificação* ou instrumentalização da pessoa, já será de toda a utilidade na delimitação do crime de tráfico para exploração laboral, designadamente no confronto com múltiplas infrações da legislação laboral.

Sobre esta questão já me debrucei mais aprofundadamente aquando da entrada em vigor da revisão do Código Penal de 2007, no âmbito das jornadas então organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários (ver «O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto – análise de algumas questões», in *Revista do CEJ*, n.º 8 - especial, 1.º semestre de 2008, pgs. 179 a 196).

Concluí, então, que era um critério relativo às condições objetivas de exercício do trabalho e à ofensa à dignidade da pessoa (no sentido do seu tratamento como meio, e não fim em si mesma) que permitia proceder a essa delimitação. Essas condições objetivas também serão indícios da inautenticidade de um eventual consentimento, porque estaremos perante um aproveitamento de uma situação de “especial vulnerabilidade”, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 160.º. Uma pessoa só aceitará essas condições porque não lhe resta “alternativa real e aceitável”⁷.

Também a este respeito podemos socorrer-nos da descrição empírica de alguns indícios que podem funcionar como sintoma de exploração laboral. É o que tem feito a Organização Internacional do Trabalho, através da definição de *linhas-guia* para a identificação do trabalho

⁷ O Protocolo de Palermo (tal como, na sua sequência, a Convenção de Varsóvia e a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002) estatui, no seu artigo 3º, b), que o consentimento da vítima de tráfico de pessoas é irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a) (onde se inclui o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade). Esse aproveitamento e essa vulnerabilidade tornam inautêntico tal consentimento como manifestação de liberdade. Nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo afirma-se que o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade supõe que a vítima não tenha “outra alternativa real e aceitável” senão submeter-se ao tráfico. Esta mesma expressão foi retomada no artigo 1º, c), da Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002.

forçado⁸. Esses indícios serão a violência física ou sexual, a restrição de movimentos dos trabalhadores (proibição de saída do local de trabalho, restrições ao contacto com pessoas e ambientes alheios à relação de trabalho, tudo isso com eventual propósito de maximizar a produtividade), o trabalho como forma de pagamento de uma dívida (a *debt bondage*, uma situação que, em muitos casos, se aproxima da escravatura, em que, de algum modo, a pessoa serve de “garantia” desse pagamento e em que, com frequência, o próprio montante da dívida é sobrevalorizado ou não chega, sequer, a ser determinado), a retenção de salários ou a recusa de pagamento destes sem justa causa, a retenção de passaportes ou documentos de identificação (com os inerentes riscos de expulsão a qualquer momento, ou a impossibilidade de prova da identidade) e a ameaça de denúncia às autoridades (sobretudo as relativas à imigração) da situação de ilegalidade. Para além destas situações mais evidentes e incontroversas, a O.I.T não tem considerado a simples circunstância de o salário ser inferior ao mínimo legal como indício de trabalho forçado, embora o possa ser se estiver associado a outros indícios, ou se se verificar uma grande desproporção entre o montante do salário e o número de horas de trabalho.

De acordo com o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção da O.I.T. n.º 29, “trabalho forçado” é todo aquele que se realiza «sob a ameaça de uma sanção, e para o qual a pessoa em questão não se ofereceu voluntariamente». E também a legislação de vários Estados contém várias definições de “trabalho forçado”. Assim, por exemplo, o Código Penal alemão, no seu artigo 233.º, pune o tráfico para exploração de trabalho quando neste se verificam condições «que revelam uma grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis». Em França, o artigo 225.º, n.º 4, do Código Penal pune o tráfico para exploração de trabalho forçado, sendo este definido como o que é efectuado «em condições (de vida e de trabalho) contrárias à dignidade da pessoa humana». O artigo 225.º, n.º 13, do mesmo diploma define como trabalho forçado aquele que é pago em montante «sem qualquer proporção com a importância da tarefa realizada» e o n.º 14 do mesmo artigo define trabalho forçado também como aquele que é efetuado «em condições (de vida e de trabalho) contrárias à dignidade da pessoa humana». O artigo 433.º do Código Penal belga, na redacção dada pela Lei de 10 de agosto de 2005, pune o tráfico para exploração de trabalho quando este se efetua «em condições contrárias à dignidade humana». Na apresentação desta Lei e numa diretiva dirigida ao Ministério Público, o Ministro da Justiça belga especificou algumas das condições de trabalho que podem ser consideradas «contrárias à dignidade humana»: número excessivo de horas de trabalho, trabalho não pago ou com salários baixos, insegurança. Se se verificar este tipo de condições de trabalho definido na legislação francesa e belga, não será, nesses países, necessário provar que são utilizados métodos coercivos para que estejamos perante um crime de tráfico de pessoas (na legislação belga, o uso de coerção é referido como circunstância agravante).

Numa relação laboral, pode verificar-se uma instrumentalização da pessoa (e uma “exploração laboral” para os efeitos de qualificação como crime de tráfico de pessoas) quando a retribuição que esta auferir é claramente desproporcional em relação ao valor objetivo do produto do seu trabalho (como acentua o artigo 225.º, n.º 13, do Código Penal francês, acima citado), ou ao

⁸ Ver *Human Trafficking and Forced Labor Exploitation – Guidance for Legislation and Law Enforcement*, ILO, Genebra, 2005.

número de horas que trabalha. Não se verifica, pois, apenas em casos de trabalho em condições de insegurança e insalubridade, ou de agressões físicas ou psicológicas. Mas também não basta, para tal, que se verifique uma qualquer infração aos direitos do trabalhador, ou uma qualquer injustiça na relação de trabalho. Há outras vias para impedir ou sancionar tais condutas.

O Código Penal alemão, a este respeito, alude à verificação de uma «grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis». Trata-se de um critério que pode fornecer um acréscimo de objetividade na interpretação em causa. Mas importa não confundir situações de tráfico de pessoas com qualquer situação de tratamento injusto de trabalhadores imigrantes. São conhecidas as características próprias da imigração e a circunstância de os imigrantes se disporem a trabalhar em condições mais adversas do que as dos restantes trabalhadores. Não estaremos perante uma situação de tráfico de pessoas sempre que tal se verifique, mesmo que possam verificar-se infrações à legislação laboral. Já não será assim se, como parece ser o sentido do referido preceito do Código Penal alemão, estivermos perante uma disparidade de condições de trabalho muito acentuada.

Vemos, assim, como poderemos encontrar um critério de delimitação do conceito de “exploração laboral” para o efeito de integração de uma conduta na previsão do tipo de crime de tráfico de pessoas.

Um critério semelhante (relativo à dignidade da pessoa humana, à sua *coisificação*, à sua instrumentalização, ao seu tratamento como *meio*, e não *fim* em si mesma) permitirá delimitar também o conceito mais genérico de “exploração”, que a redação do artigo 160.º, n.º 1, da Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, veio introduzir na definição do tipo de crime de tráfico de pessoas. Qualquer forma de exploração (e já não apenas a exploração sexual ou laboral, assim como a extração de órgãos) pode agora originar um crime de tráfico de pessoas. Uma tão ampla extensão da definição do tipo de crime em causa torna, assim, ainda mais importante a delimitação do conceito de “exploração” e o recurso ao critério em apreço.

É também um critério semelhante que permitirá delimitar o conceito de exploração da mendicidade, que a mesma Lei veio incluir entre as situações exemplificadas na definição do crime de tráfico de pessoas. Só estaremos perante um crime de tráfico de pessoas se a mendicidade for exercida em termos que traduzam uma instrumentalização das pessoas em causa.

Também quanto à adoção, é o mesmo critério que nos permitirá considerar que estaremos perante um crime de tráfico de menores, nos termos do n.º 2 do artigo 160.º. Esse critério levará a considerar que a mercantilização da adoção (a existência de pagamentos ou contrapartidas) poderá traduzir-se na instrumentalização do menor. Seremos conduzidos, por esta via, aos mesmos resultados a que se chegava pelo regime do anterior n.º 4 do artigo 160.º? Esse regime anterior era claro no sentido de que a existência de quaisquer pagamentos ou contrapartidas integrava a prática do crime (punível com uma pena inferior à dos crimes previstos nos n.ºs 1 e 2). Será que na nova versão a existência de quaisquer pagamentos ou

contrapartidas também integra sempre a prática do crime (agora punido de forma tão severa como as dos n.ºs 1 e 2)? Ou será que agora a existência desses pagamentos ou contrapartidas só em casos mais ostensivos representa a exploração e instrumentalização do menor, só nesses casos se justificando a punição de forma tão severa com a dos n.ºs 1 e 2?

Confesso que ainda não consegui resolver esta dúvida, parecendo-me que a alteração operada não veio trazer muita clareza a esta questão.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/a9n7b7cjh/ipod.m4v?locale=pt>

Título:
Tráfico de seres humanos

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-8908-04-9

Série: Temas

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt