



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

Rui Jorge Fonseca Caria

**A REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO TRÁFICO DE SERES HUMANOS
E O CONSENTIMENTO COMO BASE DE SISTEMATIZAÇÃO DE
UMA TIPOLOGIA VITIMOLÓGICA**

*Social reintegration in human trafficking and consent as a basis for a victim typology
system*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito/Menção em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues

Coimbra, 2018

Agradecimentos

I would like to thank the Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund (Sylff Association) for their generous and kind support, allowing me the opportunity to work hard in my studies and to contribute to a growing community of researchers that wish to make the world a better place.

Há obras a quem oferecemos tanto de nós que ficam como uma marca na nossa vida. Pelos sítios onde nos levam, pelas pessoas que nos dão a conhecer, pelas ideias que nos obrigam a confrontar – e pelas que nos inspiram a criar -, pela forma como mudam o nosso pensamento. Exigem de nós mais do que aquilo que somos. Mostram-se inalcançáveis perante a nossa aparente inaptidão. Vamos sendo alquimistas, transformando e transformando-nos em busca da pedra filosofal. Assim me senti depois de um ano de pensar, pesquisar e escrever esta obra. Terminou-a com a consciência de que, ao longo de todo este ano, nos fomos adaptando um ao outro.

Pode parecer uma tarefa solitária, mas se me tivesse deixado cair nesse egoísmo não lhe tinha visto sequer o fim. Cabem, por isso, os agradecimentos a todos os que de alguma forma contribuíram para que agora me pudesse sentar descansado, sem nada que me pesasse nos ombros, com o meu trabalho feito.

Aos meus eternos amigos: o André, o Carlos, o Hugo, o Neto. Por não acreditarem nem em distância, nem em tempo. O que me deram, já há muito precede este ano trabalhoso e nem com um milhão deles alguma vez vos conseguirei compensar por tudo. Há músicas que são só nossas, que falam de todas as praias onde vimos o sol descer, e onde renascemos tantas vezes na vida que não deixamos que nos vença. A noite cai meus amigos, mas nós não. Nunca deixei de ouvir essas músicas, nunca vou deixar.

Aos meus amigos do mestrado a quem nunca me atreverei a chamar colegas: ao André e ao Tiago. Seria seco falar aqui da experiência enriquecedora de trocar ideias jurídicas e partilhar conhecimentos diversos nas várias áreas do saber penal, não vos vou fazer isso. Prefiro agradecer-vos pelos intervalos no bar, pelos risos com que nos conseguíamos escapar nas aulas, pela companhia que me fizeram em tantos sábados de pós-graduação, por todas as brincadeiras que criámos e só nós percebemos.

À minha mãe e à minha avó, por serem de ferro. Por me darem tudo o que precisei e cozinhareem para mim nos poucos fins-de-semana em que conseguia fugir. Por confiarem em mim quando me viam perseguir coisas que não percebiam e sem saberem porque o fazia.

À minha orientadora, a Senhora Professora Doutora Anabela Rodrigues, ofereço a minha imortal gratidão. Não podia deixar de lhe agradecer por toda a disponibilidade que sempre demonstrou para reunir comigo e passar o tempo que fosse preciso a ouvir-me pacientemente enquanto lhe tentava explicar as minhas ideias pouco articuladas. Mais importante, é agradecer-lhe por ser uma verdadeira professora. Por encorajar as minhas ideias, mesmo quando eu próprio delas duvidava, por me apontar o caminho certo para o conhecimento e me deixar percorrê-lo livremente, por partilhar do meu entusiasmo sem nunca o tentar extinguir.

Para ti, Carolina. Quando vinham as tempestades, com nuvens a tapar a lua, não ouvi os trovões, nem senti o choque das ondas, nem o frio da água, só a tua mão na minha. Fazias tudo ir embora e era só mais um dia de sol. Fizeste de um caminho cheio de trabalho e esforço só mais um passeio com a melhor companhia. Foste sempre o meu refúgio. Continuo à procura das palavras que mereces. Não vou desistir de as encontrar. É mais um passeio.

Resumo:

O tráfico de seres humanos é um crime cuja incidência focada nas suas vítimas se traduz em danos particularmente graves. Para responder às consequências desta forma disseminada de criminalidade transnacional, diversas organizações internacionais produziram diferentes diplomas onde se estabelecem mecanismos de protecção das vítimas a serem adoptados pelos estados. Contudo, concentraram-se neste fenómeno criminal uma série de problemáticas de interesse para vários actores. Devido à pluralidade de interesses que se esgrimem em várias dimensões da tutela do tráfico, cremos que esta possa estar comprometida em vários níveis, incluindo a protecção das vítimas. Para salvaguardar a efectividade da tutela propomos como objectivo político-criminal a reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos, servindo para harmonizar as diferentes medidas de protecção existentes, assim como oferecer uma teleologia que auxilie a doutrina e o processo legislativo nesta matéria. Esta será entendida como a máxima minimização da vitimização secundária com o fim de prevenir a revitimização, nomeadamente, na forma do retrafficar das vítimas. Será objecto de crítica a opção legislativa de tornar o consentimento irrelevante para efeitos da exclusão da ilicitude. Através de uma passagem pela dogmática que informa a intervenção penal e um olhar sobre a discussão em volta do bem jurídico do lenocínio, procuraremos deixar clara a importância do papel do consentimento como um indicador de vitimização. Para ilustrar a realidade complexa do tráfico e demonstrar como a irrelevância que o legislador ofereceu à categoria pode levar a vitimizações desnecessárias e incriminações desproporcionadas, procuraremos elaborar uma tipologia vitimológica com base de sistematização assente no consentimento.

Palavras-chave: Tráfico de seres humanos – reintegração social – vitimização – consentimento – crime transnacional

Abstract:

Human trafficking is a crime whose focused effect on victims causes particularly severe damage. In order to respond to the consequences of this disseminated form of transnational criminality, various international organizations have produced instruments where they establish mechanisms for victim protection which states should implement. However, problems of interest to several actores are concentrated in this criminal phenomenon. Due to this plurality of interests that tackle each other in the various dimensions of judicial protection of human trafficking, we believe that this protection is compromised in various levels, including victim protection. To safeguard the judicial protections effectiveness, we propose as a criminal-policy goal the social reintegration of human trafficking victims, serving this to harmonize the different existing protection measures, as well as to offer a teleology that helps the doctrine and legislative process in these matters. This will be understood as the maximum minimization of secondary victimization with the end of preventing revictimization, namely, in the form of victim re-trafficking. The legislative option of turning consent irrelevant for excluding the illegality will be object of criticism. By journeying through the criminal law dogmatic that informs penal intervention and looking at the discussion at the discussion surrounding the legal good of pimping, we will make efforts to clarify the importance of consent as an indicator of victimization. To illustrate the complex reality of trafficking and demonstrate how the irrelevance that the legislator made into law can lead to unnecessary victimizations and disproportional incriminations, we will elaborate a victim typology system with its base in consent.

Key-words: Human trafficking – social reintegration – victimization – consent – transnational crime

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNUCCOT - Convenção das Nações Unidas Contra a Crime Organizado Transnacional

Convenção - Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Directiva – Directiva 2011/36/EU

N.º - número

OIM – Organização Internacional para as Migrações

ONU – Organização das Nações Unidas

Protocolo de Palermo - Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças

RBCC – Revista Brasileira de Ciência criminal

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

Tráfico – Tráfico de seres humanos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice	
Agradecimentos	2
Resumo	4
Abstract	5
Siglas e abreviaturas	6
Introdução	9
PARTE I – DESFAZER A VÍTIMA	13
1. A reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos.....	13
1.1. Uma meta político-criminal e a sua <i>ratio</i>	13
1.2. Obrigação estadual de protecção das vítimas	20
1.2.1. As abordagens.....	20
1.2.2. A jurisprudência do TEDH em matéria de protecção das vítimas de tráfico de seres humanos	22
1.2.3. As limitações jurisdicionais e a cooperação no tráfico de seres humanos.....	26
2. Critérios de sucesso	29
2.1. Adequação dos mecanismos de protecção e necessidade de uma definição precisa do tipo legal	29
2.1.1. Regime e tipo legal do crime de tráfico de seres humanos.....	29
2.1.2. Mecanismos de protecção actuais.....	35
2.1.3. O conceito de aproveitamento de especial vulnerabilidade.....	38
2.2. Identificação.....	51
2.2.1. Dificuldades	51
2.2.2. Tráfico de seres humanos, auxílio à imigração ilegal e lenocínio	57
2.2.2.1. O panorama globalizado da migração	57
2.2.2.2. Distinções.....	60
2.3. Im(p)unidade.....	65
2.4. Repatriação (?).....	72
2.4.1. Considerações iniciais sobre o perigo de retorno e o ciclo de retorno	72
2.4.2. A legislação relativa à permanência nos países de destino e retorno aos países de origem	73
2.4.3. A discricionariedade nas autorizações de residência – análise comparativa de alguns ordenamentos.....	78
2.4.4. Da decisão de repatriar	81
2.4.4.1. A jurisprudência do TEDH em matéria de repatriação das vítimas de tráfico de seres humanos	81

2.4.4.2. A proposta dos direitos humanos.....	83
2.4.4.3. As circunstâncias reais da repatriação	86
PARTE II – O CONSENTIMENTO COMO BASE DE SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TIPOLOGIA VITIMOLÓGICA	91
1. A base dogmática da proposta	91
1.1. Paradigma actual do bem jurídico e a intervenção como <i>ultima ratio</i>	91
1.2. Paternalismo jurídico	96
1.3. Dogmática e orientações político-criminais do consentimento	97
1.4. Conduta da vítima e teoria da imputação objectiva.....	100
2. O consentimento como base de sistematização de uma tipologia vitimológica do tráfico de seres humanos	104
2.1. O consentimento como indicador de vitimização – fecham-se as portas da dogmática?	104
2.2. A inevitável ligação com o lenocínio	108
2.3. Uma tipologia ilustrada casuisticamente	111
2.4. A relevância do consentimento na questão do repatriamento.....	117
Conclusão.....	119
Bibliografia	124
Jurisprudência	137

Introdução

A história empurra a sociedade no sentido da mudança, e o direito penal, como eterno acompanhante do comportamento humano e das suas limitações sociais, procura adaptar-se às ondas que o atingem. Contam-se entre as mudanças mais paradigmáticas do direito penal, como antecipou COSTA ANDRADE, o regresso da vítima¹ ao pensamento penal após uma ausência de séculos². Ao mesmo tempo, as motivações destas mudanças mostram-se plenas nas transformações da própria sociedade globalizada, glocalizada e de risco, acolhedora de novas formas de criminalidade, que representam novos desafios para a intervenção da *ultima ratio*. Circulam os bens, circulam as pessoas e, atrás de todos, circula o crime. Entre as manifestações da criminalidade altamente organizada que se estabelece neste novo horizonte social, opera o tráfico de seres humanos³, de uma forma tão proeminente que, como FARIA COSTA veio a observar: “É uma realidade tão espessa tão viva e tão dramática que nos cobre a todos que, não a querer ver, seria mais do que miopia ética, seria blasfémia moral”⁴.

De entre as actividades comerciais ilícitas mais lucrativas, o tráfico de seres humanos ocupa o terceiro lugar, superado apenas pelo tráfico de armas e o de estupefacientes, movimentando cerca de 12 biliões de euros por ano, envolvendo cerca de 2,5 milhões de pessoas, originárias de 127 países, que são traficadas para mais de 100 países, para exploração sexual ou laboral, casamentos forçados, mendicidade ou venda de órgãos⁵.

¹ A Decisão-Quadro 2001/220/JHA no seu artigo 1.º, a), define vítima como “pessoa natural que sofreu dano, físico ou mental, sofrimento emocional ou perda económica, causados directamente por actos ou omissões que violam a lei criminal de um estado-membro”. Sobre a transposição desta directiva e o novo estatuto da vítima no processo penal português, MARIA JOÃO GUIA, “O Novo Estatuto da Vítima em Portugal: Sujeito ou Enfeite do Processo Penal Português?”, in: *Conpedi Law Review*, Vol. 2, n.º 1, Janeiro-Junho, 2016, p. 147. A Directiva 2012/29/EU no seu artigo 2.º, n.º 1, a), diz entender-se como vítima “i) uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional, ou um prejuízo material directamente causados por um crime; ii) os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido directamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência da morte dessa pessoa”. Como conceito de vítima apropriado às ciências criminais, propôs COSTA ANDRADE, em 1980, um conceito útil de vítima como “toda a pessoa física ou entidade colectiva directamente atingida, contra a sua vontade – na sua pessoa ou no seu património, pela *deviance*”, in: *A vítima e o problema criminal*, Coimbra: Separata do Volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 34.

² *Idem*, p. 11. Sobre a preferência do conceito “descoberta da vítima” em vez de “redescoberta da vítima”, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 53 e ss.

³ Reconhecido como criminalidade altamente organizada pela alínea m) do n.º 1 do artigo 1.º do Código de Processo Penal (Redacção da Lei n.º 58/2015, de 23 de Junho)

⁴ FARIA COSTA, “A globalização e o tráfico de seres humanos (o pêndulo trágico da história e o direito penal)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136, n.º 3944, 2007, p. 258.

⁵ PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas: exploração sexual versus trabalho escravo”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 18.

O tráfico é tradicionalmente conceptualizado como crime organizado transnacional que envolve, para além de vários processos complexos, uma variedade de actores - controlo fronteiriço, medidas de justiça criminal, sindicatos de crime organizado e cooperação transnacional -, contudo, apesar de todas estas variáveis, o foco individualizado deste crime acaba por ser a vítima⁶.

Disto se pode retirar que o tráfico de seres humanos é um fenómeno complexo e que, como se não bastasse esta sua natureza, se vê no território de diversos conflitos de interesses – desde a questão da soberania estadual em face das dinâmicas migratórias, ao consentimento como objecto de discórdia entre concepções feministas. Esta combinação de factores elevaram as nossas suspeitas quanto ao tratamento correcto do fenómeno, principalmente, e de maior interesse para o nosso estudo, quanto à tutela das vítimas – o foco individualizado do crime - e a intervenção jurídico-penal. Apesar de o mediatismo poder trazer os problemas à atenção que lhes é devida, muitas vezes esta pode ser excessiva, pois as suas diversas fontes trarão influências não necessariamente correspondentes com o interesse a proteger. No caso deste crime, e da perspectiva da subsidiariedade penal, o que se protege é o bem jurídico danificado pela conduta, mas até quanto à existência deste dano e de quem realmente o sofre se colocarão questões.

As inquirições suscitadas pelo vasto contexto do tráfico de seres humanos, manifestado nos seus diferentes panoramas, levaram-nos a decidir como objecto do nosso estudo duas ideias principais: a reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos como uma meta político-criminal; e o consentimento como base de sistematização de uma tipologia vitimológica. Tendo estas ideias como pano de fundo, procuraremos lançar luz sobre os diferentes conflitos que se esgrimam no fenómeno do tráfico, procurando sempre contribuir para a resolução em favor da teleologia da norma incriminadora, concebida ao mesmo tempo e não exclusivamente como a protecção das vítimas e a persecução dos traficantes.

Num primeiro capítulo procuraremos contextualizar a importância da reintegração social no contexto da política-criminal e da vitimização secundária, encontrando nestas considerações a base de justificação para a nossa proposta. Em seguida, iluminaremos quais os critérios que, no nosso entender constituíram factores de sucesso desta mesma

⁶ MARIE SEGRAVE; SANJA MILIVOJEVIC; SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home”, in: *Sex Trafficking: International Context and Response*, Cullompton. Willan, 2009, p. 180.

reintegração. Serão estes: a adequação dos mecanismos de protecção e necessidade de uma definição precisa do tipo legal; a identificação; a impunidade; a repatriação. Através destes critérios procuraremos assinalar diferentes momentos marcantes da vítima dentro do processo penal e igualmente a forma como esta é acolhida, ilustrando detalhadamente a jornada que começa com a incriminação – mesmo antes da ocorrência de um facto – e cujo fim pode ocorrer no país de destino ou de origem.

Uma atenção particular será oferecida ao estudo do conceito de vulnerabilidade, um dos elementos típicos que mais importância detém, não só no panorama geral do nosso estudo – por fazer parte dos critérios que propomos-, mas também, como iremos evidenciar, na efectivação da tutela penal das vítimas de tráfico de seres humanos. Neste conceito veremos uma das várias zonas de conflito entre duas perspectivas opostas de legislar sobre esta matéria, sendo que procuraremos decidir por uma definição que sirva a teleologia da incriminação e seja informada por um sentido útil que não contenda com o princípio da legalidade.

Outra problemática que constituirá um critério de sucesso da reintegração é a identificação correcta das vítimas de tráfico. Aqui encontraremos espaços de dúvida quanto ao enquadramento de condutas nos respectivos tipos ilícitos, e observaremos as consequências de um enquadramento incorrecto. Será evidenciado o papel do legislador em determinar como certas condutas serão tratadas mediante a precisão legislativa, assim como o papel das autoridades. De igual importância nesta fase do estudo, serão as distinções entre as diferentes condutas que tantas vezes são confundidas com o tráfico, dando lugar a uma intervenção desajustada do direito penal com carência dos mecanismos de protecção que seriam adequados.

Abordaremos também a questão da impunidade das vítimas de tráfico de seres humanos por crimes que hajam praticado no contexto da sua situação de exploração, procurando chegar a uma conclusão acerca da existência, ou não, de uma justificação neste sentido. Não será óbvio que direito terão as vítimas a esta impunidade. A sua implementação terá que ser articulada com a nossa estrutura e princípios processuais penais, necessitando esta discussão de conceder voz a várias perspectivas.

Por fim – nesta primeira parte -, faremos uma análise do funcionamento do processo de repatriação das vítimas de tráfico. Manteremos como principal questão: deverá ser permitida a repatriação quando haja um perigo concreto para a vítima no seu país de origem?

Para perseguir uma resposta lançaremos um olhar atento sobre as reais circunstâncias das vítimas de tráfico e as motivações dos seus comportamentos traduzíveis em dinâmicas de migração. Enfrentaremos também o desafio de procurar uma solução para além da narrativa dos diplomas internacionais que, como veremos, parecem ter uma inclinação que privilegia a soberania estadual e o controlo migratório. Uma alternativa possível para salvaguardar estas situações de perigo no retorno será a protecção oferecida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Quanto à segunda parte do nosso estudo – e segunda proposta -, será imprescindível uma passagem pela doutrina que informa as diferentes componentes da questão: a teoria do bem jurídico; o consentimento; a necessidade penal; a teoria da imputação objectiva. Só depois de um entendimento destes vários conceitos poderemos começar por considerar a questão do consentimento no contexto do tráfico de seres humanos e a importância do papel que este assume.

A opção legislativa de condenar o consentimento à irrelevância parece-nos carecer da complexidade dogmática que informa a categoria, e por isto, colocando dúvidas quanto à legitimidade de intervenção do direito penal em certas condutas que se enquadram como tráfico de seres humanos na formulação normativa actual. A nossa proposta passará por fazer uso do conhecimento adquirido sobre as circunstâncias complexas do tráfico de seres humanos para elaborar uma tipologia vitimológica com base de sistematização assente no consentimento prestado pelas vítimas, durante diferentes fases do processo de tráfico e, quanto a diferentes objectos. Certos tipos de condutas serão submetidos a esta tipologia para que se possa comprovar a legitimidade da intervenção penal.

PARTE I – DESFAZER A VÍTIMA

1. A reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos

1.1. Uma meta político-criminal e a sua *ratio*

É inegável que são várias e de manifestações diversas as medidas para a protecção das vítimas de tráfico de seres humanos. Apesar disto, ao se lançar um olhar sobre o panorama internacional nesta matéria, verifica-se a carência de uma implementação eficaz de várias destas medidas. Muitas vezes, será consequência do aproveitamento do grau de discricionariedade que é oferecido aos estados para concretizarem as suas obrigações internacionais. Noutros casos a tutela é comprometida por técnicas legislativas duvidosas, ou pelo funcionamento rotineiro, mas pouco especializado, das autoridades. Sejam quais forem as razões, apesar da abundância de medidas, vão-se criando abundâncias de lacunas. Estas observações levam-nos a lançar várias questões: qual é o princípio que orienta a protecção das vítimas? Qual é o objectivo desta mesma protecção? É apenas prevenir que as vítimas sofram mais danos? É afastá-las da fonte dos danos que sofrem? É recolhê-las para que possam ser utilizadas como armas no processo penal? Como sabemos que esta protecção é eficaz?

As respostas podem variar de acordo com a perspectiva político-criminal que orienta a acção legislativa por detrás destas medidas, e com as respostas, variam também as medidas e a sua eficácia. Neste sentido, parece-nos necessário um objectivo político-criminal orientador e harmonizador das diferentes medidas de protecção, auxiliando a formulação das suas normas e oferecendo uma teleologia onde se conciliem as duas abordagens ao tráfico de seres humanos – a *criminal law approach* e a *human rights approach*.

Entendemos que este objectivo político-criminal deve ser a reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos, concebida como a máxima minimização da vitimização secundária com o fim de prevenir a revitimização, nomeadamente, na forma do retrafficar das vítimas. Este será um conceito criminal da reintegração, pensado como uma meta político-criminal a atingir, capaz de harmonizar as diferentes medidas de protecção existentes, comprovar a sua eficácia, assim como oferecer uma teleologia que auxilie a doutrina e o processo legislativo nesta matéria.

Será diferente de um conceito pós-intervencionista de reintegração, mas não deixará de contribuir para ele, não esqueçamos por isso a reintegração definida como “*the process*

of recovery and socio-economic inclusion following a trafficking experience; it includes settlement in a safe and secure environment, access to a reasonable standard of living, mental and physical well-being, opportunities for personal, social and economic development and access to social and emotional support”⁷.

Não será também de confundir com a reinserção social em relação aos condenados à execução de pena privativa da liberdade. Será esta um processo que os visa reintegrar na sociedade - sobretudo nas suas instituições mais básicas, como a sua família, escola ou trabalho -, auxiliando-os a ultrapassar a situação de desfasamento social em que se encontram, pretendendo-se desta forma compensar o seu déficit de socialização e os processos incompletos ou inexistente de aprendizagem social, ou seja, reintegrá-los na sociedade de forma a não praticarem crimes⁸.

A reintegração social de uma vítima de um crime terá um processo diferente, assim como objectivos diferentes, da reinserção social de um delincente. Enquanto que no caso do delincente o processo de ressocialização procura que este se reintegre na sociedade de forma a ser capaz de não cometer crimes, a reintegração social da vítima procura que esta seja reintegrada na sociedade de forma a não se tornar novamente uma vítima do mesmo crime por consequência da sua situação de especial vulnerabilidade que a isso a coage. Aqui fica expressa a máxima minimização da vitimização secundária que se procura através da reintegração social da vítima.

Um esclarecimento do funcionamento do processo de vitimização secundária é imprescindível para que possamos compreender que riscos correm as vítimas carentes de protecção. A vítima é normalmente o resultado de um complexo processo de selecção e estigmatização pelas instâncias formais de controlo, pelo que é correcto olhar para este processo da perspectiva de uma estigmatização bem-sucedida⁹. A própria decisão judicial é com frequência resultante da intervenção de estereótipos negativos e de interpretações

⁷ REBECCA SURTEES, *Monitoring Anti-Trafficking Re/Integration Programmes: A Manual*, Vienna: Nexus Institute, 2010, p. 24.

⁸ ANABELA RODRIGUES, “Reinserção Social – Para uma Definição do Conceito”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, Julho-Dezembro, 1982, p. 29.

⁹ A estigmatização bem-sucedida consiste na assunção da identidade e do papel de delincente, no que toca à delinquência secundária, e na assunção da identidade e do papel da vítima no que toca à vitimização secundária FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 352.

retrospectivas¹⁰ sobre a conduta da vítima, o que significa que o processamento formal dum qualquer vitimização pode passar por ser uma autêntica cerimónia degradante¹¹, manipulando e adscrevendo uma identidade de vítima e compelindo o *role engulfment*¹². Este processo é particularmente evidente na vitimização sexual¹³, que se insere em algumas formas de tráfico de seres humanos¹⁴.

Uma vez que a vítima está inserida neste processo dinâmico, não é possível abordar as questões por ela suscitadas à margem do processo de interacção, não só com o desviante, mas também com as instâncias formais e informais de controlo¹⁵.

À semelhança da delinquência-secundária¹⁶, é possível uma verdadeira vitimização secundária, uma vitimização que só é explicável como resposta a experiências anteriores de vincada estigmatização – desde logo nos casos em que a intervenção das instâncias formais ou informais de controlo sanciona e agrava uma vitimização concreta, e aponta à vítima uma carreira de vitimizações futuras; assim como as vitimizações através da estigmatização social negativa que atinge pessoas portadoras de certas qualidades ou que praticam determinadas actividades¹⁷ - este último aspecto é particularmente incidente nas vítimas de tráfico.

Relativamente ao contexto onde se inserem as condutas de tráfico de seres humanos, o mercado negro revela-se um espaço vitimogéneo, sendo os seus habitantes, normalmente, particularmente vulneráveis a nível pessoal e patrimonial¹⁸. A participação em condutas associadas, em subgrupos e a vivência de formas subculturais de vida¹⁹ - onde estes espaços e os que neles habitam se inserem -, revelam também uma elevada propensão

¹⁰ O processo pelo qual uma pessoa, identificada como delinquente, passa a ser vista pela sociedade e pelos seus condenadores como uma pessoa completamente nova, mas que segundo eles corresponde ao que afinal sempre foi. Sobre isto, *Idem*, p. 348.

¹¹ Sobre as cerimónias degradantes, HAROLD GARFINKEL, “Conditions of Successful Degradation Ceremonies” in: *American Journal of Sociology*, Vol. 61, nº5, Março de 1956.

¹² FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, *Criminologia...*, p. 351 e 353.

¹³ “A intervenção dos sucessivos controlos formais e informais – família, médicos, peritos, polícia, júri, tribunal... - pode ter eficácia fortemente estigmatizadora e condicionante da identidade da vítima. A repetição dramatizada do evento perante cada audiência, em cada uma reencontrando uma imagem de si própria cada vez mais amarrada ao estigma e à interpretação estereotipada da sua vida levam-na frequentemente à adesão a uma nova identidade”, COSTA ANDRADE, *A vítima...*, p. 48.

¹⁴ Sobre a identidade e carreira da vítima no processo formal de reacção, *Idem*, p. 139.

¹⁵ *Idem*, p. 40.

¹⁶ Para uma compreensão da delinquência-secundária e o percurso da carreira desviante, FIGUEIREDO DIAS, *A perspectiva interaccionista na teoria do comportamento delinquente*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1981; e HOWARD BECKER, *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008.

¹⁷ COSTA ANDRADE, *A vítima...*, p. 49.

¹⁸ *Idem*, p. 147.

¹⁹ Sobre as teorias da subcultura delinquente, FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, *Criminologia...*, p. 288 e ss.

vitimogénea, assumindo-se o isolamento como factor de particular relevância para a vitimização, dificultando a aproximação das autoridades, o apelo à tutela da lei ou a solidariedade social²⁰.

A condenação moral revela-se outro factor potenciador da vitimização, assim como um entrave à assistência e protecção das vítimas: para além da vitimização primária, por parte dos delinquentes, são hostilizadas pela própria família e pela sociedade do país de destino, quer pelo trabalho sexual que possam desenvolver, quer pelo seu estatuto como imigrantes ilegais, vindo a sofrer também nas mãos da polícia, sendo detidas e retiradas do país de destino como consequência da sua situação irregular²¹.

É este processo de vitimização secundária, ao qual são especialmente susceptíveis (vulneráveis) as vítimas de tráfico de seres humanos que apela, e justifica – em parte-, a reintegração social. A nossa voz não sofre de solidão no lançamento desta proposta, juntando-se a nós sugestões da doutrina, dos diplomas internacionais, da jurisprudência e de relatórios nesta matéria.

PILAR CRUZ ZÚÑIG, após um estudo de como as políticas migratórias se traduzem numa conformação das políticas do tráfico, apela a uma necessidade de actuações que não provoquem a revitimização das vítimas, aconselhando: “*para eso es importante que la protección y asistencia para la reintegración social se de desde un tratamiento con humanidad y desde enfoques multidisciplinares*”²².

MARIA JOÃO GUIA, após uma análise empírica da estratégia de combate ao tráfico de seres humanos na UE e das estatísticas correspondentes, conclui que o género, a idade e a origem das vítimas são factores de risco para a vitimização através do tráfico de seres humanos, fazendo ainda notar que medidas de regularização positiva destas vítimas produzem melhores resultados, proporcionando-lhes segurança para testemunhar no processo penal, contribuindo para o aumento de condenações de traficantes²³.

²⁰ COSTA ANDRADE, *A vítima...*, p. 151.

²¹ LUCIANA GEBRIM; CRISTINA ZACKSESKI, “O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 119, ano 24, 2016, p. 67.

²² PILAR CRUZ ZÚÑIGA, “Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el estado y las instituciones internacionales”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 154.

²³ MARIA JOÃO GUIA, “European Migration and Human Trafficking Measures: How the european border and coast guard agency (Frontex) is enhancing the protection of vulnerable victims of human trafficking”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 183.

Quanto à pluralidade de respostas que estas merecem, CLÁUDIA CRUZ SANTOS invoca princípios constitucionais para uma orientação digna: “a sua situação de desfavorecimento torna estas vítimas merecedoras de respostas assistenciais à luz do princípio da solidariedade que enforma o Estado Social; a sua situação de vítimas de crimes torna-as merecedoras de respostas penais à luz do princípio da justiça que enforma o Estado de Direito”²⁴.

A resposta estadual mostra-se sensível às várias necessidades das vítimas. O Relatório sobre o Tráfico de Seres Humanos relativo a 2016, do Ministério da Administração Interna com a colaboração do Observatório do Tráfico de Seres Humanos, aponta como aspectos essenciais das medidas de Protecção e Assistência: “Acolhimento em CAP ou em outra estrutura; assistência psicológica e/ou médica; assistência jurídica; educação e formação; inserção no mercado de trabalho; pedido de compensação; prazo de reflexão; autorizações de residência; retorno assistido ao país de origem”²⁵.

Relativamente às vítimas que beneficiaram destes serviços de protecção e assistência, em 2016, houve um total de 92 vítimas. Destas, 69 foram acolhidas nos 3 Centros de Acolhimento e Protecção para Vítimas de Tráfico de Seres Humanos ou em outras estruturas; foi prestada assistência jurídica a 33; 9 receberam educação/formação; 23 foram inseridas no mercado de trabalho; 38 foram notificadas sobre o direito ao prazo de reflexão; e foram concedidas 31 autorizações de residência²⁶.

O fenómeno do tráfico é reconhecido como tendo uma escala exigente de intervenção preventiva. A Lei da Política Criminal para o biénio de 2015-2017 coloca o tráfico de seres humanos nos seus crimes de prevenção prioritária, são estes os crimes que, “tendo em conta a necessidade do bem jurídico e a *necessidade de proteger as potenciais vítimas*”²⁷, são considerados fenómenos criminais de prevenção prioritária²⁸.

Também a jurisprudência dos nossos tribunais já se pronunciou sobre o combate ao tráfico e as necessidades das suas vítimas: “O combate de forma integrada ao flagelo do

²⁴ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas e o desafio que representam para a justiça penal: os problemas específicos suscitados pelas vítimas de tráfico de seres humanos”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 99.

²⁵ Cf. Relatório sobre 2016 relativo ao Tráfico de Seres Humanos, do Ministério da Administração Interna – Observatório do Tráfico de Seres Humanos, 2017, p. 44 e ss.

²⁶ Cf. Relatório sobre 2016 relativo ao Tráfico de Seres Humanos, do Ministério da Administração Interna – Observatório do Tráfico de Seres Humanos, 2017, p. 44 e ss.

²⁷ Itálicos nossos.

²⁸ Cf. Art. 2.º, al. g) da Lei n.º 72/2015, de 20 de Julho.

tráfico de seres humanos, enquanto forma de escravatura moderna, quer na referenciação/sinalização, protecção e assistência às vítimas - pessoas especialmente vulneráveis - quer no sancionamento dos traficantes deve ser prioridade de um Estado de Direito democrático, como o nosso”²⁹.

MAY IKEORA sublinha como o art. 9.º do Protocolo de Palermo enfatiza que os Estados Membros devem adoptar políticas compreensivas, programas e outras medidas, não apenas para a prevenção e combate ao tráfico, mas, também, para proteger as vítimas da revitimização – devendo, desta forma, cooperar bilateralmente ou multilateralmente para aliviar os factores que colocam as pessoas vulneráveis ao tráfico³⁰. Na Europa, a abordagem coordenada ao tráfico de seres humanos e as suas vítimas, geralmente, coloca ênfase nos seguintes aspectos: identificação, protecção e assistência das vítimas, aumentando a prevenção e melhorando a cooperação e coordenação dos diferentes actores³¹.

A Directiva 2011/36/UE manifesta uma clara preocupação com a vitimização secundária, afirmando no seu Considerando (20) que esta deve ser evitada durante o processo criminal, especialmente em relação às vítimas que já tenham sofrido abuso da sua vulnerabilidade e tratamentos degradantes. De importante relevância neste contexto, são também as disposições da Directiva 2012/29/UE. No n.º 1, do seu artigo 22.º, prevê-se que os estados devem proporcionar uma avaliação individual das vítimas para identificar as suas necessidades específicas de protecção, no sentido de determinar se e em que medida estas poderiam beneficiar de medidas especiais durante o processo penal, nomeadamente, devido à: “sua particular vulnerabilidade, à vitimização secundária e repetida, à intimidação e à retaliação”. O n.º 3, do mesmo artigo, passa a esclarecer alguns contextos em que deve ser oferecida particular atenção à vítima³², e aponta o tráfico de seres humanos como um dos crimes em que esta deve ser devidamente considerada.

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Fevereiro de 2016

³⁰ MAY IKEORA, *Bilateral Cooperation and Human Trafficking – Eradicating Modern Slavery between the United Kingdom and Nigeria*, Springer International Publishing, Cham, 2018, p. 75.

³¹ JOANNE VAN DER LEUN, “Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Being – Addressing the dark figure”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 44.

³² “No contexto da avaliação individual, deve ser dada particular atenção às vítimas que tenham sofrido danos consideráveis devido à gravidade do crime; às vítimas de um crime cometido por motivos de preconceito ou discriminação suscetíveis de estar particularmente relacionados com as suas características pessoais; às vítimas cuja relação e dependência face ao autor do crime as tornem particularmente vulneráveis (...)” – Art. 22.º, n.º3, da Directiva 2012/29/UE.

Compreendido o objectivo da reintegração social caberá justificar porque será esta a nossa proposta de uma meta político-criminal orientadora e harmonizadora das diferentes medidas de protecção. Cremos que a sua justificação provém essencialmente de dois aspectos: a situação de especial vulnerabilidade das vítimas; o seu contributo para a concretização da tutela do tráfico de seres humanos na forma preventiva. Ao se invocar o fundamento nestas duas dimensões, satisfazemos, desta maneira, objectivos positivos da *human rights approach* e da *criminal law approach*, respectivamente.

Vejamos a nossa primeira justificação. Em face da situação de vulnerabilidade das vítimas de tráfico de seres humanos, do abuso que estas sofrem por parte dos agentes nas diferentes formas tipificadas, qual deverá ser a resposta da justiça penal perante elas, ou colocando a questão de outra forma, como deverá o direito penal receber estas vítimas? A resposta da justiça penal terá que ser articulada com outras formas de resposta mais protectivas e assistenciais, dificilmente a sua exclusividade seria uma solução globalmente justa³³. Não basta garantir às vítimas do crime a possibilidade de condenação dos agentes, há que acompanhar esta resposta com um tratamento processual digno que seja livre de vitimização secundária.

As vítimas de tráfico de seres humanos podem ser vistas como ocupantes do espaço de controvérsia do objecto da própria vitimologia, pois estas para além de vítimas de criminalidade são também, e especialmente, vítimas de outros tipos de sofrimento que de facto podem colocar em perspectiva a hipervalorização da vitimização criminal³⁴.

Quanto à reintegração social como contributo para a prevenção da prática do crime de tráfico de seres humanos, já em momentos anteriores deste estudo se falou da reintegração social como um processo de máxima minimização da vitimização secundária. Queremos reforçar a ideia de que para que uma vítima reincida na sua vitimização, alguém tem que praticar um crime contra ela. Nesta lógica, reduzir a vitimização secundária, através da reintegração social, prevenirá também a prática do crime de tráfico, como consequência directa da prevenção do retráfico das vítimas.

Um aspecto importante da prevenção revelado no Protocolo é o de que esta não tem como alvo apenas aqueles que ainda não foram vítimas do tráfico, mas também aqueles que

³³ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas...”, p. 95.

³⁴ “Aquilo que o crime de tráfico de pessoas tem de muito específico é que as suas vítimas, se são agora vítimas de um crime, já seriam em muitos casos – na maioria dos casos – vítimas de outras formas de sofrimento associadas a situações de vulnerabilidade social, económica, cultural, política ou familiar”, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas...”, p. 98.

já o foram. Faz parte dos objectivos de prevenção do Protocolo, na alínea b), do n.º 1, do artigo 9.º, a protecção das vítimas de tráfico, especialmente mulheres e crianças, da revitimização, pelo que existe aqui um aspecto ressocializador da prevenção importante de notar para o interesse do nosso estudo.

Creemos que esta dimensão preventiva através da prevenção da revitimização encontra síntese adequada no pensamento de GRYSON: “quando uma pessoa agride outra, não há nada de acidental na escolha da vítima feita pelo agressor; não há nada de acidental na escolha do agressor feita pela vítima”³⁵.

Iluminadas as nossas justificações, partimos para demonstrar que o processo de reintegração social está dependente de vários critérios de sucesso que se distribuem ao longo de todo o processo penal, bem como antes e depois dele. Em virtude disto, só um conhecimento ajustado à verdadeira realidade do tráfico e às reais circunstâncias das vítimas poderá conferir uma adequada e efectiva protecção destas.

1.2. Obrigação estadual de protecção das vítimas

1.2.1. As abordagens

Deixámos claro que um dos méritos da reintegração social é a conciliação das diferentes abordagens relativas ao combate do tráfico de seres humanos. No seu contexto internacional, este tem sido diferenciado por duas abordagens³⁶: a *criminal law approach*, que procura delinear meios de cooperação estadual, mas também obrigações para os estados através da adopção de legislação nacional de combate ao tráfico, controlo fronteiriço e extradição, tendo como principais objectivos a dissuasão e a punição – procura concentrar os esforços numa restrição criminal da actividade do tráfico em vez de uma abordagem da perspectiva da vítima, e concebe o tráfico em termos de controlo migratório como uma ameaça à segurança estadual; a *human rights approach*, por sua vez, centra os seus esforços nos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos vítimas de tráfico – incluindo-se aqui os

³⁵ GRYSON *apud* COSTA ANDRADE, *A vítima...*, p. 143.

³⁶ Apesar de estas consituírem a dicotomia tradicionalmente discutida, há quem discuta outros tipos de abordagens ao tráfico centradas em perspectivas distintas: “*Responses to trafficking have also been characterized as follows: migration based (exemplified by the work of IOM); human rights based (as exemplified by NGOs working to assist victims, and by the work of the Council of Europe); economics based (i.e., focusing on economic push and pull factors, and characteristic of some of ILO’s work); and law enforcement based (typified by the work of Europol in the EU; and to an extent by the U.S. government’s Trafficking in persons (TIP)(...)*”, JO GOODEY, “Data on Human Trafficking: Challenges and Policy Context”, in: *Human Trafficking: Exploring the International Nature Concerns and Complexities*, org: JOHN WINTERDYCK/ BENJAMIN PERRIN/ PHILIP REICHEL, Boca Raton: CRC Press, 2012, p. 48.

direitos no processo de determinar o estado da vítima, reabilitação, compensação, possível repatriação para o país de origem ou residência permanente no país de destino – sendo os indivíduos traficados vistos como vítimas de violação dos direitos humanos em vez de criminosos em violação de leis de imigração³⁷.

A dicotomia não deve servir para fazer distinções qualitativas em relação às duas abordagens, uma vez que ambas contribuem com elementos distintos para a concretização da tutela do crime de tráfico de seres humanos. Por exemplo, apesar de o Protocolo de Palermo evidenciar uma perspectiva tradicional de criação de legislação internacional sob uma *criminal law approach*, foi a sua abordagem do tráfico de seres humanos como um crime transnacional que direcionou o interesse estadual para a ratificação do Protocolo³⁸. Por outro lado, uma perspectiva maioritariamente centrada na persecução do tráfico, no controlo fronteiriço e na segurança estadual – como o é a *criminal law approach* – poderá perseguir estes objectivos em detrimento dos direitos das vítimas³⁹. Demasiado ênfase oferecido ao tráfico de seres humanos como um problema de controlo fronteiriço e de imigração ilegal, poderá levar à criminalização das vítimas como imigrantes ilegais; e a preocupação com o desmantelamento de organizações criminosas poderá levar a que as vítimas sejam utilizadas como meros instrumentos de persecução no processo penal, daí a importância de uma *human rights approach* que saliente a importância dos direitos das vítimas na política criminal do tráfico de seres humanos⁴⁰.

³⁷ MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking – Regulating Domestic Criminal Legislation through the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 82, Issue 3, 2013, p. 340.

³⁸ MAY IKEORA, *Bilateral Cooperation and Human Trafficking...*, p. 76.

³⁹ Sobre o fracasso de uma *criminal law approach* em Espanha: “Debido al énfasis que se pone en la persecución penal, a las víctimas de trata que no están dispuestas a colaborar en el procedimiento penal no se les da acceso a las medidas de protección, aunque estén previstas en la legislación española. (...) La ausencia de la perspectiva de género y la preeminencia de un enfoque dirigido al control de la criminalidad han limitado la utilidad de las medidas adoptadas. En consecuencia, un gran número de víctimas de trata nunca llega a ser indentificado ni recibe asistencia alguna.” PATRICIA FARALDO CABANA, “Dónde Están Las Víctimas de la Trata de Personas? – Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata España”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 148.

⁴⁰ “Within certain contexts, trafficking does not always require organized criminal groups, especially in countries such as Nigeria, where trafficking could sometimes occur as a family-friendly transaction. For sending countries such as Nigeria, criminalizing human trafficking from a criminal group lens may result in ill-directed investigations that exaggerate the true nature of the crime. The current perception of the crime has not improved the rate of prosecution of actual criminal traffickers. Convictions are still difficult to achieve even in the best circumstances. Apart from the countless pitfalls that render the prosecution of traffickers ineffective, especially in countries where trafficking is most prolific, a human-centered focus can be advantageous to the prosecution of traffickers.” MAY IKEORA, *Bilateral Cooperation and Human Trafficking...*, p. 77.

A *human rights approach* torna-se evidente em instrumentos internacionais mais recentes, como a Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005 e a Directiva da União Europeia de 2011 – esta última com uma construção claramente vítima-centrada⁴¹. MARIA ERIKSSON propõe que a dicotomia entre as duas perspectivas é reduzida pela actividade jurisprudencial, por exemplo, do TEDH que requer que os estados adoptem medidas preventivas do tráfico de seres humanos⁴². A *human rights approach* inclui-se numa tendência actual de os direitos humanos serem uma fonte de impulso para a intervenção do poder estadual, quando anteriormente, como refere TULKENS, eram concebidos como “travões” dessa mesma intervenção⁴³.

Apesar das suas diferenças, existem espaços de sobreposição das duas perspectivas - afinal de contas ambas têm como objectivo a prevenção e a *deterrence* -, pelo que estas podem ser vistas como complementares, reforçando-se mutuamente⁴⁴.

Desta exposição é possível retirar a conclusão de que a implementação legislativa exclusiva de uma ou outra destas abordagens poderá ser prejudicial para os objectivos que se queiram atingir.

1.2.2. A jurisprudência do TEDH em matéria de protecção das vítimas de tráfico de seres humanos

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a avançar jurisprudência no sentido de estabelecer obrigações estaduais para com as vítimas de tráfico de seres humanos. No caso *Rantsev v. Cyprus and Russia*⁴⁵ - acórdão paradigmático quanto ao estabelecimento

⁴¹ “Segue-se hoje uma orientação que espelha uma definição alargada do conceito de tráfico e que procura levar à prática uma abordagem “integrada, respeitadora dos direitos humanos e global.” ANABELA RODRIGUES, “O crime de tráfico de seres humanos à luz do princípio da legalidade – a diretiva 2011/36/EU e a alteração do artigo 160.º n.º1, do código penal português pela Lei n.º 60, de 23 de Agosto de 2013”, Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 28.

⁴² “There has, of late, been a general trend by international human rights monitoring bodies to delve into, and evaluate, the criminal law system of states, thus piercing the traditional protection of state sovereignty, or states’ internal affairs, in public international law. This is due to increasing obligations on states to adopt positive measures regulating relations between private individuals. In short, states are now required, through international human rights law, to prevent trafficking carried out by private actors. These obligations also require a certain level of protection in states’ domestic criminal law. Thus, international human rights law has drawn national criminal law in its ambit.” MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 341.

⁴³ TULKENS *apud* MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 344.

⁴⁴ *Idem*, p. 366.

⁴⁵ “The applicant was the father of a young woman who died in Cyprus where she had gone to work in March 2001. He complained that the Cypriot police had not done everything possible to protect his daughter from trafficking while she had been alive and to punish those responsible for her death. He also complained about

destas obrigações - o TEDH concluiu que sendo o tráfico abrangido pelo artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o estado do Chipre violou as suas obrigações positivas em duas dimensões: em primeiro lugar, falhou em criar um quadro administrativo e legal adequado ao combate do tráfico; em segundo lugar, a polícia falhou em tomar medidas operacionais para proteger a vítima de tráfico, apesar das circunstâncias que indicavam uma suspeição credível de que esta poderia ser uma vítima de tráfico.

Concluiu ainda o tribunal que as obrigações dos Estados quanto à proibição do tráfico como crime abrangido pelo art.º 4.º incluíam três aspectos: a prevenção do tráfico; a protecção das vítimas; e a persecução e punição dos traficantes – daí que os Estados tenham a obrigação de criar um quadro legislativo e administrativo para responder a estes aspectos⁴⁶.

Mais recentemente, no caso *Chowdury and Others v. Greece*⁴⁷, 42 nacionais do Bangladesh foram recrutados em Atenas e outras partes da Grécia, sem uma autorização de trabalho, para trabalhar numa quinta de morangos. Os empregadores não lhes pagaram salário e os trabalhadores foram obrigados a trabalhar debaixo de condições difíceis sob a supervisão de guardas armados. O Tribunal decidiu que houve uma violação do art. 4.º, n.º2, da CEDH, declarando que os requerentes não receberam uma protecção efectiva do Estado grego, uma vez que este falhou nas suas obrigações de prevenir o tráfico de seres humanos, de proteger as vítimas e de conduzir uma investigação eficiente dos factos.

Existe algumas dúvidas quanto à interpretação da protecção oferecida pelo artigo 4.º, levantando-se complicações quando se tem em conta que o mesmo artigo inclui protecção contra a escravatura, servidão e trabalho forçado. Estando o tráfico abrangido pela protecção deste artigo, significa que mesmo quando a exploração não se haja materializado, a vítima está debaixo de protecção, pois a intenção constitui o elemento subjectivo do tipo que se encontra nas definições internacionais⁴⁸. Outros autores defendem uma interpretação progressiva do conceito de tráfico ao lado dos conceitos de escravidão, servidão e trabalho

the failure of the Russian authorities to investigate his daughter's trafficking and subsequent death and to take steps to protect her from the risk of trafficking", Acórdão TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 07.01.2010 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

⁴⁶ Cf. Acórdão TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 07.01.2010 (disponível em <http://www.echr.coe.int>). Desenvolvidamente sobre este caso, MARIA ERIKSSON, "The Prevention of Human Trafficking...", p. 353 e ss.

⁴⁷ Acórdão TEDH, *Chowdury and Others v. Greece*, 30.03.2017 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

⁴⁸ MARIJA JOVANOVIC, "The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance", *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, Vol 1., N.º 1, 2017, p. 50.

forçado, o que implicaria que apenas as vítimas que haviam sido exploradas cairiam no âmbito de protecção do artigo 4.º, restringindo-se a sua protecção⁴⁹.

Não nos parece merecer seguimento a segunda posição. A interpretação progressiva nela proposta assenta na exclusão de um elemento subjectivo da incriminação que é reconhecido em todas as definições de tráfico decorrentes dos diplomas internacionais⁵⁰, pelo que não lhe encontramos fundamento. Acresce a restrição da protecção que vai contra a crescente tendência humanista da política-criminal do tráfico. Desta forma embate com a teleologia normativa dos diplomas internacionais mais recentes, que procura reforçar a tutela das vítimas, assim como com a própria protecção oferecida pela CEDH.

Quanto aos limites destas obrigações de protecção por parte dos estados, podemos encontrar algumas no recente caso *J. and Others v. Austria*⁵¹. O caso diz respeito a uma investigação por parte das autoridades austríacas: duas nacionais filipinas, que trabalhavam como empregadas domésticas nos Emirados Árabes Unidos, alegaram ter sido exploradas e privadas dos seus passaportes pelos seus empregadores. Durante um período de férias em que acompanharam os seus empregadores a Viena, escaparam. As mulheres disseram ter sido submetidas a trabalho forçado e identificavam-se como vítimas de tráfico de seres humanos, mas que, apesar disto, as autoridades austríacas decidiram não investigar o caso por incompetência em razão da jurisdição.

O TEDH decidiu que as autoridades austríacas cumpriram o seu dever de protecção das potenciais vítimas de tráfico. Contudo, declarou que não havia qualquer obrigação imposta pela CEDH de as autoridades investigarem o recrutamento das vítimas nas Filipinas ou a sua alegada exploração nos Emirados Árabes Unidos. Segundo o Tribunal, a assistência que foi proporcionada às requerentes – receberam apoio de uma ONG, foram interrogadas por polícias especialmente treinados, foram-lhes concedidas autorizações de residência e de trabalho para regularizar a sua estadia na Áustria, os seus dados pessoais foram protegidos pela confidencialidade – incluiu todos os esforços das autoridades que podiam ter sido esperados na situação.

Não podemos deixar de concordar com o Tribunal quanto à assistência que foi proporcionada às requerentes – podendo esta ser considerada, pela descrição, como exemplar. O que fica evidenciado no caso é a forma como incapacidades jurisdicionais

⁴⁹ *Idem*, p. 51.

⁵⁰ Cf. Art. 4.º, Convenção; art. 3.º, Protocolo de Palermo; art. 2.º, Directiva.

⁵¹ Acórdão TEDH, *J. and Others v. Austria*, 17.01.2017 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

podem ainda colocar em causa a obrigação de persecução e punição dos traficantes. Claro está que o tribunal não apontou uma violação desta obrigação por as autoridades austríacas não terem procurado levar a investigação até aos Emirados Árabes Unidos. Esta aparente impunidade dos traficantes terá que ser resolvida por outros mecanismos, dos quais trataremos em seguida⁵².

Apesar de ser um importante auxílio no apuramento de várias dimensões da tutela, jurisprudência do TEDH causa um problema geral quanto à especificação das medidas concretas que os Estados devem tomar para satisfazer as suas obrigações de proporcionar protecção efectiva através do direito penal, uma vez que o estilo casuístico de decisão do tribunal apenas se cinge ao caso concreto, passando depois a oferecer indicações gerais quanto à interpretação de um direito específico – dificultando a interpretação para os países que não estão envolvidos no juízo concreto⁵³.

Os próprios estados mostram-se relutantes em adoptar abordagens mais humanistas e dedicarem-se ao cumprimento das suas obrigações. No geral, é fácil apontar o objectivo de protecção das vítimas como uma política exigente: a não persecução das vítimas exige, muitas vezes, alterações da legislação criminal e migratória de um Estado; proporcionar abrigos, assistência médica e legal, autorizações de residência, assim como outras medidas de protecção, mostram-se caras – isto leva a que os estados aproveitem a discricionariedade que lhes é oferecida para evitar, tanto quanto conseguem, a implementação destas medidas, uma vez que os custos são altos e há poucos incentivos para o cumprimento⁵⁴.

O TEDH representa um mecanismo importante para a protecção das vítimas de tráfico, oferecendo uma ferramenta concreta para que estas possam agir através do seu sistema de petições, apelando para além do quadro legislativo de cada Estado-Membro. A atitude dos estados perante um tribunal supranacional será outra, havendo mais receio de se encontrarem em incumprimento quanto às obrigações estabelecidas por este, contrariamente à sua atitude para com os instrumentos legislativos internacionais⁵⁵.

⁵² *Infra* – 1.2.3. As limitações jurisdicionais e a cooperação judiciária no tráfico de seres humanos

⁵³ “*Although it is in fact not formally an obligation for other states to follow the case-law of the Court, it is generally wise in order to avoid potential complaints.*”, MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 358.

⁵⁴ JOHANNA SCHONHOFER, “Political determinants of efforts to protect victims of human trafficking”, *Law and Social Change*, Vol. 67, Issue 2, 2017, p. 154 e 155.

⁵⁵ MARIJA JOVANOVIC, “The Principle of Non-Punishment...”, p. 52.

1.2.3. As limitações jurisdicionais e a cooperação judiciária no tráfico de seres humanos⁵⁶

O tráfico de seres humanos, em muitos casos, será um crime transnacional. A Convenção das Nações Unidas Contra a Crime Organizado Transnacional define como transnacional a ofensa que satisfaz alternativamente uma de várias condições: for cometida em mais de um estado; for cometida num Estado mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direcção, ou controlo tenham acontecido noutra Estado; for cometida num Estado mas envolve um grupo de criminalidade organizada que actua em mais do que um Estado; for cometida num Estado mas com efeitos substanciais sobre outro Estado.

Neste contexto, podemos afirmar que o tráfico na sua natureza possui muitas das características que definem o crime transnacional, assim como se enquadra nas causas que lhe dão origem: é um crime praticado por entidades privadas sem um papel estadual; é uma actividade criminal perseguida com o objectivo de obter lucro, aproveitando-se da disparidade económica e satisfazendo a procura de bens ilegais; ocorre muitas vezes no seio de uma organização criminosa; apesar de a preceder o tráfico não deixou de se ver potenciado pelo “lado negro da globalização”⁵⁷.

Os crimes transnacionais devem distinguir-se dos crimes de direito internacional costumeiro. Estes crimes são uma proibição, imposta a indivíduos com fonte e definição formais no direito internacional costumeiro e cuja violação torna o agente responsável criminalmente perante o direito internacional costumeiro⁵⁸. Tradicionalmente, são também designados como *core international crimes* ou *crimina iuris gentium*. Para a doutrina maioritária, estes encontram-se codificados e definidos nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais: o genocídio; os crimes de guerra; os crimes contra a humanidade; e o crime de agressão⁵⁹.

⁵⁶ Neste ponto procuraremos apenas fazer um breve enquadramento do tráfico de seres humanos nas limitações jurisdicionais que afectam a investigação e punição dos crimes transnacionais e referir quais os mecanismos de cooperação judiciária aptos para servir como solução a essas limitações, não faz parte das ambições do nosso estudo aprofundar as complexidades – imensas – que subjazem a estas matérias, pelo que procuraremos ser concisos na nossa exposição.

⁵⁷ Sobre as características e causas do crime transnacional, NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 4 e ss.

⁵⁸ ROGER O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 120.

⁵⁹ ELIES VAN SLIEDREGT, “International Criminal Law”, in: *The Oxford Handbook of Criminal Law*, org: MARKUS D. DUBBER/ TATJANA HORNLE, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 1150.

O tráfico de seres humanos não se inclui entre estes crimes de direito internacional costumeiro, não podendo ser concedido recurso ao TPI por parte desta conduta, uma vez que não se encontra consagrado no art. 5.º do Estatuto de Roma – onde se define a jurisdição material deste Tribunal.

Por outro lado, a jurisdição universal é uma forma extraterritorial de exercício de jurisdição. O princípio da universalidade permite aos Estados punir todos os factos contra os quais se deva lutar a nível mundial ou que internacionalmente ele tenha assumido a obrigação de punir, exercer jurisdição determinadas pessoas, por eventos extraterritoriais, quando nem a vítima, nem o acusado são nacionais do Estado do foro, nem foi alegadamente causada nenhuma ofensa aos seus interesses nacionais⁶⁰. Dos crimes que podem ser abrangidos por esta forma de jurisdição – *core international crimes* - não faz parte o tráfico de seres humanos. Ainda que fizesse, como se trata de uma forma de jurisdição prescritiva e não executiva, nunca permitira a detenção de agentes estrangeiros.

A jurisdição universal facilitaria, de facto, a investigação do tráfico de seres humanos, uma vez que a sua dimensão é predominantemente transnacional. Mas o tráfico não chega a atingir a dimensão que os crimes contra a humanidade ou os outros *core crimes* atingem, basta pensar nos casos de tráfico dentro de apenas um país para fins de exploração laboral, não se equipara a um genocídio.

No que diz respeito ao estabelecimento de uma jurisdição extraterritorial que assegure o combate ao crime transnacional e, conseqüentemente, ao tráfico de seres humanos, esta deverá ser precedida de: investigação, detenção, acusação e punição do agente se este estiver na custódia do estado; extradição seguida do processo penal normal se o agente estiver num outro estado⁶¹.

Em face dos problemas jurisdicionais que a natureza deste crime levanta, será óbvia a importância da cooperação judiciária internacional para o seu combate. O processo pode trespassar várias jurisdições, com o recrutamento no país de origem, o trânsito que começa também no país de destino, mas que poderá atravessar vários países e, por fim, a exploração no país de destino. Esta natureza transnacional do crime coloca desafios à jurisdição dos estados, sendo importante relembrar que estes devem actuar, mesmo quanto ao cumprimento das suas obrigações, como salienta o art. 4.º, n.º 1, da CNUCCOT, de uma maneira

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 208.

⁶¹ NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law...*, p. 136.

consistente com os princípios da igualdade de soberania, integridade territorial e *non-intervention*. Adicionalmente, o n.º 2, obriga os estados a não exercer jurisdição extraterritorial no território de um outro estado, assim como não executar nele funções reservadas à lei doméstica deste.

Os mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal serão solução para muitos constrangimentos que as limitações jurisdicionais colocam ao *enforcement*⁶². Estes serão, tal como elencados pelas alíneas do n.º 1, do art. 1.º, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto - Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: extradição; transmissão de processos penais; execução de sentenças penais; transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade; vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente; auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Nos termos do art. 3.º, regem-se pelas normas dos tratados, convenções e acordos internacionais que vinculem o Estado.

A CNUCCOT serve como uma base de potenciação da extradição em sede de criminalidade organizada, incluindo-se no seu âmbito o tráfico de seres humanos⁶³. Mesmo não havendo uma convenção bilateral que obrigue a extradição entre estados, os aderentes a esta convenção da ONU podem apoiar-se nela para requerer a extradição. Contudo, para que este mecanismo funcione os estados têm que informar o Secretário Geral da ONU sobre a sua concordância em utilizar a CNUCCOT como uma base legal para extradição, nos termos do art. 16.º, n.º 5, al. a). No caso de não o fazerem, são incentivados pala al. b), a realizarem tratados com outros estados para conseguirem implementar o mecanismo de extradição relativamente às condutas da convenção. Alguns estados mostram-se relutantes em fazer a extradição assentar neste diploma, apesar de haver pouco que o distinga formalmente de um tratado de extradição⁶⁴.

As condutas às quais se aplica a extradição estão estipuladas no n.º 1, do art. 16.º, valendo neste âmbito o princípio da dupla incriminação⁶⁵, em que a conduta terá que estar incriminada na lei doméstica do estado requerente e do estado requerido. As condições

⁶² “*Enforcement is the process of investigating the particular offence and trying the accused in order to establish the elements of the crime in the particular case*”, *Idem*, p. 159.

⁶³ A nível europeu vigora um mecanismo de facilitação da extradição, o Mandado de Detenção Europeu, previsto na Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa ao Mandado De Detenção Europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Incluindo-se no seu âmbito de aplicação, nos termos do art. 2.º, n.º 2, o tráfico de seres humanos.

⁶⁴ NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law...*, p. 216.

⁶⁵ Sobre este princípio, *Idem*, p. 218.

encontram-se no n.º 7, sendo aplicável a legislação doméstica de cada estado-parte assim como tratados de extradição que hajam sido celebrados.

Outro mecanismo da cooperação apto a assistir os estados a aplicar os seus poderes coercivos noutra jurisdição é o auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Este está previsto no art. 18.º da CNUCCOT, ficando os estados-parte obrigados pelo n.º 1 a prestar o máximo auxílio judiciário quanto a investigações, persecuções e procedimentos judiciários em relação às condutas abrangidas. As variadas formas que este auxílio judiciário mútuo compreende estão elencadas no n.º 3 e suas alíneas⁶⁶. À semelhança do mecanismo da extradição, também aqui vale o princípio da dupla incriminação nos termos do n.º 9, com a particularidade que os estados têm discricionariedade para actuar ou não sobre ele. Quanto às razões que podem ser invocadas para recusar o auxílio, estas estão elencadas no n.º 21⁶⁷.

Procurámos salientar estes mecanismos pois consideramos que a sua capacidade de ultrapassar limitações jurisdicionais, ainda que com reserva das suas condições de aplicabilidade, serve de forma particularmente eficaz o combate ao tráfico de seres humanos na sua vertente transnacional. Um crime que é capaz de ver a sua factualidade distribuída por vários territórios – consequentemente, várias jurisdições –, verá a efectividade da sua tutela potenciada pelos mecanismos de cooperação judiciária, sendo esta uma dimensão imprescindível da investigação das condutas mais graves deste tipo de criminalidade.

2. Critérios de sucesso

2.1. Adequação dos mecanismos de protecção e necessidade de uma definição precisa do tipo legal

2.1.1. Regime e tipo legal do crime de tráfico de seres humanos

⁶⁶ “a) Taking evidence or statements from persons; b) Effecting service of judicial documents; c) Executing searches and seizures, and freezing; d) Examining objects and sites; e) Providing information, evidentiary items and expert evaluations; f) Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including government, bank, financial, corporate or business records; g) Identifying or tracing proceeds of crime, property, instrumentalities or other things for evidentiary purposes; h) Facilitating the voluntary appearance of persons in the requesting State Party; i) Any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Part.” Art. 18.º, n.º3, CNUCCOT.

⁶⁷ “a) If the request is not made in conformity with the provisions of this article; b) If the requested State Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, public order or other essential interests; c) If the authorities of the requested State Party would be prohibited by its domestic law from carrying out the action requested with regard to any similar offence, had it been subject to investigation, prosecution or judicial proceedings under their own jurisdiction; d) If it would be contrary to the legal system of the requested State Party relating to mutual legal assistance for the request to be granted” Art. 18.º, n.º21, CNUCCOT.

O crime de tráfico de seres humanos está previsto no art. 160.º do CP⁶⁸, integrado no Título I “Dos crimes contra as pessoas”, no Capítulo IV “Dos crimes contra a liberdade pessoal”⁶⁹. A gravidade do crime reflecte-se na sua moldura penal: de três a dez anos de prisão para as condutas básicas de tráfico e de três a doze anos de prisão para as condutas qualificadas em razão de menoridade da vítima, existindo ainda a hipótese – adicionada na última redacção – de existir agravamentos de um terço nos termos do n.º 4.

Neste tipo legal de crime já são evidentes os esforços de harmonização e conformação do direito penal português impostos pelos vários instrumentos que o vinculam⁷⁰, como: a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças de 2000 - Protocolo de Palermo⁷¹; a Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005; a Decisão-Quadro do Conselho 2002/629/JAI relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; e a Decisão-Quadro do Conselho 2004/68/JAI, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil⁷².

Mais recentemente, os esforços da União Europeia no combate ao tráfico traduziram-se na adopção da Directiva 2011/36/UE, que veio substituir a Decisão-Quadro

⁶⁸ Redacção da Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto – vigente a partir de 28 de Agosto de 2013 – rectificadora pela Declaração de Rectificação n.º 39/2013, de 4 de Outubro. Sobre esta lei “(...) alargou consideravelmente o âmbito da punibilidade, consagrando agora um tipo de crime de “tráfico de pessoas para exploração” construído como um crime de intenção baseado em exemplos padrão”, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 628.

⁶⁹ “O bem jurídico protegido, em todos estes crimes, é a liberdade de decisão e acção de outra pessoa. Por isso, a localização sistemática do novo crime é correcta, justificando-se a transferência do crime de tráfico do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual para o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, uma vez que o tráfico já não respeita apenas à exploração sexual, mas também a outras formas de exploração”, *Idem*, p. 629.

⁷⁰ Para uma evolução histórica dos instrumentos internacionais e europeus contra o tráfico de seres humanos: ANGELO CONSTANTINOU, “Harming the very people whom the law is seeking to protect? The nexus between international, European Union and domestic law on human trafficking and undercover police operations”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 8 (4), 2017, p. 479 e ss.

⁷¹ Sobre o impacto do Protocolo de Palermo, “(...) has been undeniably successful in gaining agreement on paper from countries in the North and South, from the First to the Third world, from demand, supply, and transit countries” DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture”, *Israel Law Review*, 43, 2010, p. 481. Sobre o contexto do seu aparecimento, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à Luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, *JULGAR on line*, 2009, p. 1 e ss.

⁷² Sobre uma análise concreta da influência dos instrumentos ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico de Pessoas no Contexto da Política Criminal Contemporânea”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 578 e ss.

2002/629/JAI do Conselho. A directiva faz referências à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, especificamente ao seu artigo 5º, n.º3, que proíbe o tráfico de seres humanos⁷³ e o seu artigo 24º que reconhece os direitos das crianças. Esta Directiva é muitas vezes apontada como uma representação de uma forma mais humanista de legislar quanto ao tráfico de seres humanos, adoptando uma *human rights approach*.

Entre outras iniciativas, o Conselho da União Europeia adoptou o Programa de Estocolmo em Dezembro de 2009, consagrando o tráfico de seres humanos como uma preocupação prioritária na União. O plano de acção estabelecido em Estocolmo para 2010-2014, concentra-se em reforçar a cooperação com países de terceiro mundo, de onde muita vez se origina o tráfico⁷⁴.

Quanto ao tipo de crime de tráfico de seres humanos⁷⁵, na mais recente redacção da Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto, estão consagrados como elementos da acção típica: o oferecimento, a entrega, o recrutamento, o aliciamento, a aceitação, o transporte, o alojamento e o acolhimento da pessoa traficada; como meios temos: a violência, o rapto, a ameaça grave, o ardil ou manobra fraudulenta⁷⁶, o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar, o aproveitamento de incapacidade psíquica, o aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade e a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; como fins temos: a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extracção de órgão e a exploração de outras actividades criminosas.

A contemplação do tráfico para fins não apenas sexuais⁷⁷, mas também de “trabalho ou serviços forçados⁷⁸”, de “escravatura ou práticas similares à escravatura⁷⁹”, de “servidão” ou de extracção de órgãos”, é uma outra influência das disposições do Protocolo de Palermo.

⁷³ “É proibido o tráfico de seres humanos”, art.º 5, n.º3, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁷⁴ KATARZYNA GROMEK-BROC, “EU directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”. *Nova et Vetera* 20(64), 2011, p. 228

⁷⁵ Para um confronto com as definições dos diplomas internacionais: art. 4.º, Convenção; art. 3.º, Protocolo de Palermo; art. 2.º, Directiva.

⁷⁶ Sobre o conceito esclareceu a jurisprudência: “O “ardil ou manobra fraudulenta” é a acção pela qual o agente engana outrem sobre o significado, o propósito e as consequências da sua acção, não sendo suficiente o mero aproveitamento passivo de engano alheio”, Ac. TRP de 14 de Maio de 2014.

⁷⁷ “A exploração sexual consiste na instrumentalização do corpo da vítima como objecto (directo ou indirecto) de prazer sexual”, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 629.

⁷⁸ “A exploração do trabalho consiste na instrumentalização do corpo e das faculdades intelectuais da vítima para a prestação de trabalho físico ou intelectual”, *Ibidem*.

⁷⁹ “A escravatura consiste numa modalidade da exploração laboral ou da exploração sexual”, *Idem*, p. 630.

É de acrescentar que, nesta disposição, estamos perante um crime de dano - quanto à lesão do bem jurídico - e de resultado - quanto ao objecto da acção -, tratando-se ainda de um crime de ato cortado⁸⁰. Na síntese de ANABELA RODRIGUES: “Há, assim, uma falta de congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo, que contem uma intenção (por exemplo, de exploração sexual) de um resultado (por exemplo, a prática da exploração sexual), resultado este que não faz parte do tipo objectivo, sendo concretizado por uma acção posterior a praticar pelo agente do crime de tráfico ou por um terceiro. O objecto do elemento subjectivo do tipo encontra-se fora do tipo objectivo de ilícito, tendo por objecto uma factualidade que não pertence ao tipo objectivo de ilícito”⁸¹.

No que toca à inclusão expressa dos menores como vítimas do crime, relativamente a estes é estabelecido um conjunto mais reduzido de exigências para a verificação do tipo, na medida em que não se exige o elemento meio, é um aspecto em conformidade com as als. c) e d) do Protocolo, não se exigindo desta forma qualquer meio de constrangimento quando estão em causa menores de 18 anos⁸².

No n.º 6, prevê-se a punição da utilização dos serviços ou órgãos da vítima⁸³, desde que o utilizador tenha conhecimento de que a pessoa é vítima de tráfico, o que revela uma conformidade com o art. 19º da Convenção contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005, que prevê a criminalização da “utilização dos serviços que constituem objecto da exploração”, quando o utente tenha conhecimento de que a pessoa em causa é vítima de tráfico de seres humanos, como uma “medida de desincentivo da procura”⁸⁴. Considera-se utilizador o cliente que recorre aos serviços ou o receptor do órgão com conhecimento da situação, isto é, de que a pessoa que vai utilizar ou a quem o órgão pertence é uma vítima de tráfico de

⁸⁰ *Idem*, p. 629.

⁸¹ ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico...”, p. 582. A respeito do momento da consumação do crime, a jurisprudência do STJ afirma que: “O crime de tráfico de pessoas (artigo 169.º, do CP), consuma-se logo que uma pessoa é, por meio de fraude ou violência, aliciada ou conduzida para país estrangeiro para aí exercer a prostituição”, Ac. STJ de 3 de Março de 1999. Numa outra decisão do mesmo tribunal: “O crime de tráfico de pessoas previsto e punido no artigo 217.º do Código Penal consuma-se logo que a pessoa é aliciada, seduzida ou desviada com o fim de exercer a prostituição em outro país”, Ac. STJ de 1 de Março de 1990.

⁸² Cabe aqui referenciar a obrigação imposta a Portugal pelo artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”

⁸³ “A extracção de órgãos consiste na sujeição da vítima a uma intervenção médica de remoção de um órgão do seu corpo. É irrelevante se a intervenção tem fim terapêutico para um terceiro beneficiário do órgão”, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 630.

⁸⁴ Cf. *Council of Europe convention on action against trafficking in human beings, explanatory report*, n.º230 art. 19º

seres humanos, e que, conseqüentemente, está sob “coacção na expressão da sua vontade”, não podendo ser punido se não estiver consciente disso⁸⁵.

O n.º7 que prevê as situações de retenção, ocultação, danificação ou destruição de documentos de identificação ou de viagem da vítima, está em parcial harmonia com o art. 20º da Convenção contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005, uma vez que este preceito criminaliza, além da retenção, ocultação, danificação e destruição dos documentos de viagem ou de identificação, a falsificação desses documentos, assim como a obtenção e fornecimento desses documentos falsificados. Uma vez que existem incriminações autónomas destas condutas no nosso ordenamento⁸⁶, não nos parece existir qualquer falha por parte do legislador em adoptar por completo o preceito da Convenção – aí sim poderia incorrer numa redundância legislativa.

O n.º8 vem introduzir uma outra novidade relativamente às redacções anteriores, em que se prevê a irrelevância do consentimento da vítima no que diz respeito ao juízo da ilicitude do facto – apesar das situações previstas no n.º1 (violência, rapto, ameaça grave, etc.) excluïrem a validade do consentimento, uma vez que quando o consentimento envolve coacção ou dolo não se pode considerar que tenha sido dado com base numa vontade séria, livre e esclarecida, como o art. 38º do CP exige. Este preceito será alvo de amplas considerações em momento posterior do nosso estudo, pelo que não nos iremos precipitar sobre ele neste momento.

Relevante no contexto desta temática é também o art. 11º do CP, que trata da responsabilidade das pessoas colectivas. Este dispõe no seu n.º2 que as pessoas colectivas podem ser responsabilizadas pela prática de certos crimes, incluindo o previsto no art. 160º, podendo desta forma ser responsabilizadas pelo crime de tráfico de seres humanos quando actuem nos termos do n.º2: “em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança” segundo a al. a); ou “por quem aja sob autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” segundo a al. b).

Esta responsabilização das pessoas colectivas vai de encontro às exigências decorrentes do art. 22º da Convenção contra o Tráfico de Seres Humanos de 2005 e do art. 4º da Decisão-Quadro 2002/629/JAI, nas quais se determina a punição das pessoas colectivas

⁸⁵ Cf. *Council of Europe convention on action against trafficking in human beings, explanatory report*, n.º234

⁸⁶ Cf. Art. 256.º - Falsificação ou contrafacção de documentos.

sempre que o crime de tráfico de pessoas seja praticado no seu interesse por uma pessoa singular que nelas ocupe uma posição dominante baseada em “poderes de representação”, “autoridade para tomar decisões” ou “autoridade para exercer controlo no seio da pessoa colectiva” e sempre que a falta de vigilância ou de controlo por parte de uma dessas pessoas singulares tenha tornado possível a prática do crime de tráfico de pessoas, em benefício dessa pessoa colectiva.

Este parece-nos um aspecto bastante importante de salvaguardar devido à natureza extremamente complexa das organizações por detrás da prática deste crime, que por essa mesma natureza exige uma especialidade organizacional que muitas vezes só pode ser conseguida com recurso a pessoas colectivas⁸⁷.

À semelhança do direito substantivo, também o direito processual penal se moldou às exigências das condutas de tráfico de seres humanos e às obrigações internacionais. É possível, desde logo, identificar a definição legal de “criminalidade altamente organizada” na al. m) do art. 1.º do CPP⁸⁸, onde se insere o crime de tráfico de seres humanos. O que se traduz em repercussões processuais a nível de medidas de coacção e de meios de obtenção de prova⁸⁹. Nas investigações deste crime podem ser utilizadas técnicas especiais de investigação, como as escutas telefónicas ou de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer outro meio técnico⁹⁰. Podem também ser utilizados agentes encobertos, quer para fins de prevenção quer de investigação criminal⁹¹. Quando cometido de forma organizada, poderão também ser utilizados os regimes especiais de quebra de segredo profissional, de obtenção de prova e de perda de bens a favor do Estado, incluindo a “perda ampliada”⁹².

O art. 88.º, n.º 2 al. c) do CPP⁹³ prevê a proibição expressa de divulgação da identidade das vítimas do crime de tráfico de pessoas. No caso do art. 87.º, n.º 3⁹⁴ existe mesmo uma exclusão do princípio da publicidade nos processos “por crime de tráfico de

⁸⁷ “Os elevados ganhos conseguidos pelas organizações criminosas envolvidas no tráfico de mulheres levam obviamente a actividades de branqueamento de capitais e implicam a criação de empresas fictícias envolvidas em actividades ilícitas.” ANABELA RODRIGUES “O Papel dos Sistemas Legais e a Sua Harmonização Para a Erradicação Das Redes De Tráfico De Pessoas”, in: *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 157.

⁸⁸ Redacção da Lei n.º 58/2015, de 23 de Junho – com entrada em vigor em 24 de Junho de 2015.

⁸⁹ Vejam-se os artigos 174.º, n.º 5, al. a); 177.º, n.º 2, al. a); 187.º, n.º 2, al. a); e 202.º, n.º 1, al. c) do CPP.

⁹⁰ Cf. Art. 187.º, n.º 2, al. a).

⁹¹ Cf. Lei n.º 101/2011, de 25 de Agosto, com as alterações da Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto.

⁹² Cf. Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, com as alterações da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.

⁹³ Redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

⁹⁴ Redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

peças ou contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Estes artigos estão em conformidade com o art. 11º da Decisão-Quadro 2002/629/JAI, que prevê o regime de protecção da vida privada das vítimas e da sua identidade, com incidência sobre o regime de tratamento automatizado de dados pessoais daquelas, ou sobre a divulgação pela comunicação social da identidade ou dos elementos “que permitam a identificação de uma criança vítima de tráfico”.

Nos termos do n.º1, do art.º 271 do CPP, admite-se a utilização de declarações para memória futura no caso de vítimas de tráfico de seres humanos. Este procedimento é aconselhável tendo em conta a extrema mobilidade das vítimas - que muitas vezes, após o processo, querem mudar de paradeiro e afastarem-se do alcance dos traficantes - e a sua tendencial volubilidade a pressões⁹⁵.

Aplica-se, também, às vítimas de tráfico de seres humanos a reserva do conhecimento da identidade da testemunha, que pode ter lugar durante alguma ou em todas as fases do processo, e possível de se atingir através de depoimento ou declarações com ocultação de imagem ou distorção de voz, realizáveis, por teleconferência ou por outro meio adequado⁹⁶.

Adicionalmente, quando as vítimas de tráfico forem mulheres (o que constitui a maioria dos casos⁹⁷) podem, também, beneficiar dos mecanismos reforçados de protecção da Lei n.º61/91, de 13 de Agosto.

Também o Código de trabalho sofreu alterações no sentido de expandir a responsabilidade de protecção dos trabalhadores e por violações dessas protecções por agências de emprego e empresas que contratam trabalhadores temporários – no sentido de prevenir o tráfico de seres humanos para fins de exploração laboral⁹⁸.

2.1.2. Mecanismos de protecção actuais⁹⁹

⁹⁵ EUCLIDES DÂMÁSIO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 126.

⁹⁶ Cf. Artigos 16.º e 19.º, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, com as alterações da Lei n.º 42/2010, de 13 de Setembro.

⁹⁷ Cf. *Global Report on Trafficking in Persons*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2016, p. 6.

⁹⁸ Cf. *Global Report on Trafficking in Persons*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2016, p. 329.

⁹⁹ Para uma análise específica do regime brasileiro MARIA LÚCIA PINTO LEAL, “O papel dos Estados na protecção da vítima de tráfico de pessoas”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 43 e ss.

Portugal é um dos 36 países no mundo que fazem parte do *TIER 1*, no que toca ao cumprimento das exigências mínimas do *Trafficking Victims Protection Act*, assim reconhecido no *Trafficking in Persons Report* do *Department of State* dos Estados Unidos da América¹⁰⁰. Esta posição é um reconhecimento indicativo da qualidade da nossa legislação respeitante aos mecanismos de protecção das vítimas de tráfico de seres humanos, estando nela explícita uma clara preocupação com a vertente humanista da política-criminal.

¹⁰⁰ As exigências mínimas do TVPA para a eliminação do tráfico de seres humanos são: (1) *The government of the country should prohibit severe forms of trafficking in persons and punish acts of such trafficking.* (2) *For the knowing commission of any act of sex trafficking involving force, fraud, coercion, or in which the victim of sex trafficking is a child incapable of giving meaningful consent, or of trafficking which includes rape or kidnapping or which causes a death, the government of the country should prescribe punishment commensurate with that for grave crimes, such as forcible sexual assault.* (3) *For the knowing commission of any act of a severe form of trafficking in persons, the government of the country should prescribe punishment that is sufficiently stringent to deter and that adequately reflects the heinous nature of the offense.* (4) *The government of the country should make serious and sustained efforts to eliminate severe forms of trafficking in persons.* O *Trafficking in Persons Report* do *Department of State* dos Estados Unidos da América divide os países em escalões (*tiers*) em concordância com o seu cumprimento das exigências mínimas do TVPA. O primeiro escalão (*tier 1*), incluem-se os países cujos governos cumprem as exigências mínimas do TVPA; no segundo escalão (*tier 2*), incluem-se os países cujos governos não cumprem completamente as exigências mínimas do TVPA, mas que estão a fazer esforços significativos para vir a cumprir; existe também a chama *tier 2 watchlist*, onde estão incluídos países nas circunstâncias do *tier 2* mas que, adicionalmente, nos quais as formas de tráfico são de número significativo ou crescente, falham em revelar esforços significativos no ano anterior, comprometeram-se a fazer mudanças significativas no espaço de um ano; no terceiro escalão (*tier 3*), incluem-se os países cujos governos não cumprem as exigências mínimas do TVPA, nem estão a fazer esforços no sentido de as cumprir. Cf. *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 38, 39, 45 e 46.

Os critérios para classificar os países relativamente ao seu cumprimento incluem: a proibição e punição de várias formas de tráfico; penas comparativamente aos estandartes do país quando à criminalidade grave; penas prescritas para dissuadir e reflectir a natureza particularmente grave das ofensas; esforços para eliminar as várias formas de tráfico; os esforços do governo para recolher dados quanto à investigação, acusação, condenação e sentenças; os esforços do governo para proteger as vítimas e encorajar o seu testemunho no processo penal, garantir-lhes impunidade e oferecer-lhes alternativas à deportação; a criação de medidas de prevenção; a colaboração transnacional na persecução; o funcionamento dos processos de extradição; a monitorização da migração e os reflexos dessa monitorização na permanência das vítimas no país de destino, KAY WARREN, “The Ilusiveness of Counting ‘Victims’ and the Concreteness of Ranking Countries: trafficking in persons from Colombia to Japan”, in: *Sex, Drugs and Body Counts*, org: P. ANDREAS/ K. M. GREENHILL, Itacha: Cornell University Press, 2010, p. 118. Contudo há várias críticas a serem apontadas a este sistema de *tiers*, KAY WARREN faz notar que existe uma dimensão eminentemente política nestas classificações, por vezes, derivadas dos interesses internacionais dos EUA, levantando dúvidas quanto à metodologia utilizada e o verdadeiro propósito das classificações, p. 119 e ss.

JOHANNA SCHONHOFER, por outro lado, faz notar a influência positiva que as classificações podem ter, “*Coerced compliance may occur because destination countries have an interest in origin and transit countries tackling the trade in human beings, so that fewer trafficking flows will affect the receiving states. To this end, powerful destination states can impose unilateral sanctions on origin countries accountable for most of their trafficking inflows. Analyses have shown that states which are susceptible to international pressure due to a poor ranking in the annual Trafficking in Persons Reports issued by the US Department of State or financial loans from the USA are subsequently more likely to implement and enforce anti-trafficking policies*”, “Political determinants...”, p. 157.

Quanto aos principais mecanismos utilizados para monitorizar os dados relativos ao tráfico de seres humanos são: relatórios nacionais (*self-assessment*); relatórios do Estado submetidos a entidades internacionais; relatórios internacionais elaborados por uma entidade internacional, MOHAMED Y. MATTAR, “Comparative Models of Reporting Mechanisms on the Status of Trafficking in Human Beings”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 2008, p. 1359.

Da nossa própria análise dos mecanismos presentes na legislação nacional resulta o mesmo reconhecimento pelo esforço que tem sido feito para proporcionar os mais variados espaços de acolhimento das vítimas através da lei.

Actualmente, as vítimas de tráfico beneficiam de todo um conjunto de instrumentos legislativos mobilizáveis para a sua protecção, mas para além delas, também a investigação beneficia de uma série de mecanismos repressivos quanto à persecução do tráfico.

Quanto aos instrumentos de que beneficiam as vítimas de tráfico, podemos desde logo apontar o regime especial de concessão de autorizações de residência, que se manterá enquanto houver risco de a vítima, os seus familiares ou pessoas que com ela mantenham relações próximas serem objecto de ameaças ou ofensas praticadas pelos agentes do tráfico. Este regime de protecção foi criado pelo Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro, com o objectivo de proporcionar condições de segurança às vítimas de tráfico e garantir o seu contributo probatório no processo penal¹⁰¹.

Para além desta autorização de residência, às vítimas é concedido um período de reflexão que lhes permita recuperar e escapar à influência dos traficantes¹⁰². Este prazo de reflexão tem uma duração mínima de 30 dias e máxima de 60 dias, contados a partir do momento em que as autoridades competentes solicitam a colaboração, do momento em que a pessoa interessada manifesta a sua vontade de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação ou do momento em que a pessoa em causa é sinalizada como vítima de tráfico de pessoas nos termos da legislação especial aplicável¹⁰³.

Quanto a manifestação de uma vontade de colaborar com as autoridades, este é um aspecto a apurar. A Lei n.º 23/2007 de 4 de Julho, previa no seu artigo 109.º um regime especial de autorização de residência para vítimas de tráfico de seres humanos. No n.º 1 lê-se: “É concedida autorização de residência ao cidadão estrangeiro que seja ou tenha sido vítima de infrações 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”¹⁰⁴. O regime de autorização de residência mostrava-se abaixo do limiar das ambições de uma protecção eficaz das vítimas, nomeadamente pelas suas

¹⁰¹ Cf. Art. 1.º, Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro e, art. 109.º, Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

¹⁰² Cf. Art. 111.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

¹⁰³ Cf. Art. 111.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

¹⁰⁴ Redacção da Lei n.º 63/2015, de 30 de Junho.

alíneas b)¹⁰⁵ e c)¹⁰⁶ do n.º 1, em que se fazia depender a autorização da cooperação com as autoridades na investigação. O Decreto-Lei n.º 368/2007 veio dispensar estes requisitos estabelecendo no seu artigo único que a autorização de residência a cidadão estrangeiro identificado como vítima do crime de tráfico de pessoas é concedida, quando circunstâncias pessoais da vítima o justifiquem. Corrigiu-se assim, uma grave deficiência nos mecanismos de protecção. É este um exemplo de como uma simples e breve alteração legislativa pode distinguir um regime que se prova demasiado exigente quanto aos seus requisitos, de um que se revela leal aos ideais humanistas que se procuram manter nesta sede.

No art. 112.º da Lei n.º 23/2007, estabelecem-se os direitos da vítima mesmo antes da concessão da autorização de residência. Aqui se incluem: a subsistência, acesso a tratamento médico urgente e adequado; assistência psicológica, segurança e protecção; assistência de tradução e interpretação; bem como protecção jurídica. O art. 113.º vem ainda prever assistência específica para menores, mulheres grávidas, deficientes, vítimas de violência sexual ou de outras formas de violência, garantindo também acesso a programas oficiais destinados a auxiliar o retorno à vida social, melhoramento das aptidões profissionais e preparação de regresso assistido ao país de origem.

Esta breve passagem pelos mecanismos de protecção permite demonstrar a preocupação que transparece na legislação em proporcionar medidas assistenciais às vítimas que lhes garantam protecção antes, durante e depois do processo penal – revelando um alinhamento com a nossa proposta político-criminal.

2.1.3. O conceito de aproveitamento de especial vulnerabilidade

O Protocolo de Palermo assume uma posição clara quanto ao consentimento das vítimas de tráfico. Na alínea b) do seu artigo 3.º, considera irrelevante o consentimento das vítimas se este tiver sido prestado debaixo do uso de qualquer um dos meios elencados na alínea a). São estes meios: o uso da força e outras formas de coerção, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou dar ou receber pagamentos ou benefícios para conseguir o consentimento de uma pessoa que tenha controlo sobre outra.

¹⁰⁵ “O interessado mostre vontade clara em colaborar com as autoridades na investigação e repressão do tráfico de pessoas ou do auxílio á imigração ilegal”, art. 109.º, n.º 1, al. b), Lei n.º 23/2007.

¹⁰⁶ “O interessado tenha rompido as relações que tinha com os presumíveis autores das infracções referidas no número anterior”, art. 109.º, n.º 1, al. c), Lei n.º 23/2007.

O abuso de uma posição de vulnerabilidade é um dos meios tipificados. No art. 160.º, n.º 1, al. d), prevê-se este meio: “Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou *de situação de especial vulnerabilidade da vítima*”¹⁰⁷. Este tem sido interpretado – retirando sentido dos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo – como a situação em que a vítima não tem “outra alternativa real e aceitável” senão submeter-se ao tráfico. Foi precisamente esta expressão que veio a ser acolhida na Directiva no seu art. 2.º, n.º 2. Isto explica-se pelo facto de esse aproveitamento e vulnerabilidade tornarem o consentimento inautêntico como manifestação de liberdade, uma vez que este pode servir de falso pretexto para encobrir situações contrárias à genuína e autêntica liberdade das pessoas¹⁰⁸.

Desta forma, e segundo esta definição, configuram-se como crimes de tráfico, por exemplo: a pessoa que em situação de pobreza extrema e sem possibilidade de prover ao seu sustento e da sua família que dela depende, consente em ser deslocada para outro país, não sabendo que é intenção do agente utilizá-la na prostituição (mesmo sem ardid ou manobra fraudulenta); mas ainda também aqueles casos em que a pessoa, naquelas mesmas condições, consente em ser deslocada para outro país para aí se dedicar à prática da prostituição. Em ambas as situações, será o consentimento irrelevante, uma vez que se considera que aquela situação de vulnerabilidade “coage” a pessoa à “deslocação”¹⁰⁹.

Contudo, a relativa amplitude do conceito leva a uma expansão desta concessão de irrelevância que pode comprometer a autonomia pessoal. Pois se for considerado o meio de onde vem a pessoa, o país de origem, a sua cultura, a sua economia, a sua falta de estrutura social, então não estaremos a condenar a pessoa a uma permanente incapacidade de consentir? Será ela sempre incapaz de tomar uma decisão válida de ir em busca de uma vida melhor mesmo que seja através do tráfico? Poderá estar aqui configurada uma situação de paternalismo legal, censurado por JOEL FEINBERG como aquele em que o Estado interfere na autodeterminação e na autonomia da vontade de adultos capazes, forçando-os a actuar ou deixar de actuar de determinadas maneiras para seu próprio bem, sem se importar com os seus desejos na matéria¹¹⁰?

¹⁰⁷ Redacção da Lei n.º60/2013, de 23 de Agosto. Itálicos nossos.

¹⁰⁸ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto – Análise de algumas questões”, in: *Revista do CEJ*, n.º8, 1º semestre, 2008, p. 183 e 184.

¹⁰⁹ ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico...”, p. 583.

¹¹⁰ JOEL FEINBERG *apud* LUCIANA MAIBASHI GEBRIM/CRISTINA ZACKSESKI, “O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 119, ano 24, p. 55.

PEDRO VAZ PATTO, ilumina de forma sintética as dificuldades que este conceito de “aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade” pode levantar pela sua potencial elasticidade: “(...) 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. (...) 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”¹¹¹.

Também EUCLIDES DÂMASO SIMÕES criou expectativas de que uma interpretação robusta do conceito de abuso de uma situação de vulnerabilidade viesse a melhorar os níveis de reacção penal em face das elevadas exigências probatórias, em função dos pressupostos de violência, ameaça grave, engano ou manobra fraudulenta que confinavam o tipo de ilícito¹¹². Como se deverá, pois, interpretar o conceito? Vejamos várias propostas da doutrina, legislação internacional e de outros ordenamentos jurídicos.

Como já referimos, na linha dos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo, o artigo 2.º da Directiva 2011/36/EU, refere esta posição de vulnerabilidade como uma em que a pessoa “não tem uma alternativa real ou aceitável senão a de se submeter ao abuso”¹¹³. No nosso próprio ordenamento, a Lei 130/2015 de 4 de Setembro, que veio transpor a Directiva 2012/29/EU, define como vítima especialmente vulnerável, no artigo 67-A.º, n.º1, al. b) do nosso Código de Processo Penal, aquela “cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência”¹¹⁴, bem como do facto

¹¹¹ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 180 e 181. No mesmo sentido, alertando para os mesmos riscos “*The lack of a clear definition of APOV and resulting ambiguities create certain risks that should be identified and managed. Misapplication of the concept could potentially compromise the rights of victims to be recognized as such, as well as the rights of accused persons to a fair trial. There is also a risk that misapplication could lead to an expansion of the concept of trafficking that detracts from its essential nature as an extremely serious crime and violation of human rights.*”, Artigo 6.1. *Guidance Note on ‘abuse of a position of vulnerability’ as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000

¹¹² EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à Luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, *JULGAR on line*, 2009, p. 3.

¹¹³ Expressão acolhida também pela Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002, no artigo 1.º, c).

¹¹⁴ No mesmo sentido prenuncia-se a jurisprudência: “A “especial vulnerabilidade da vítima” inclui a vulnerabilidade em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez (...)”, Ac. TRP de 14 de Maio de 2014.

de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”.

MARIA JOÃO GUIA sugere os artigos 24.º, 25.º e 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, relativos a direitos das crianças, direitos das pessoas idosas e integração das pessoas com deficiência, respectivamente, como definidores de situações de vulnerabilidade¹¹⁵.

O relatório do Conselho da Europa, aprovado pelo seu Comité de Igualdade de Oportunidades para Homens e Mulheres, considera que os principais factores determinantes da maior vulnerabilidade das mulheres são a pobreza e a desfavorável situação económica e que estas resultam de não terem acesso a crédito, bens, propriedades ou heranças, nem sequer a formação¹¹⁶.

Nos comentários dos artigos 225.º, n.º13 e 14 do Código Penal francês, afirma-se que “a vulnerabilidade pode ser definida como o carácter de uma pessoa vulnerável, frágil, que dá ensejo ao abuso” e que a vulnerabilidade bem como a dependência, conduzem à colocação da pessoa por elas afectada em “situação de inferioridade em relação às demais”, considerando-se que os factores geradores desta vulnerabilidade são extremamente variáveis, sendo por isso que o legislador decidiu deixar o desenvolvimento do conceito para a jurisprudência, para que esta pudesse apresentar situações que aquele não tivesse considerado¹¹⁷.

Podemos ver outros exemplos da interpretação do conceito nas legislações penais de outros países: o Código Penal alemão, por sua vez, no seu artigo 223.º, refere um “aproveitamento de uma situação de abandono ou necessidade decorrente da permanência num país estrangeiro”, sendo que a prática judiciária tem aplicado a norma a situações de uso de violência física, privação de liberdade de movimento ou ameaças graves; já o Código Penal italiano, no seu artigo 600.º traduz o conceito como “aproveitamento de uma situação de inferioridade física ou mental ou de pobreza”; no Código Penal de Luxemburgo, no seu artigo 379.º, refere-se um “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”; no Reino Unido, por sua vez, entende-se “abuso de vulnerabilidade” a situação em que a vítima é solicitada ou incitada a exercer uma actividade

¹¹⁵ MARIA JOÃO GUIA, “European Migration and Human Trafficking...”, p. 171.

¹¹⁶ Cf. Relatório do Secretário Geral da ONU ao Ecosoc, de 9 de Janeiro de 2002.

¹¹⁷ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 128.

em razão de uma doença física ou mental ou de uma deficiência de que sofra, bem como da sua juventude ou imaturidade; por fim, nos Estados Unidos da América, no *Victims of Trafficking and Violence Prevention Act* de 2000, considera-se como abuso de vulnerabilidade a indução de pessoas a efectuarem determinado trabalho ou serviço mediante ameaça de dano grave ou restrição física ou, do uso abusivo de um procedimento legal, como a denúncia perante os serviços de imigração da situação de irregularidade da vítima¹¹⁸.

Num estudo realizado pelo *Ministry of Foreign Affairs* da Suécia, considerou-se como integradas nessa situação de especial vulnerabilidade “pessoas atingidas pela guerra ou desastres naturais, que tenham sido desenraizadas e deslocadas e que se encontrem em graves dificuldades estão, obviamente, mais expostas e marginalizadas, sendo que a sua dependência e vulnerabilidade é facilmente explorada em benefício do lucro de outros”¹¹⁹.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES considera que integram o conceito de especial vulnerabilidade situações de “abandono” ou de “extrema necessidade económica”, acolhidas pelo Código Penal como caracterizadoras do crime de lenocínio simples no art. 215.º, n.º 1, alínea b), da sua versão originária, ou situações de “abandono” ou de “necessidade” que entre 1995¹²⁰ e 2001¹²¹ integraram o crime de tráfico de pessoas então tipificado no art. 169.º do CP¹²².

Com as várias definições e interpretações oferecidas em mente, fazemos uso de uma sumária análise criminológica para iluminar muitos dos factores que contribuem para que as vítimas de tráfico de seres humanos sejam particularmente vulneráveis, e assim delimitar o seu perfil.

Em regra, estão em causa pessoas que sofrem situações de grande carência económica e de acentuado desequilíbrio social; são tendencialmente oriundas de países ou regiões económica e socialmente mais debilitadas, cenários de crises financeiras e económicas¹²³. Em face das suas circunstâncias desfavorecidas, estas pessoas procuram

¹¹⁸ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 129 e PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 189 e ss.

¹¹⁹ *Poverty and trafficking in Human Beings*, Ministry of Foreign Affairs, Stockholm, 2003, p. 11.

¹²⁰ Cf. Decreto Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

¹²¹ Cf. Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto.

¹²² EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 129.

¹²³ *Idem*, p. 120. No mesmo sentido, “O índice de subdesenvolvimento de um país é directamente proporcional ao número de nacionais traficados que buscam, muitas vezes em situações de desespero e extrema vulnerabilidade, uma vida melhor em países estáveis económica, social e politicamente.”, ANABELA FILIPE, “Investigação Criminal face ao Tráfico de Seres Humanos – (in)definições, dificuldades e desafios”, *Investigação Criminal*, n.º 1, 2011, p. 109.

países com melhores condições económicas onde possam elevar o seu estatuto económico, e com essa promessa em vista caem na armadilha do tráfico¹²⁴.

A sua presença num país ou região estranha é mais um factor contributivo para a sua vulnerabilidade, uma vez que o seu desconhecimento do país ou região, a sua desorientação geográfica, o receio de represálias sobre elas próprias - ou sobre os respectivos familiares -, ou o receio de que no seu meio de origem seja conhecida a sua prostituição, assim como o sentimento de desconfiança em relação às polícias e tribunais - alimentado pelos traficantes¹²⁵-, as deixa extremamente dependentes destes e por isso oferece-lhes um maior e mais apertado controlo sobre as vítimas¹²⁶. A dependência dos traficantes pode ser tal que as vítimas vêm a desenvolver Síndrome de Estocolmo, identificando-se com os seus captores¹²⁷. Circunstâncias pessoais podem contribuir também para a conformação da vítima com o tráfico. Poderá ser o caso de haver uma ânsia por lucro para sustentar uma dependência tóxica, preexistente ou entretanto adquirida, o que contribui mais para a dependência da sua actividade¹²⁸.

São assim, imensos e variados, os factores que contribuem para a coacção das vítimas. Apontando para o caso específico da prostituição, os estudos demonstram percentagens muito reduzidas de exercício de prostituição voluntária¹²⁹.

Na sequência da iluminação destes factores, se considerarmos que estes contribuem ou configuram uma situação de vulnerabilidade, pode-se afirmar que a formação e manifestação do consentimento estão extremamente condicionadas. Respondendo ao nosso anterior questionamento, PEDRO VAZ PATTO afirma que tornar o consentimento inautêntico face a situações de aproveitamento de especial vulnerabilidade “não se trata de

¹²⁴ “Os traficantes aproveitam a situação económica e social frágil de certas mulheres e enganam as suas vítimas prometendo-lhes grandes rendimentos no Ocidente. A aceitação de tais propostas constitui uma perspectiva de obtenção de meios consideráveis, não só para as mulheres envolvidas, mas também para as suas famílias.”, ANABELA RODRIGUES, “O Papel dos Sistemas Legais...”, p. 158.

¹²⁵ “The report concludes that victims are reluctant to be found out of fear for their own safety and that of their family, and that traffickers have exploited the “specter of American law” to the extent that victims grow very suspicious and fearful of American officials.” MOHAMMED Y. MATTAR, “Comparative Models of Reporting...”, p. 1371.

¹²⁶ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 121.

¹²⁷ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 482

¹²⁸ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 121 e 122; ANABELA RODRIGUES, “O Papel dos Sistemas Legais...”, p. 158.

¹²⁹ Um estudo espanhol indica que a prostituição não é voluntária em 95% dos casos e, no caso de Espanha, é exercida por mulheres imigrantes de países pobres em 90% dos casos, Cf. *La prostitucion, una Question de Género* (<http://www.ugt.es/informes/prostitucion.pdf>)

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)”¹³⁰.

Aqui, cabe-nos um diálogo crítico com a afirmação do Autor. Com ele, concordamos que não se deve atingir situações de paternalismo em que o Direito Penal se substitui ao juízo da vítima, e também acompanhamos a necessidade de haver uma perspectiva realista a encarar as situações de tráfico de seres humanos, nomeadamente, na compreensão das vítimas. Contudo, este realismo tem que estar ajustado às reais circunstâncias das vítimas para que se possa atingir a maior compreensão possível no sentido de proporcionar, não só uma protecção adequada, mas também uma tutela efectiva. Só podemos concordar que o realismo, de que fala o Autor, previne ilusões de manifestações externas de vontade quando exista uma compreensão das várias situações em que se podem encontrar as vítimas, em quais dessas situações estarão em posição de consentir, e qual o conceito de especial vulnerabilidade – ou sua interpretação – que as albergará. Pois, como temos vindo a afirmar, quanto mais ampla for a interpretação do conceito, mais limitada estará a capacidade da vítima de consentir, e, suspeitamos, mais risco haverá de se configurarem situações de paternalismo que, com o Autor, queremos evitar.

Quanto à interpretação deste conceito, e segundo as regras gerais de interpretação de normas penais, dever-se-á realizar uma interpretação, por um lado, teleologicamente comandada, ou seja, olhando para o fim almejado pela norma; e por outro lado, funcionalmente justificada, adequando-se à função assumida pelo conceito no sistema¹³¹.

Façamos, pois, com estes critérios em mente, uma análise das várias definições propostas que temos vindo a expor, a fim de ver qual nos parece definir mais adequadamente o conceito. Começaremos por excluir algumas definições que não nos parecem adequadas e fundamentar o nosso juízo sobre elas. As definições oferecidas pelos comentários aos artigos 225.º, n.º 13 e 14 do Código Penal francês, parecem-nos contribuir mais para a ambiguidade do conceito do que auxiliar na sua concretização. O que é, afinal, uma pessoa que dá ensejo ao abuso, ou, uma pessoa que está numa situação inferior aos demais? EUCLIDES DÂMASO SIMÕES esclarece que face à variabilidade dos factores suscetíveis de gerar vulnerabilidade, o legislador optou por utilizar o conceito em branco, deixando o seu

¹³⁰ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 183.

¹³¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 190. Recordamos também as lições de FERNANDO BRONZE sobre a interpretação jurídica: “A interpretação jurídica, dir-se-á, é a actividade reflexiva tendente a desocultar o sentido que uma dada norma jurídica (*lato sensu*) visa exprimir.”, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 879.

desenvolvimento para a jurisprudência¹³². Podemos, pois, excluir uma definição que em si mesma não se atreve a definir, e que por isso não nos pode auxiliar na nossa tarefa interpretativa.

Quanto ao Código Penal Italiano que se refere a várias situações de inferioridade, podemos desde logo excluir a inferioridade mental, que cremos encontrar expressão mais adequada no meio de aproveitamento da incapacidade psíquica, tipificado no artigo 160.º, n.º 1, alínea d), pelo que seria redundante incluir esta definição.

Quanto à inferioridade física, de que fala também o diploma italiano, não é claro que situações esta possa configurar. Talvez aqui se possa encontrar melhor expressão na definição do Reino Unido que fala de um aproveitamento de uma doença física ou de uma deficiência. O mesmo diploma fala num aproveitamento da juventude ou imaturidade que também podemos apontar como redundante se tivermos em consideração que já existem vários agravamentos em situações de tráfico de menores de idade.

A ameaça de dano de que fala o *Victims of Trafficking and Violence Prevention Act* de 2000, parece-nos igualmente redundante, uma vez que já está tipificada a ameaça grave no artigo 160.º, n.º 1, alínea a).

Estas são definições que podemos excluir, uma vez que não contribuem para o apuramento do conceito, contudo, existem outros contributos que merecem maior consideração. Tanto o Código Penal Alemão, como Código Penal do Luxemburgo, como o estudo sueco falam em vulnerabilidade de pessoas deslocadas, o primeiro de permanência em país estrangeiro, o segundo de uma situação administrativa irregular ou ilegal, e o terceiro de pessoas que tenham sido desenraizadas ou deslocadas. A fragilidade destas definições reside no facto de não abrangerem aquelas situações em que as pessoas são traficadas dentro do próprio país, se olharmos concretamente para o Código Penal Alemão e do Luxemburgo. Contudo se a definição for a oferecida pelo estudo sueco, então poder-se-á abranger também as situações de tráfico dentro do próprio país, passando o critério a ser as pessoas que tenham sido desenraizadas ou deslocadas e não apenas as que estejam em permanência em país estrangeiro, que se podem incluir naquelas. Contudo, para completar esta definição, será necessária uma consideração sobre o consentimento prestado para a deslocação.

Em sentido próximo está a jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora: “A circunstância “especial vulnerabilidade da vítima” (artigo 160º, nº 1, al. d), do Código Penal)

¹³² EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 128.

não pode deixar de ser interpretada no sentido de se estender a todas as situações em que a pessoa visada não tenha outra escolha real nem aceitável senão a de submeter-se ao abuso, conformando-se a ideia de aceitabilidade a um critério de razoabilidade, e ao humanamente aceitável, designadamente em casos de emigração ilegal, podendo a situação de vulnerabilidade verificar-se, menos na aceitação de determinado trabalho, antes e durante a execução das tarefas consignadas, *designadamente porque decorre da permanência precária ou ilegal num país estrangeiro e culturalmente estranho*¹³³.

Lançaremos agora um olhar mais detido sobre o artigo 2.º da Directiva 2011/36/EU, que refere a posição de vulnerabilidade como uma em que a pessoa “não tem uma alternativa real ou aceitável senão a de se submeter ao abuso”. A ideia de uma alternativa aceitável, apela claramente a um critério de razoabilidade, pois haverá certamente alternativas que não são humanamente aceitáveis¹³⁴. Como exemplos destas situações poderíamos utilizar a expulsão do país em alternativa a aceitar condições de trabalho que configuram uma situação de exploração, implicado esta expulsão o regresso à pobreza extrema e a falta de sustento para a sobrevivência familiar.

Para averiguar a razoabilidade destas situações, e semelhantes a elas, há que considerar qual a autenticidade da liberdade de opção da pessoa. PEDRO VAZ PATTO serve-se de um critério salientado pela Organização Internacional do Trabalho, em que esta liberdade deve ser salvaguardada quer no momento da aceitação inicial de um determinado trabalho, quer durante a permanência da relação de trabalho¹³⁵. Este critério, de um modo geral, parece-nos, ser dirigido principalmente ao fim de tráfico para exploração do trabalho, que constitui apenas um dos vários fins tipificados. Contudo, poder-se-á fazer considerações próximas quanto ao tráfico para fins de exploração sexual. Se considerarmos a liberdade de que fala o Autor, como o consentimento prestado, então poderemos averiguar de igual modo que consentimento existiu no exercício da prostituição, ou nas condições em que esta é exercida¹³⁶.

MAY-LEN SKILBREI analisa a legislação norueguesa, que adopta o mesmo conceito de vulnerabilidade da Directiva, apresentando a discussão dos tribunais noruegueses como dividida em três níveis de vulnerabilidade: em referência às vítimas que

¹³³ Ac. TRE de 20 de Janeiro de 2015. Itálicos nossos.

¹³⁴ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 194.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Por uma questão de sistematização dos conteúdos do texto, deixaremos as considerações específicas sobre as várias situações de exploração sexual para adiante – *Infra* – 2.2. A inevitável ligação com o lenocínio.

vêm de um país com um estado social mais fraco do que a Noruega – o exemplo da Nigéria; em referência a grupos de vítimas que, por pertencerem a um certo grupo, são discriminados nos seus países de origem – minorias russas nos estados do Báltico; em referência a vítimas provenientes de situações de pobreza, desempregadas, doentes ou portadoras de dívidas substanciais¹³⁷. A Autora aponta que a falta de claridade do conceito foi um dos factores contributivos para os baixes índices de acusações do crime de tráfico na Noruega, mas que através do labor jurisprudencial o conceito foi apurado facilitando a tarefa das autoridades e dos procuradores tanto na identificação como na perseguição do crime – mais concretamente quanto aos casos de tráfico para fins de exploração sexual¹³⁸.

PINTO DE ALBUQUERQUE, aponta este conceito amplo de vulnerabilidade da Directiva como inconciliável com o conceito da lei penal portuguesa, sugerindo que esta inclui a vulnerabilidade em razão da idade, deficiência ou gravidez, “por identidade de razão” com os artigos 155.º, n.º 1, al. b); 158.º, n.º 2, al. e); e 218.º, n.º 2, al. c)¹³⁹. Independentemente das diferentes teleologias das normas invocadas, estes conceitos parecem-nos úteis para a inclusão na definição de vulnerabilidade, exceptuando em razão da idade, pois já existe uma alternativa no tipo para o tratamento destas situações.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Siliadiny v. France*, considerou que a indeterminação do conceito não permite conferir-lhe um sentido útil, ou restringe as situações nele enquadráveis a situações extremas que, em última análise, são também enquadráveis noutros conceitos utilizados para definir os meios previstos para o crime de tráfico de pessoas, como o rapto, a violência, ou o ardil¹⁴⁰.

Também ANABELA RODRIGUES considera como excedendo a função do direito penal, a protecção de pessoas aliciadas para a prática da prostituição (ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual) em face de manobras de aliciamento que não envolvam violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta¹⁴¹.

¹³⁷ MAY-LEN SKILBREI, “Taking Trafficking to Court”, *Women & Criminal Justice*, Vol. 1, N.º 1, 2010, p. 50.

¹³⁸ MAY-LEN SKILBREI, “Barriers to Prosecution of Human Trafficking: Identifying General Challenges from a Specific Case”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 69.

¹³⁹ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 631.

¹⁴⁰ Cf. Acórdão TEDH, *Siliadiny v. France*, 26.10.2005 (disponível em <https://ec.europa.eu>). Sobre esta posição PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 192.

¹⁴¹ ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 511.

Para PEDRO VAZ PATTO, o que indica claramente a inautenticidade do consentimento e o aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade é a ofensa objectiva da dignidade da pessoa humana¹⁴². Esta ofensa objectiva constitui, para o Autor, aqueles casos em que a pessoa é reduzida a objecto, instrumento ou mercadoria ao serviço de fins que lhe são alheios, deixando de ser tratada como fim em si mesmo¹⁴³.

Esclarecedora quanto à definição do conceito e as situações a que é aplicável é a *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* – cujo propósito é precisamente auxiliar a interpretação do conceito pelos aplicadores da lei criminal¹⁴⁴. Esclarece esta guia que não basta a mera existência de uma posição de vulnerabilidade, há que existir um abuso comprovado desta¹⁴⁵.

Quanto à existência da vulnerabilidade, esta tem que ser verificada à luz do caso concreto, podendo assumir uma faceta pessoal, situacional ou circunstancial: a vulnerabilidade pessoal pode dizer respeito, por exemplo, a uma deficiência física ou mental da vítima; a vulnerabilidade situacional pode ser relativa à situação irregular de uma pessoa num país estrangeiro ou à sua falta de domínio da língua; a vulnerabilidade circunstancial pode dizer respeito à situação económica de uma pessoa ou ao seu desemprego¹⁴⁶.

A vulnerabilidade pode ainda ser pré-existente ou criada: a primeira pode dizer respeito a situações de pobreza, deficiências físicas ou mentais, menores ou idosos, género, gravidez, cultura, linguagem, crenças religiosas, situação familiar e estadia irregular num país estrangeiro; a segunda pode dizer respeito a situações de isolamento social, cultural ou

¹⁴² PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 195.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Art. 1.1. *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000.

¹⁴⁵ Art. 2.2. *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000.

¹⁴⁶ Art. 2.3. *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000.

linguístico, dependência de substâncias aditivas, dependência através do uso de cerimónias ou práticas culturais ou religiosas¹⁴⁷.

Relativamente ao que constitui um abuso de vulnerabilidade, elaborando sobre a definição oferecida pelo Protocolo de Palermo, este ocorrerá quando a vulnerabilidade pessoal, situacional ou circunstancial de um indivíduo é intencionalmente usada ou aproveitada para o recrutamento, transporte, transferência, acolhimento ou recepção dessa pessoa para o propósito de a explorar, de tal forma que a pessoa acredita que submeter-se à vontade do agente é a única opção real e aceitável, e sendo esta crença razoável à luz da situação da vítima¹⁴⁸.

Uma interpretação do conceito que nos parece oferecer uma perspectiva renovada e adequada – talvez por ser a mais recente de entre as expostas – é a que encontramos na nossa própria legislação processual penal. Introduzido pela Lei 130/2015 de 4 de Setembro - o Estatuto da Vítima, que tinha como objectivo, precisamente, estabelecer normas relativas aos direitos, apoio e protecção das vítimas de criminalidade¹⁴⁹ – o artigo 67-A.º, n.º 1, al. b) do CPP, diz-nos que vítima especialmente vulnerável é, entre outras coisas que já afastámos da utilidade do conceito, aquela cuja vulnerabilidade resulte “*do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*”¹⁵⁰.

Em primeiro lugar, este conceito é o mais próximo da teleologia humanista e vítima-centrada decorrente da Directiva 2011/36/UE, manifesta, desde logo, mas não só, no seu considerando (7), onde se afirma uma “*integrated, holistic, and human rights approach to the fight against trafficking in human beings and when implementig it (...)*”. Afinal de contas, o diploma que a Lei n.º 130/2015 transpõe é a Directiva 2012/29/UE, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas de criminalidade. Neste sentido, satisfaz os objectivos de uma *human rights approach*, oferecendo melhorada protecção às vítimas através da atenção às diferentes facetas da sua vitimização.

¹⁴⁷ Art. 2.3. *Guidance Note on ‘abuse of a position of vulnerability’ as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000.

¹⁴⁸ Art. 2.5. *Guidance Note on ‘abuse of a position of vulnerability’ as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Nova Iorque, 2000.

¹⁴⁹ Cf. Artigo 1.º da Lei n.º 130/2015.

¹⁵⁰ Itálicos nossos.

Em segundo lugar, esta definição oferece uma nova utilidade ao conceito que se enquadra numa renovada tutela capaz de enquadrar condutas concretas, que contribuam para esta vitimização, no tipo legal de crime. Desta forma, o conceito contribui para a persecução dos traficantes, satisfazendo um dos objectivos da *criminal law approach*.

Em terceiro lugar, permite um esclarecimento de situações em que o enquadramento da conduta no tipo possa ser dúbio, nomeadamente, dificuldades de distinção entre o tráfico de seres humanos e a imigração ilegal superáveis apenas através da compreensão da realidade prática das dinâmicas de migração. Por exemplo, casos em que migrantes consentem em ser transportados e aceitam que poderão ser explorados. Neste processo poderão haver vários graus de vitimização ao longo do seu trajecto cuja compreensão através deste conceito de vulnerabilidade poderá auxiliar a estabelecer o enquadramento das condutas num tipo legal de crime ou noutro.

Creemos que, por estas razões, a definição oferecida pelo nosso próprio CPP, e que deriva das obrigações internacionais da Directiva 2012/29/UE, é a mais adequada pela sua sintonia teleológica e utilidade tutelar. Um aspecto que nos parece salientar, é a forma como, pelos aspectos que equilibra, contribui para a conciliação de duas perspectivas opostas quando à política criminal do tráfico: a *criminal law approach* e a *human rights approach*. Relembramos ainda, em jeito de conclusão, que a indefinição do conceito, ou a excessiva ambiguidade de outras definições propostas, poderá levantar problemas a nível do princípio da legalidade, sendo por isso, incompatível com o sistema penal.

A respeito da indefinição de conceitos normativos, caberá referir o Acórdão de 15 de outubro de 1997 do STJ. Este prenuncia-se relativamente aos conceitos indeterminados para a violação do princípio da legalidade. No caso, o tribunal referiu que relativamente a normas penais em branco – que carecem de recurso a conceitos e normas legais e regulamentares para se poder concluir pelo preenchimento do respectivo tipo legal - uma decisão que não se preocupa em definir tais conceitos e normas desrespeita o princípio da legalidade. Tal decisão configura uma aplicação inconstitucional do direito por parte do tribunal, sendo que o princípio da legalidade – tipicidade – está consagrado no art. 29.º da CRP e art 1.º do CP.

Com o apoio da jurisprudência podemos afirmar que uma decisão judicial que não defina de forma útil o conceito de abuso de especial vulnerabilidade poderá incorrer numa

aplicação inconstitucional do direito, violando o princípio da legalidade e da tipicidade das normas penais.

2.2. Identificação

2.2.1. Dificuldades

Uma das maiores dificuldades na problemática do tráfico de seres humanos é a identificação das vítimas¹⁵¹. A gravidade dos danos sofridos pelas vítimas é uma dificuldade para a resposta penal que não esteja focada singularmente na punição do agente e que pretenda ocupar-se também da reparação dos danos das vítimas, contudo, apoiamos CLÁUDIA CRUZ SANTOS quando diz que “(...) para que essa reparação se desencadeie, começando a tornar-se possível, há que fazer cessar a vitimização primária, o que pressupõe a descoberta do crime e o afastamento da vítima relativamente ao agente”¹⁵².

Uma identificação bem sucedida será definida como uma “*situation in which antitrafficking professionals were able to identify individuals as trafficked (or potentially trafficked) in an appropriate, sensitive and timely fashion, and to provide suitable options for referral and assistance at home or abroad depending on the situation*”¹⁵³. Já o Decreto-Lei n.º 368/2007 considera que para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 111.º da Lei n.º 23/2007, será identificada como vítima de tráfico toda a pessoa em relação à qual hajam sido adquiridos indícios da prática desse crime, por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal ou quando o coordenador do Plano Nacional contra o Tráfico de Seres Humanos entender que existem motivos suficientemente ponderosos para crer que essa pessoa é vítima de tráfico.

A respeito da problemática da identificação será de importância elucidar qual a importância que uma definição clara do crime de tráfico de seres humanos – e os elementos que a constituem -, tem para a identificação das vítimas. Vejamos um exemplo presente na legislação americana, em que, apesar de todos os estados dos EUA criminalizarem o tráfico para fins de exploração sexual, há uma variação considerável na construção destas leis.

¹⁵¹ ELISA GARCÍA ESPAÑA aponta o problema da identificação das vítimas como um dos problemas essenciais do tráfico de seres humanos – Informação recolhida na aula de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, leccionada no dia 23 de Março de 2017 por ANABELA RODRIGUES e ELISA GARCÍA ESPAÑA.

¹⁵² CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas...”, p. 99.

¹⁵³ ANETTE BRUNOVSKIS/ REBECCA SURTEES, *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons*, Oslo: Allkopi AS, 2012, p. 16.

O problema coloca-se ao nível da criminalização do tráfico de crianças, não se incluindo todas as formas de exploração sexual de crianças e, para além disto, se exigir que haja um traficante correspondente a uma determinada criança para que esta seja reconhecida como uma vítima de tráfico – ou seja é necessário que um terceiro cause a vítima a praticar actos sexuais com um comprador¹⁵⁴.

A consequência que advém da falta de clareza desta definição, ao não incluir todas as crianças que são sexualmente exploradas comercialmente, ou não reconhecer os compradores como perpetuadores do tráfico, é a exclusão de vítimas particularmente vulneráveis da definição – o que dificultará a sua identificação e subsequente protecção como vítimas de tráfico¹⁵⁵. Este exemplo ilustra como muitas vezes as dificuldades de identificação não residem na incapacidade das autoridades em enquadrar certas condutas, mas como também pode ter origem na falta de clareza por parte do legislador.

Poder ser utilizado como exemplo paradigmático do perigo do insucesso da identificação das vítimas o seguinte caso: uma mulher que exerce prostituição num estabelecimento nocturno, sob clara coacção e ameaça, identificando-se facilmente como uma vítima de tráfico de seres humanos, é detida pela polícia espanhola numa busca e tratada como imigrante em situação irregular, sofrendo como sanção a deportação¹⁵⁶.

Uma identificação errada pode levar a um tratamento completamente diferente da vítima, como demonstra este caso. A prática mostra que, muitas vezes, o estatuto de vítima pode ser ignorado ou não chegar a ser concedido pelas autoridades, preferindo-se tratar os indivíduos como imigrantes ilegais ou mesmo criminosos¹⁵⁷, negando-lhes, desta forma, toda e qualquer protecção a que teriam direito se tivessem sido identificados correctamente¹⁵⁸.

¹⁵⁴ CHRISTINE RAINO, “Criminalizing Buyers Under Child Sex-Trafficking Laws as a Critical Protection for Child Victims”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 52, Issue 1, 2017, p. 436.

¹⁵⁵ “*These hurdles have a ripple effect, potentially barring access to the particular protections and specialized services that would accompany the status of being a victim of trafficking. Where special protections for sex-trafficking victims do exist, inconsistency between state and federal definitions, as well as differences amongst individual states, sets child victims up for a Russian roulette of potential responses, ranging from identification as a sex-trafficking victim with access to specialized trauma-informed services in one state to being identified as a juvenile delinquent detained on prostitution charges in another*”, *Idem*, p. 437.

¹⁵⁶ Sobre este caso, LUCIANA MAIBASHI GEBRIM/CRISTINA ZACKSESKI, “O problema do consentimento...”, p. 63 e ss.

¹⁵⁷ É de referir que Portugal, Espanha e Malta são os únicos países da União Europeia que não criminalizam a imigração irregular.

¹⁵⁸ Cf. Group of Experts against Trafficking in Persons (GRETA), Report Concerning the Implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by UK (First evaluation round, GRETA (2012) 6, 12 September 2012); GRETA, Report Concerning the Implementation of the Council

À primeira vista, pareceria mais fácil identificar os autores deste tipo de crime, uma vez que as vítimas, ao contrário do que acontece, por exemplo, num furto, geralmente sabem quem as está a explorar – ou pelo menos conhecem o intermediário¹⁵⁹. O tráfico de seres humanos é uma actividade clandestina, pelo que as vítimas, na sua generalidade, estão isoladas do público, colocando-as longe mesmo dos olhos atentos. Por um lado, as vítimas não se querem identificar, e por outro, os recursos para as identificar mostram-se insuficientes ou inadequados. A relutância da vítima em ser identificada deriva dos mesmos factores que a colocam numa situação de vulnerabilidade. Mesmo que estas tenham a capacidade de evadir a sua situação de exploração, frequentemente experienciaram traumas que as impedem ou as tornam relutantes em procurar assistência¹⁶⁰. E claro, temem a retaliação dos traficantes, assim como em muitos casos, a resposta das autoridades, mais concretamente, a possibilidade de deportação¹⁶¹. A natureza predominantemente reactiva do direito penal – em que a maioria dos processos tem na base uma queixa ou denuncia, ou seja, em que cabe à vítima o papel essencial de desencadear a reacção estadual ao crime – leva a que a não colaboração das vítimas de tráfico contribua amplamente para a existência de cifras negras¹⁶².

Claro que existem também as dificuldades levantadas pelo próprio funcionamento do tráfico, como o facto de as mulheres vítimas de tráfico serem frequentemente deslocadas de um Estado-membro para outro para dificultar que sejam detectadas pela polícia ou pelos serviços sociais¹⁶³.

of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by France (First evaluation round, GRETA (2012) 16, 28 January 2013); GRETA, Report Concerning the Implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by the Netherlands (First evaluation round, GRETA (2014) 10, 21 March 2014).

¹⁵⁹ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 483.

¹⁶⁰ AMY FARREL, JACK MCDEVITT AND STEPHANIE FAHY, “Where Are All The Victims? Understanding the Determinants of Official Identification of Human Trafficking Incidents”, *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, p. 205.

¹⁶¹ Cf. *Supra*. - Vulnerabilidade. Existem indicações de que os profissionais médicos podem ser uma das melhores ferramentas na identificação das vítimas de tráfico, uma vez que se encontram numa posição única para o seu contacto, “*Studies have shown that between 28 and 50% of trafficking victims sought care from medical professionals while still in captivity. Further studies conclude that trafficking victims are more likely to talk to medical staff than police. A burgeoning movement toward expanding the education of physicians is underway, given the potential for an important preventive role by healthcare professionals, including psychiatrists.*”, NADEJDA BESPALOVA/ JULIET MORGAN/ JOHN COVERDALE, “A Pathway to Freedom: An Evaluation of Screening Tools for the Identification of Trafficking Victims”, *Academic Psychiatry*, 40 (1), 2016, p. 124.

¹⁶² CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas...”, p. 101.

¹⁶³ ANABELA RODRIGUES, “O Papel dos Sistemas Legais...”, p. 157.

Os inquiridos de vitimização apontam como principais razões de não denúncia por parte das próprias vítimas: ineficácia das autoridades formais, designadamente a polícia, que não torna atractiva uma denúncia que em principio será inútil, onerosa ou incómoda; razões ligadas a variáveis situacionais - como por exemplo a relação de proximidade entre o delincente e a vítima, que no caso do tráfico de seres humanos se estabelece através da vulnerabilidade da vítima -; a privacidade do espaço em que o crime ocorre - como as vítimas de tráfico de seres humanos que temem que as suas famílias tomem conhecimento das suas actividades ligadas à prostituição¹⁶⁴.

Relativamente à insuficiência e inadequação de recursos de identificação, estas manifestam-se ao nível das autoridades e oficiais responsáveis por entrar em contacto e identificar as vítimas, incluindo-se aqui as forças policiais *front-line*. Com este problema em mente, o artigo 18º da Directiva 2011/36/EU inclui uma chamada de atenção para a promoção de treinos regulares para estes elementos.

O encontro da vítima com o *first-line enforcer* é decisivo - não só porque, em regra, é com a vítima e não com o delincente que a polícia entra em contacto com o caso concreto - mas também porque através desta interacção se opera a selecção da vítima no processo formal de reacção, sendo esta feita em função da qualidade e consistência da informação oferecida pela vítima, da imagem que esta transmite, da capacidade de se apresentar a si e ao evento, isto dentro da correspondência com as representações estereotipadas da polícia, revelando-se, ou não, uma verdadeira vítima¹⁶⁵.

Dito isto, mesmo quando as vítimas chegam à atenção da policia, é possível que sejam incorrectamente identificadas, uma vez que as autoridades tendem a adoptar um modelo de resolução de problemas baseado em rotinas, auxiliando-os em circunstâncias em que as definições legais são ambíguas¹⁶⁶ - como pode ser o caso do tráfico se não houver um conhecimento ao nível das distinções entre este tipo de crime e outros que dele se aproximam.

¹⁶⁴ Sobre os inquiridos de vitimização e maior desenvolvimento, COSTA ANDRADE, *A vítima...*, p. 96 e ss.

¹⁶⁵ “A vítima terá de ser capaz de convencer a polícia da seriedade do evento e do carácter ‘fundado’ da sua denúncia e tentar influenciar o exercício da discricionariedade em ordem à ‘aceitação’ do caso”, *Idem*, p. 131

¹⁶⁶ “For example, law enforcement is familiar with and is likely to have established routines for investigating prostitution. As a result, the police automatically might view a woman engaged in prostitution as a perpetrator of a crime rather than a potential crime victim.”, AMY FARREL, JACK MCDEVITT AND STEPHANIE FAHY, “Where Are All The Victims...”, p. 206.

Para a superação das dificuldades apresentadas na identificação das vítimas de tráfico de seres humanos, AMY FARREL/JACK MCDEVITT/STEPHANIE FAHY apresentam uma série de recomendações político-criminais: o treino das autoridades para identificar e responder ao tráfico de seres humanos – uma recomendação que coincide com o artigo 18.º da Directiva; o desenvolvimento de protocolos para guiar a identificação e resposta ao tráfico¹⁶⁷ – uma vez que este é um crime complexo cujas actividades ultrapassam a rotina das autoridades; recolher e organizar dados sobre as investigações de tráfico – um conhecimento das características concretas do problema será útil para o combater; integrar a resposta ao tráfico em actividades de controlo do crime local – uma vez que, muitas vezes, as autoridades não encaram o tráfico como uma fenómeno localizado nas suas comunidades¹⁶⁸.

Adicionalmente, existem indicações de que as forças policiais que actuam com conhecimento de que estão à procura deste tipo de casos – e sabem como os procurar – têm uma probabilidade muito maior de terem sucesso na investigação¹⁶⁹. Como na protecção, a prevenção só é possível quando se sabe em que situações e que pessoas são potencialmente alvos de tráfico, pelo que a identificação das vítimas ainda é um problema bastante afectado pela perspectiva do *law enforcement*¹⁷⁰.

O problema é agravado pelo facto de para uma pessoa detida como ilegalmente presente num país, a expulsão administrativa ser ordenada como regra, sem se investigar se esta é de facto uma vítima de tráfico, o que impede a possibilidade de se vir a garantir protecção à vítima¹⁷¹. Para prevenir a precipitação da resposta administrativa, quando, por

¹⁶⁷ Existem alguns indicadores que podem ser tidos em conta para a identificação de vítimas de tráfico: situacionais, narrativos e comportamentais. Indicadores situacionais referem-se a contextos que podem ser considerados como comuns entre vítimas de tráfico – falta de documentação; a presença constante de um acompanhante (que pode ser um traficante); sinais de abuso físico; um número elevado de pessoas a viverem na mesma residência; mudanças frequentes de morada ou localização. Os indicadores narrativos referem-se aos elementos da história contada pela pessoa que são comuns à experiência do tráfico – sugestões de que o individuo é controlado; não tem liberdade de movimento; é forçado a proporcionar serviços sexuais. Por último, os indicadores comportamentais dizem respeito ao estado emocional do individuo – sinais de medo, depressão ou uma tendência para evadir questões. Sobre estes indicadores, DAVID HODGE, “Assisting Victims of Human Trafficking: Strategies to Facilitate Identification, Exit from Trafficking, and the Restoration of Wellness”, *Social Work*, Vol. 59, Issue 2, 2014, p. 114.

¹⁶⁸ AMY FARREL, JACK MCDEVITT AND STEPHANIE FAHY, “Where Are All The Victims...”, p. 222 e ss.

¹⁶⁹ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 485.

¹⁷⁰ ALICE BOSMA/ CONNY RIJKEN, “Key challenges in the combat of human trafficking: Evaluating the EU Trafficking Strategy and EU Trafficking Directive” in: *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 3, 2016, p. 329.

¹⁷¹ ELISAVET SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Directive 2011/36/EU on Combating Trafficking in Human Beings – Fundamental Choices and Problems of Implementation”, in: *New Journal of European*

exemplo, são detidas mulheres por prostituição ilegal, as autoridades devem *ex officio* investigar se estão perante um caso de tráfico de seres humanos, em vez de esperarem pela informação por parte da vítima – para isto é necessário que o conteúdo das acções das autoridades competentes seja adequado a determinar se o caso concreto é um de tráfico¹⁷².

Um aperfeiçoamento da interacção entre vítima e polícia, parece-nos a chave para uma identificação bem-sucedida, uma à margem dos estereótipos e representações que a possam prejudicar, daí, a chamada de atenção da Directiva no sentido de treino dos elementos policiais¹⁷³.

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES aponta que os resultados ao nível repressivo do crime de tráfico são escassos, sugerindo como razão para isto a escassa sensibilização dos órgãos de investigação para o novo tipo de ilícito que leva à aplicação preferencial de outros tipos de crime que com ele coexistem, nomeadamente: o crime de lenocínio (art.º 169.º do CP); o crime de burla relativa a trabalho ou emprego (art.º 222.º do CP); e os crimes de auxílio à imigração ilegal, angariação de mão-de-obra ilegal, e utilização de actividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal (artigos 183.º, 185.º e 185.º-A da Lei de Estrangeiros – de que falaremos em seguida)¹⁷⁴.

A acrescer a esta interacção livre de estereótipos, existe a necessidade de critérios de distinção entre as vítimas de tráfico de seres humanos e os imigrantes ilegais, pois aqui se seleccionará quem sofre a expulsão administrativa e quem é acolhido pela protecção penal.

Criminal Law, Vol. 7, 2016/04, p. 476 e 477; VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking under the European Convention on Human Rights”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 2, 2011, p. 781.

¹⁷² ELISAVET SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Directive 2011/36/EU...”, p. 477. No mesmo sentido, “*The lack of protection and state responses may also have a gender dimension, e.g. a failure by the authorities to investigate claims of trafficking, perhaps dismissing the victim as a prostitute, or not considering trafficking a serious crime.*” MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 343.

¹⁷³ “As autoridades devem libertar-se de rótulos e ideias preconcebidas quanto a conceitos como “trabalhadores”, “prostitutas”, “imigrantes ilegais” bem como de perfis-padrão de vítimas, do conceito “vítima” propriamente dito no sentido de querer por sua iniciativa expor-se, procurar denunciar e pedir ajuda. A complexidade do crime abre, também neste aspecto, um leque de dificuldades ultrapassadas pela experiência e sabedoria dos OPC.”, ANABELA FILIPE, “Investigação Criminal...”, p. 129.

¹⁷⁴ “Talvez ainda porque a competência investigatória seja partilhada entre a PJ e o SEF criando-se assim, perversamente, em vez de sinergias, uma zona cinzenta que poderá ser fator de desmobilização” EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 123.

2.2.2. Tráfico de seres humanos, auxílio à imigração ilegal e lenocínio¹⁷⁵

2.2.2.1. O panorama globalizado da migração¹⁷⁶

A compreensão das relações entre tráfico de seres humanos e auxílio à imigração ilegal não pode ser realizada em dissociação do panorama globalizado da migração. Apesar do recuar da soberania estadual ser uma tendência evidente na maré da globalização¹⁷⁷, os Estados mostram-se relutantes quanto aos poderes que ainda detêm para se afirmarem como soberanos. A regulação e administração da entrada e saída dos fluxos migratórios, traduzida nas políticas migratórias adoptadas por cada Estado, revela-se um poder imperativo na afirmação da soberania¹⁷⁸.

Esta tendência dos Estados para regular e controlar as migrações não é nova, vindo já desde a conclusão da 2ª Guerra Mundial. Nas últimas décadas do séc. XX, como consequência do panorama económico e o crescimento de movimentos políticos xenófobos contrários à imigração, a imigração ilegal tem sido vista como uma ameaça à soberania estadual, assim como um problema, não só jurídico, mas social e político, criando a

¹⁷⁵ Para uma análise detalhada da relação dos conceitos no panorama espanhol: PATRICIA FARALDO CABANA, “Dónde Están Las Víctimas de la Trata de Personas? – Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata España”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 151 e ss.

¹⁷⁶ Para uma síntese dos aspectos históricos da imigração: MARISA HELENA D’ARBO ALVES DE FREITAS, “Imigração, discriminação e o papel do Estado”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 161 e ss.

¹⁷⁷ Cabe aqui um reconto do conceito de globalização e a sua evolução: “a mundialização corresponde a um processo a que Théodore Levitt chamou, em 1983, *globalização* para designar a convergência dos mercados a nível mundial que levaria a uma sociedade global em que a mesma coisa seria vendida pelo mesmo preço e da mesma maneira em toda a parte. Em 1990, a noção é alargada por Kenichi Ohmae ao conjunto da cadeia de criação de valor que engloba a investigação e o desenvolvimento, a engenharia, a produção, o comércio, os serviços e as finanças. Numa terceira fase, a globalização analisa-se como processo através do qual as empresas mais internacionalizadas procuram redefinir em seu proveito as regras do jogo precedentemente impostas pelos Estados-nação. Para alguns autores, a última fase caracterizar-se-ia por uma ruptura em relação às etapas anteriores, fazendo emergir uma economia globalizada na qual as economias nacionais seriam decompostas e sucessivamente rearticuladas no seio de um sistema de transacções e de processos operando directamente a nível internacional, a que corresponderia, segundo o título do livro publicado, em 1995, por Kenichi Ohmae, o ‘fim do Estado-Nação’” CUNHA RODRIGUES, “Os Senhores do Crime, RPCC, n.º 9, 1995, p. 11 e 12. Em síntese distinta: “poder-se-á dizer que a globalização se recorta como ‘mecanismo’ social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional”, FARIA COSTA, “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, RBCC, N.º 34, 2001, p. 1.

¹⁷⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regularización y la emancipación*, Bogotá: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia/ ISLA, 1998, p. 124.

tendência de legislações mais restritivas sobre as migrações como tentativa de reafirmar o controle sobre as fronteiras e eliminar a imigração ilegal¹⁷⁹.

As medidas de controle da migração vão desde a fortificação das fronteiras, à intensificação da procura de migrantes ilegais que, por sua vez, são sujeitos a detenções ou expulsões, medidas uma vez específicas a cenários excepcionais como guerras, mas que hoje ilustram a realidade do controle migratório¹⁸⁰. A emergência deste “Estado migratório” com ênfase no controle fronteiriço e a regulação da migração irregular tem como consequência uma gestão da problemática com insuficiente dedicação ao cumprimento das garantias de direitos humanos¹⁸¹.

A preocupação com os movimentos migratórios não se manifesta apenas ao nível estadual, também a União Europeia, desde Maastricht, e apesar do estabelecimento do Espaço Schengen, se mostra cada vez mais concentrada na reflexão das suas políticas em relação à imigração, as fronteiras fortificam-se e legisla-se sobre caminhos que se aproximam de uma criminalização da migração. Criou-se uma dicotomia entre aqueles que são cidadãos da Europa e os que estão para lá das fronteiras. Esta identidade ambígua de cidadão europeu, por sua vez, contribuiu para uma maior ansiedade relativamente à soberania estadual, que nesta altura vê, não só as suas fronteiras a diluírem-se para criar um espaço maior do que aquele que a constitui, mas assiste também à diluição da identidade dos seus próprios cidadãos. Facilmente se prevê o contra-ataque dos Estados: forçar o seu controle migratório, afirmando assim, não só a sua soberania, mas ao mesmo tempo a sua comunidade.

Como expressa JACQUELINE BERMAN: *“In European integration processes and in debates over immigration, the complex circumstances of trafficking and other forms of gendered migration function as a metonym for crime and an opportunity to intensify border control in the name of protecting citizens and women. I will argue that under the axiom of criminalization, immigration laws have become increasingly restrictive while*

¹⁷⁹ *Idem*, p. 125.

¹⁸⁰ CÉLINE NIEUWENHUYS/ ANTOINE PÉCOUD, “Human Trafficking, Information Campaigns, and Strategies of Migration Control”, *American Behavioral Scientist*, n.º50, 2007, p. 1676.

¹⁸¹ PILAR CRUZ ZÚÑIGA, “Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el estado y las instituciones internacionales”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 150.

*assistance to trafficked and migrant women has been relegated to a proximate or even subordinate status – hardly the exigency they claim to represent*¹⁸².

Aqui vemos a sobreposição dos objectivos de uma *criminal law approach* em relação aos objectivos de uma *human rights approach*, sendo que a primeira está associada ao cumprimento das políticas estaduais que são do interesse destes e, portanto, mais facilmente serão a opção apoiada legislativamente.

Nesta visão, acentua-se também o lado negativo da imigração na forma da discriminação daqueles que abandonam o seu país de origem em busca de melhores condições de vida, criando-se choques sociais com os residentes do país de destino e o imigrante com hábitos, crenças e cultura diferentes, levando à estigmatização deste¹⁸³.

A narrativa das vítimas de tráfico de seres humanos como exclusivamente compostas por mulheres vulneráveis e ingénuas, caídas nos esquemas de organizações criminosas poderosas, proliferou-se fortemente com a queda da União Soviética, seguindo-se como resposta um discurso fortemente criminalizador, incidente não só sobre o tráfico, mas igualmente sobre a imigração ilegal¹⁸⁴.

Por o discurso do tráfico estar inevitavelmente integrado no debate sobre o controlo fronteiriço, torna-se um meio através do qual o Estado pode fazer face a uma ameaça à sua segurança, tomando controlo das fronteiras e actuando num papel de “protector da nação”¹⁸⁵.

Mas a globalização não veio oferecer impulso e protagonismo ao tráfico de seres humanos apenas nas transformações que causou às fronteiras e papel da soberania, há ainda um lado mais temido da maré negra da globalização sobre os Estados: a criminalidade organizada. Também esta ganhou novo impulso, permitindo-lhe novas formas de articulação em rede, construção de hierarquias e planeamento de estratégias para a redução do risco da actividade ilícita, especialização e capacidade de penetrar em novos mercados¹⁸⁶. O tráfico

¹⁸² JACQUELINE BERMAN, “(Un)Popular Strangers and Crises (Un)Bounded: Discourses of Sex-Trafficking, the European Political Community and the Panicked State of Modern States”, *European Journal of International Relations*, N.º 9, 2003, p. 39. No mesmo sentido, quanto à realidade britânica: “*In the UK, the criminalization of human trafficking is most apparent in the framing of human trafficking as an ‘organised immigration crime problem’*”, MAGGY LEE, “Trafficking and Transnational Organised Crime”, in: *Trafficking and Global Crime Control*, London: Sage, 2011, p. 85.

¹⁸³ MARISA HELENA D’ARBO ALVES DE FREITAS, “Imigração, discriminação e o papel do Estado...”, p. 165.

¹⁸⁴ JACQUELINE BERMAN, “(Un)Popular Strangers and Crises (Un)Bounded: Discourses of Sex-Trafficking, the European Political Community and the Panicked State of Modern States”, *European Journal of International Relations*, N.º 9, 2003, p. 41.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 50.

¹⁸⁶ CUNHA RODRIGUES, “Os Senhores do Crime...”, p. 12.

é uma das novas expressões deste tipo de criminalidade transnacional, e como tal, uma ameaça inevitavelmente a ela associada.

Nesta sua dimensão de criminalidade organizada, o discurso sobre o tráfico de seres humanos tende a revestir-se de preocupações e ansiedades que facilmente se reconhecerão como fazendo parte do pensamento do “direito penal do inimigo”¹⁸⁷. MAGGY LEE alerta para os perigos deste tipo de discurso e aponta como favorece o papel do estado: “*it re-dramatises crime, demonizes the trafficker, reinforces a crisis mentality, and promotes support for the criminalising state apparatus and the war on trafficking. In this context, the transnational organised crime discourse serves as an ‘othering’ device(...)*”¹⁸⁸.

DAVID NELKEN oferece uma perspectiva que enquadra a criminalidade organizada nas políticas de circulação no contexto da globalização, afirmando que o tráfico surge como uma exploração das vulnerabilidades criadas pelas restrições migratórias, havendo livre circulação de bens mas não de pessoas - oferecendo oportunidade aos criminosos de comercializarem as pessoas como bens, explorando o seu desejo de imigrar impulsionado pela “anomia global”¹⁸⁹.

No panorama descrito torna-se compreensível a complexidade adicional do crime de tráfico. Encontra-se num espaço de conflito alimentado, por um lado, pelo acerto de domínio do controlo migratório por parte dos Estados, e por outro, pela preocupação mediática com a criminalidade organizada. Neste contexto, o tráfico de seres humanos não carecerá de atenção e dedicação legislativa, a questão passa por saber que interesses esta servirá e o que realmente se tentará tutelar quando tantos são os interesses em conflito dentro de um só tipo legal.

2.2.2.2. Distinções

Existem evidências de que o número baixo de condenações do crime de tráfico muitas vezes se explica pelo facto de as autoridades e o aplicador persistirem em tratar casos que se enquadrariam na definição do crime de tráfico como casos de *smuggling* ou lenocínio¹⁹⁰. Sendo estes os tipos de crime mais vezes confundidos com o tráfico de seres

¹⁸⁷ Para um estudo completo do conceito e do pensamento que o informa: GUNTHER JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁸⁸ MAGGY LEE, “Trafficking and Transnational Organised Crime”, in: *Trafficking and Global Crime Control*, London: Sage, 2011, p. 91.

¹⁸⁹ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 490.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 485.

humanos, procuraremos clarificar as distinções entre as várias condutas, com o objectivo de contribuir para critérios distintivos que auxiliem a identificação bem-sucedida das vítimas.

a) Auxílio à imigração ilegal

Encontramos o crime de auxílio à imigração ilegal no art. 183.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que regula o Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional. No n.º 1, pune-se com pena de prisão até três anos quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional; no n.º 2, pune-se com pena de prisão de um a cinco anos quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, a permanência ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, com intenção lucrativa¹⁹¹. Podemos ainda encontrar o crime de associação de auxílio à imigração ilegal no art. 184.º do mesmo diploma.

No Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por via terrestre, marítima e aérea, de 2004, esclarecesse claramente os vários conceitos associados à imigração ilegal e o seu auxílio. No seu art. 3.º, al. a), traça o tráfico ilícito de migrantes 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 benefício material”; e na al. b) entende-se por entrada ilegal “a passagem de fronteiras sem preencher as condições necessárias para a entrada legal no Estado de acolhimento”.

O n.º 1, do art. 79.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabelece as intenções da UE de desenvolver uma política comum de imigração destinada a garantir a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos, assim como o reforço ao combate destes fenómenos. No n.º 2 do mesmo artigo, estabelecem-se como medidas para chegar a esta meta, o combate ao tráfico de seres humanos (al. d)), assim como legislar sobre a imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal (al. c)). Aqui se pode ver como o tráfico de seres humanos, a imigração ilegal e a política comum de imigração da UE partilham o mesmo domínio de acção legislativa.

¹⁹¹ Redacção da Lei n.º 102/2007, de 18 de Agosto.

Existem várias distinções, de utilidade prática e teórica, entre tráfico de seres humanos e auxílio à imigração ilegal, a saber: quanto ao bem jurídico sobre o qual incide o dano da conduta, o primeiro é considerado um crime contra as pessoas, enquanto o segundo constitui um crime contra o Estado; quanto ao consentimento, no primeiro, a pessoa é traficada contra a sua vontade, apesar do seu consentimento, que, como verificámos, é irrelevante, enquanto que, no segundo, fá-lo voluntariamente, com o seu acordo, livre, consciente e completo; quanto à liberdade da vítima, no primeiro a pessoa fica sujeita a uma situação de exploração, muitas das vezes derivante de dívidas ao traficante, enquanto que no segundo, após o pagamento do “serviço”, fica em liberdade e termina a relação com o traficante; quanto à estrutura organizativa dos agentes, no primeiro frequentemente existe uma organização complexa, capaz de controlar os diferentes aspectos do tráfico (desde o recrutamento, ao transporte, à lavagem de dinheiro), enquanto que no segundo a organização pode ser simples ou até inexistente; quanto aos movimentos transfronteiriços, o auxílio à imigração ilegal implica movimento internacionais, contendo sempre um elemento transnacional, enquanto que o tráfico pode ser praticado dentro de e entre fronteiras nacionais; um outro aspecto a realçar é que no primeiro a entrada no país de destino é sempre ilegal, enquanto que no caso do tráfico a entrada pode ser feita legal ou ilegalmente¹⁹².

As dificuldades da distinção agravam-se, assim como se levantam dúvidas em relação à dicotomia entre os dois crimes, quando olhamos para a realidade prática das dinâmicas de migração. Muito migrantes consentem em ser transportados e aceitam que poderão ser explorados, pelo que poderá haver vários graus de vitimização e exploração, quer no transporte, quer no país de destino¹⁹³. Aqui, uma definição precisa do conceito de aproveitamento de uma situação de especial vulnerabilidade assente no grau de vitimização, como a oferecida pelo nosso CPP e que anteriormente elogiámos, poderia auxiliar a superar a dificuldade¹⁹⁴ de distinção entre os dois crimes que se manifesta nesta realidade prática.

¹⁹² PAULO DE SOUSA MENDES, “Tráfico de Pessoas”, *Revista do CEJ*, n.º8, 1º semestre, 2008, p. 171; ANABELA FILIPE, “Investigação Criminal...”, p. 116; VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 782; PILAR CRUZ ZÚÑIGA, “Inmigración y discriminación...”, p. 140 e ss.

¹⁹³ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 782.

¹⁹⁴ “*The means in the definition of human trafficking, especially “abuse of power or of a position of vulnerability”, are similarly hard to establish. Migrants who agree and pay to be smuggled are also in a comparably vulnerable situation in relation to the smuggler. Accordingly, state officials themselves have difficulties identifying migrants as victims of human trafficking.*”, *Idem*, p. 783.

JOANNE VAN DER LEUN ilumina alguns dos factores que contribuem para a aparente falta de garantia de uma aplicação prática da definição de tráfico de seres humanos, apesar de esta ser, na generalidade, aceite: o tráfico é muitas vezes associado com actividades transfronteiriças, apesar de legalmente poder ter lugar dentro de um único país; o facto de a definição ser derivada do combate ao crime organizado influenciou as percepções deste crime assim como as abordagens nacionais em relação a este; o foco dos media tende a incidir sobre os casos mais violentos de tráfico ligados à prostituição, o que pode ter o efeito secundário de, não só o público em geral, mas também as autoridades ficarem menos sensibilizadas em relação a casos menos sensacionalistas¹⁹⁵.

b) Lenocínio

De não confundir, será também o crime de tráfico de seres humanos para o fim de exploração sexual com o crime de lenocínio, uma vez que estas condutas possuem distinções quer quanto à sua gravidade, quer quanto às penas correspondentes. O crime de lenocínio está previsto no art. 169.º do CP e pune quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição, com uma pena de prisão de seis meses a cinco anos, podendo vir a sofrer os agravamentos do n.º 2 e as suas várias alíneas – contando-se entre estas alíneas, na alínea d), o aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima – que aumentam a moldura penal para um a oito anos de prisão¹⁹⁶.

Para auxiliar a distinção dos dois crimes, PEDRO VAZ PATTO chama a atenção para o facto de que apesar de as situações que conduzem à prostituição configurarem 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; pelo que a distinção assentará numa comparação quanto às condições de exercício da prostituição, nomeadamente: retribuição do serviço; percentagem dessa retribuição que cabe a quem exerce; horários; autonomia quanto à forma de exercício da actividade; autonomia pessoal em geral¹⁹⁷.

¹⁹⁵ JOANNE VAN DER LEUN, “Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Being – Addressing the dark figure”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 43.

¹⁹⁶ Redacção pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

¹⁹⁷ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 197.

Num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em que foi redator, o autor produziu a seguinte jurisprudência relativamente à distinção: “O critério de distinção entre o crime de tráfico de pessoas, p. e p. pelo artigo 160.º, n.º 1, d), do Código Penal e o crime de lenocínio agravado, p. e p. pelo artigo 169.º, n.º 2, d), do mesmo Código liga-se ao grau de instrumentalização (coisificação) da vítima; o tráfico de pessoas aproxima-se do ápice da instrumentalização da pessoa que representa a escravatura e vai para além do que já é próprio da exploração da prostituição, na privação da liberdade e na ofensa à dignidade da pessoa”¹⁹⁸. MOURAZ LOPES acompanha as considerações do Autor, contudo, admite que estes problemas de distinção só se colocarão no que diz respeito ao n.º 2 do artigo 169.º, já não quanto ao n.º 1, uma vez que neste a vontade do sujeito passivo não é cortada¹⁹⁹.

O grau de instrumentalização da vítima ajudará também a fazer distinções quanto a alguns elementos de ambos os tipos que se podem achar difíceis de distinguir, como entre “fomentar, favorecer ou facilitar” no art. 169.º, e “oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher” no art. 160.²⁰⁰. Neste âmbito poderá ser mais uma vez importante o conceito de vulnerabilidade baseada no grau de vitimização que se encontra no CPP.

Por seu turno, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES expressa a sua incompreensão pela preferência que se atribui ao crime de lenocínio agravado em relação ao tráfico, ajuizando não merecer acolhimento a alegação de que a exploração sexual do art.º 160.º representa um estádio agravado em relação às situações de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição a que se refere o lenocínio e por isso mesmo merecedora de mais severa punição, justificando-se assim a preferência pela norma do lenocínio²⁰¹.

O Autor manifesta-se ainda quanto à relação de concurso entre as duas normas, afirmando haver uma relação de concurso aparente entre elas, mais provavelmente de consunção, reclamando-se assim a aplicação da norma que confira maior protecção ou, mais

¹⁹⁸ Cf. Ac. TRP de 8 de Julho de 2015.

¹⁹⁹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 97.

²⁰⁰ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 198.

²⁰¹ “A prostituição não é mais nem menos que uma das modalidades de exploração sexual, e resulta especiosa qualquer interpretação que vise com base nesse elemento semântico destringir uma infracção da outra. Poderá é concluir-se que depois da supressão da exigência de “transnacionalidade” (“em país estrangeiro”) do crime de tráfico de pessoas perdeu razão de ser o crime de lenocínio na forma agravada, que só por inércia legislativa persiste no art.º 169.º n.º2” EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 124.

severo sancionamento da acção criminosa²⁰². Também ANABELA RODRIGUES, relativamente à versão anterior da norma de tráfico se pronunciou: “verificar-se-á um concurso aparente entre o crime de tráfico de pessoas (art.º 169.º) e o crime de lenocínio (art.º 170.º) cometido com violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, desde que assim *se leve* a vítima à prática da prostituição e de actos sexuais de relevo, em país estrangeiro”²⁰³.

Avançando com a sua crítica, o Autor chega a colocar em causa a utilidade do art.º 169.º, n.º 2 em face dos conceitos que estão incluídos no art.º 160.º. Pois, como este coloca, sem qualquer esforço se pode incluir no conceito de exploração sexual acções que se traduzam em “fomento”, “favorecimento” ou “facilitação” da prostituição de outrem, previstas no art.º 169.º, se assim não fosse, se não se pudesse considerar estas acções como exploração sexual, com que acções se preencheria o conceito que justificasse a previsão das sanções de 3 a 12 anos de prisão previstas no art.º 160.º²⁰⁴? Chama ainda atenção para a legislação internacional, nomeadamente as normas do Protocolo de Palermo e da Directiva, que favorecem esta interpretação do art.º 160.º, inscrevendo uniformemente a exploração da prostituição de outrem no leque das finalidades de tráfico e que, estando introduzidas na ordem jurídica nacional, são normas de hierarquia superior²⁰⁵.

2.3. Im(p)unidade²⁰⁶

²⁰² *Idem*, p. 124. No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 633, acrescentando que o agente comete tantos crimes de tráfico quantas as pessoas traficadas, havendo então concurso efetivo de crimes e, se o agente traficar uma pessoa e em seguida a sujeitar a escravidão, o agente deve ser apenas punido pelo crime de escravidão, pois o crime de tráfico é instrumental deste, existindo uma relação de concurso aparente (consunção).

²⁰³ ANABELA RODRIGUES, *Comentário...*, p. 515. Em sentido divergente, a mesma Autora “*A Incriminação do Tráfico...*”, p. 584.

²⁰⁴ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico...”, p. 125.

²⁰⁵ “Concede-se, no limite, que, a lograr-se a configuração de situações de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição de outrem que não passem por atos de oferecimento, entrega, aliciamento, aceitação, transporte, alojamento, acolhimento ou recrutamento, tenha então alguma utilidade prática a norma do art.º 169.º, n.º2, do Código Penal. Há que convir, no entanto, que a natureza das coisas não é propícia a que isso suceda”, *Idem*, p. 125.

²⁰⁶ Aqui, servimo-nos do esclarecimento de PEDRO CAEIRO quanto à utilização dos conceitos de “imunidade” e “impunidade” como sinónimos: “Por um lado, o conceito de imunidade pertence, em rigor, à doutrina da jurisdição. Por outro lado, a expressão “impunidade” é habitualmente utilizada num sentido crítico, para designar situações em que certas pessoas não são punidas, embora devessem sê-lo”, sendo ainda relevante o conceito de impunibilidade “(...) uma situação em que certo facto não é punível porque não se verificam todos os pressupostos da punição, ou em que certo facto não é susceptível de perseguição penal porque não se verificam os pressupostos de procedibilidade.”, “Some victims are better than others: sentido, natureza, âmbito e projecções normativas da im(p)unidade das vítimas de tráfico de pessoas”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 52.

Neste estudo, já clarificámos que as vítimas de tráfico de seres humanos podem, e são muitas vezes tratadas, como se não fossem vítimas. Entre estas formas de tratamento incluem-se o estatuto de imigrante ilegal, mas também de criminosos praticantes de outras actividades.

ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER²⁰⁷, oferecem uma tipologia básica dos crimes que podem ser cometidos por estas vítimas: *status offences*, crimes cometidos como resultado direto do seu estatuto no país para onde foram ou por onde estão a ser traficadas – falsificação de documentos²⁰⁸; *consequential offences*, crimes cometidos como consequência de coerção ou ameaça dos traficantes - prostituição ilegal, furtos, roubos em benefício dos traficantes; *liberation offences*, crimes cometidos numa tentativa de se libertarem da situação de tráfico ou melhorarem essa mesma situação.

Relativamente a esta última categoria, há que observar que algumas vítimas escolherão colaborar com os seus traficantes como forma de melhorar a sua situação. Caberá, por isso, fazer uma distinção entre, por um lado, (ex) vítimas que colaboram com os traficantes como parceiros, participantes, auxiliares – sendo que estes não são merecedores da impunidade, uma vez que não actuam como consequência directa do seu estatuto de vítimas - e, por outro lado, vítimas que actuam por necessidade²⁰⁹.

Oferecemos como exemplo de algumas práticas um caso concreto que deu lugar a um recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: “Indicia fortemente a prática dos crimes de associação criminosa e tráfico de seres humanos a manifesta pertença da arguida a um grupo que recrutava pessoas oriundas da Roménia para praticarem furtos em zonas turísticas de Portugal, seleccionando os locais onde os indivíduos por eles recrutados iriam cometer os furtos, transportando-os a tais locais, vigiando-os, e providenciando pelo seu alojamento, e quando estes mostravam intenção de não continuarem a delinquir ou os arguidos desconfiavam de que os concidadãos recrutados não lhes estavam entregar a percentagem “devida”, os arguidos infligiam-lhes violentas agressões físicas e ameaças de morte, extensíveis aos respetivos familiares na Roménia, iniciando-se assim um estado de

²⁰⁷ ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons – Principles, Promises, and Perspectives”, *Groningen Journal of International Law*, Vol. 4, N.1, 2016, p. 13 e ss.

²⁰⁸ Veja-se o caso *Regina vs. O*, EWCA Crim 2835, de 02.09.2008, em que uma nacional da Nigéria, vítima de tráfico de seres humanos com fim de exploração sexual, tentou fugir do Reino Unido para França utilizando falsos documentos.

²⁰⁹ ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons...”, p. 15.

sujeição e de vulnerabilidade por parte daqueles, que os impedia, na prática, de deixar de exercer a atividade por conta dos arguidos”²¹⁰.

O princípio emergente de não perseguir as vítimas de tráfico advoga que as vítimas não devem ser acusadas por crimes que hajam cometido durante a sua experiência de tráfico ou por crimes que estão de alguma forma ligados ao seu estatuto de vítima de tráfico²¹¹. É visto como um princípio essencial de uma *human rights approach*, pensada para lhes garantir a protecção de que necessitam²¹².

Consistência também uma ferramenta importante para incentivar as vítimas a sair do ciclo do tráfico, cooperando livremente com as autoridades na investigação e persecução dos traficantes²¹³, revelando-se, desta maneira, um contributo para a reintegração das vítimas e um critério para o sucesso desta. Como já fizemos notar, uma das principais razões pelas quais as vítimas não se identificam é o medo da resposta por parte das autoridades que podem tratar a sua situação como uma de criminalidade. Ao se garantir a impunidade das vítimas nos casos devidos, este medo é reduzido, contribuindo-se para a reintegração através da protecção e da identificação, e para a persecução dos traficantes abrindo-se espaço para a colaboração por parte das vítimas.

Apesar de o Protocolo de Palermo não fazer qualquer referência ao princípio da não-persecução²¹⁴, encontramos cláusulas de impunidade relativas às vítimas de tráfico de seres humanos tanto na Convenção do Conselho da Europa²¹⁵, como na Directiva 2011/36/EU²¹⁶. Existem diferenças nas suas formulações que levam a que os Estados obrigados por ambas devam consagrar no direito interno a soma dos deveres delas

²¹⁰ Cf. Ac. TRL de 4 de Fevereiro de 2016.

²¹¹ ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons...”, p. 11.

²¹² MARIJA JOVANOVIĆ, “The Principle of Non-Punishment...”, p. 42.

²¹³ ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons...”, p. 12.

²¹⁴ Segundo ANNE GALHAGGER, este princípio foi rejeitado pelos redatores do Protocolo de Palermo, mesmo quando proposto por várias ONG, “Human rights and the new UN protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001, p. 975.

²¹⁵ Cf. Art. 26.º “Each party shall, in accordance with the basic principles of its legal system, provide for the possibility of not imposing penalties on victims for their involvement in unlawful activities, to the extent that they have been compelled to do so.”

²¹⁶ Cf. Art. 8.º “Member States shall, in accordance with the basic principles of their legal systems, take the necessary measures to ensure that competent national authorities are entitled not to prosecute or impose penalties on victims of trafficking in human being for their involvement in criminal activities which they have been compelled to commit as a direct consequence of being subjected to any of the acts referred to in Article 2.”

resultantes²¹⁷. Esta ambiguidade na formulação do princípio leva a que muitos países se inclinem para o lado dos interesses de uma *criminal law approach*, privilegiando a aplicação favorecedora do controlo imigratório e criminal em prejuízo da protecção das vítimas²¹⁸.

Quanto ao tipo de condutas que devem ficar impunes, na Convenção encontramos a expressão “actividades ilícitas”, mais abrangente do que a utilizada pela Directiva “actividades criminosas”, pelo que a primeira se mostrou mais ambiciosa do que a última. Relativamente ao contexto em que os actos são praticados, mais uma vez, a Convenção vai mais além do que a Directiva, incluindo quaisquer actos a que as vítimas tenham sido obrigadas, enquanto a última refere actos praticados como consequência directa do seu art. 2.º. No que diz respeito às formas assumidas pela impunidade é, porém, a Directiva que vai mais longe, aludindo à possibilidade de “não instaurar acções penais ou não aplicar sanções”.

Para PEDRO CAEIRO, isto não significa que os Estados tenham de prever ambas as formas, elaborando que: “Claro que a aplicação da cláusula de impunidade num momento precoce, que evite a sujeição da vítima ao rito do processo penal, serve mais perfeitamente os interesses da protecção. Porém, esse tipo de soluções não é facilmente compaginável com sistemas que obedecem ao princípio da legalidade processual, e tanto a Convenção como a Directiva quiseram expressamente que os Estados encontrassem soluções de implementação da cláusula *no respeito pelos princípios essenciais dos seus sistemas jurídicos*. Além disso, pode suceder que a identificação do agente como vítima de tráfico ocorra apenas num momento do processo em que já há acusação, não restando outra hipótese senão ponderar a *não-aplicação* das sanções penais”²¹⁹.

No que diz respeito à aplicação destas obrigações por parte de Portugal, o Grupo GRETA não reportou penalizações de vítimas por parte do governo por prática de actos ilícitos em consequência de estarem envolvidas no tráfico, contudo, reportou uma lacuna da lei portuguesa em prever especificamente que as vítimas não possam ser alvo de acusações por actos que hajam sido coagidas a cometer enquanto traficadas, o que pode abrir espaço para que o Ministério Público instaure acções penais contra estas²²⁰.

A fórmula “não instaurar acções penais” não se traduz de forma eficaz em sistemas que não adoptam o princípio da oportunidade na prossecução penal. Contrariamente aos que

²¹⁷ PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others...”, p. 54.

²¹⁸ MARIJA JOVANOVIĆ, “The Principle of Non-Punishment...”, p. 46.

²¹⁹ PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others...”, p. 55.

²²⁰ *Global Report on Trafficking in Persons*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2016, p. 330.

o adoptam, em que o acusador pode decidir não acusar, com base em critérios de conveniência, ainda que existam indícios fortes da prática do crime e da identidade do seu autor; em Portugal vigora - dentro dos princípios gerais da promoção processual – o princípio da legalidade, por força do qual o MP está obrigado a promover o processo sempre que adquirir a notícia do crime e a deduzir acusação sempre que recolher indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente, havendo, portanto, a exclusão de um juízo de oportunidade quer sobre a decisão de iniciar o processo quer sobre a de submeter a causa a julgamento²²¹.

Em virtude das implicações deste princípio, não há lugar para que a cláusula de impunidade se traduza na possibilidade de arquivamento imediato pelo Ministério Público. Por outro lado, a criação de uma causa específica de arquivamento do inquérito, para vítimas de tráfico de seres humanos que hajam praticado actos ilícitos no contexto da sua exploração, colidiria com o princípio da legalidade processual. PEDRO CAEIRO sugere que a única forma de continuar a respeitar este princípio e, ao mesmo tempo, impedir que o Ministério Público acuse vítimas de tráfico naquelas condições, passa por uma intervenção ao nível, não do direito processual, mas do direito substantivo²²².

No nosso direito substantivo já se incluem causas de impunidade adequadas a estes casos, como o direito de necessidade e o estado de necessidade desculpante²²³. Contudo estes regimes não correspondem à hipótese da cláusula de impunidade de, por si só, afastar as sanções, não exigindo a sensível superioridade do bem a salvaguardar – como o direito de necessidade -, nem uma situação actual e concreta de inexigibilidade excludente da culpa²²⁴.

Em face do que se mostra uma exigência de um regime específico para estas situações por parte da lei internacional e europeia, há que a justificar, analisando, nomeadamente, o seu sentido político-criminal. Não negamos que a protecção das vítimas de tráfico encontra justificação nos seus direitos humanos - podendo-se invocar neste sentido o acórdão *Rantsev v. Rússia e Chipre*, onde se declara que o art. 4.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem inclui as situações de tráfico de seres humanos, tendo os Estados a obrigação de efectivar a protecção contra este crime – contudo, duvidamos que a sua

²²¹ Para um desenvolvimento destes princípios, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 65.

²²² PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others...”, p. 57.

²²³ Sobre estas figuras, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 438 e ss.

²²⁴ PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others...”, p. 58.

responsabilização penal por crimes que cometeram possa ser encarada como uma violação dos seus direitos humanos.

No considerando 14 da Directiva estatui-se como objectivo da impunidade “salvaguardar os direitos humanos das vítimas, evitar uma vitimização adicional e encorajá-las a testemunhar nos processos penais contra os autores dos crimes”. Podemos juntar o nosso apoio relativamente ao evitamento da vitimização e ao encorajamento do testemunho no processo penal. Contudo, e como faz notar MARIJA JOVANOVIC, não se encontra fundamento de que direito é violado pela acusação, e eventual condenação, das vítimas de tráfico por práticas de actos que no caso de serem praticados por outros indivíduos teriam a sua punição justificada²²⁵. A Autora sugere que a ligação entre a cláusula de impunidade contida nos instrumentos internacionais e a lei dos direitos humanos ou, mais especificamente, o TEDH, pode ser estabelecida de duas maneiras: em primeiro lugar, considerando as obrigações impostas aos estados pelos diversos instrumentos como obrigações de direitos humanos debaixo do TEDH – contudo este argumento ainda não foi reconhecido explicitamente pela jurisprudência de Estrasburgo; a segunda maneira de fazer a cláusula de impunidade assentar no TEDH, passa por estabelecer uma ligação com as obrigações positivas já reconhecidas pela jurisprudência deste quanto ao art. 4.º - neste sentido, os Estados ao perseguirem as vítimas de tráfico estariam a violar obrigações de direitos humanos já existentes, mas a questão subsistiria: que direitos humanos estariam a ser violados pelo não cumprimento da cláusula de impunidade²²⁶?

O Grupo GRETA assinala violações de duas obrigações de direitos humanos: em primeiro lugar, do dever de identificar, proteger e assistir as vítimas; em segundo lugar, ao perseguirem as vítimas, os Estados violam a obrigação de investigar uma situação de tráfico²²⁷. MARIJA JOVANOVIC critica uma falta de causalidade entre as obrigações positivas decorrentes da jurisprudência do TEDH e a violação da cláusula de impunidade, não suportando, assim, o argumento do Grupo Greta de que são estas obrigações positivas que estão na base dos direitos humanos que invocam a necessidade da cláusula²²⁸.

²²⁵ MARIJA JOVANOVIC, “The Principle of Non-Punishment...”, p. 49.

²²⁶ *Idem*, p. 52.

²²⁷ Cf. GRETA, Second General Report on GRETA’s Activities, 2012, p. 58.

²²⁸ “Therefore, while a correct victim identification is essential for the provision of services to facilitate their recovery, it does not explain why victims should not be prosecuted or punished for offences they commit themselves. (...) It is not (...) clear how the non-punishment of a trafficking victim would satisfy the condition of removing her from the trafficking situation (...)” MARIJA JOVANOVIC, “The Principle of Non-Punishment...”, p. 54.

Como alternativa, a Autora oferece o argumento de que a cláusula de impunidade pode ser enquadrada na obrigação geral decorrente do Acórdão *Ranstev* de estabelecer um quadro legal adequado que contenha garantias de uma protecção prática e eficiente dos direitos humanos das vítimas e potenciais vítimas – desta forma obrigando os Estados a adoptar medidas legislativas que possibilitem não impor sanções às vítimas, sendo a responsabilidade de baixo do art. 4.º activada caso não o façam ²²⁹.

A jurisprudência mostra ainda uma possibilidade de fazer valer a cláusula de impunidade, ou pelo menos de a proteger, através do art. 6.º. No caso *Regina v. O*, em que uma nacional da Nigéria, vítima de tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, tentou fugir do Reino Unido para França utilizando documentos falsos, e por isso foi julgada. Contudo, nem a defesa nem a acusação tomaram em consideração a possibilidade de esta ser uma vítima de tráfico de seres humanos, pelo que o tribunal de recurso declarou não haver um julgamento justo.

Mas devido à persistência da exigência de uma justificação para esta impunibilidade, optamos por nos afastar da lente dos direitos humanos e abordarmos a questão segundo uma perspectiva de dignidade penal, colocando a questão de uma outra maneira: haverá falta de dignidade penal dos factos praticados pelas vítimas de tráfico?

O fundamento desta impunidade pode ser – atendendo à menor exigibilidade em que se encontram as vítimas – que os factos ilícitos que as vítimas tenham sido compelidas a cometer em consequência directa daquela situação não tenham dignidade punitiva que justifique a aplicação de uma pena e o concomitante sacrifício da política de protecção ²³⁰. PEDRO CAEIRO chama a atenção para o facto de que o aplicador terá de fazer o juízo sobre a verificação dos pressupostos da cláusula de impunidade, sendo que a aplicação desta deve ser sempre antecedida de uma decisão sobre a respectiva aplicação e nunca sofrer uma aplicação automática ²³¹. Quanto aos critérios que devem guiar este juízo, o Autor sugere a implementação de um modelo semelhante ao presente no art.º 177bis, n.º 11, do Código Penal Espanhol, consagrando uma causa de exclusão de pena cuja aplicação dependa de uma acentuada diminuição da culpa da vítima-agente, a qual variará na proporção inversa da gravidade do facto e na proporção directa do grau de constrangimento – desta forma, quando exista uma acentuada diminuição da culpa, conduz-se a um enfraquecimento da gravidade

²²⁹ *Idem*, p. 55.

²³⁰ PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others...”, p. 62.

²³¹ *Ibidem*.

do facto como um todo, o que, por sua vez, permite dirimir o conflito entre a pretensão punitiva e a específica política de protecção das vítimas de tráfico, em favor desta²³².

Relativamente às necessidades desta impunidade, podemos invocar o pensamento expressado por SUSAN COPPEDGE nas suas conclusões do *Trafficking in Persons Report*, exigindo que: “o sistema de justiça criminal não penalize as vítimas do tráfico de pessoas quando elas são forçadas a cometer crimes como resultado directo da sua exploração. Quando a criminalidade forçada ocorre como parte do esquema, as vítimas do tráfico de pessoas não podem ser punidas pelo mesmo sistema que deve protegê-las: e se o forem as suas penas devem ser afastadas e devem receber o apoio e as ajudas amplas a que têm direito”²³³.

2.4. Repatriação (?)

2.4.1. Considerações iniciais sobre o perigo de retorno e o ciclo de retorno

Como temos vindo a sublinhar, muitas vítimas de tráfico não têm o seu estatuto migratório legal nos países de destino para os quais são traficadas, por várias situações: podem ter dado entrada clandestina no país, não tendo a sua presença sido reconhecidas pelas autoridades migratórias; podem ter dado entrada legalmente, mas as condições que permitiam a sua estadia legal expiraram e a sua situação não foi renovada. Devido a estas e outras situações, muitas vezes, as vítimas de tráfico caem na categoria de imigrantes ilegais²³⁴. Como tal, as implicações legais deste estatuto importam que estas vítimas terão que sair do país onde permanecem ilegalmente ou ser forçosamente deportadas.

Contudo, existem vários e legítimos factores que levam a que as vítimas não queiram voltar aos seus países de origem: perigo de serem traficadas novamente; medo de retaliação por parte dos membros das organizações de tráfico²³⁵; falta de assistência médica e social; estigmatização pela comunidade local ou mesmo pela família – por estas razões, as vítimas podem necessitar de protecção no país de destino²³⁶.

²³² *Idem*, p. 63.

²³³ Cf. *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 329 e 330.

²³⁴ Sobre a imigração ilegal, GREGOR NOLL, “The Laws of Undocumented Migration”, *European Journal of Migration and Law*, 12(2), 2010, p. 143 e ss.

²³⁵ “For those who return to Colombia, the common fear is that they will become victims of violence at the hands of Colombian enforcers for any debts unpaid.” KAY WARREN, “The Ilusiveness of Counting ‘Victims’ and the Concreteness of Ranking Countries: trafficking in persons from Colombia to Japan”, in: *Sex, Drugs and Body Counta*, org: P. ANDREAS/ K. M. GREENHILL, Itacha: Cornell University Press, 2010, p. 125.

²³⁶ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 779.

DAVID NELKEN ilustra o problema com o exemplo de um trabalhador chinês, vítima de tráfico de seres humanos para fins de escravidão, mantido numa cave com pouco ar, fora da vista de todos, a trabalhar um número extravagante de horas, e que, quando presente a interrogatório judicial, afirmou que as suas condições ainda assim eram melhores do que as do seu país de origem²³⁷.

A Directiva 2011/36/EU no seu artigo 11.º impõe aos Estados a obrigação de oferecer medidas de assistência e suporte às vítimas, durante e depois do procedimento criminal, por um período adequado de tempo. Alarga-se, assim, a protecção das vítimas para uma resposta pós-interventiva, ou seja, uma que se sucede ao processo penal. Contudo, o tipo, duração e obrigação de prestar esta assistência pode-se mostrar difícil de determinar.

Neste momento pretendemos mostrar que, em muitos casos, será preferível para a vítima a sua permanência no país de destino, uma vez que a sua repatriação a poderá colocar em perigo de ser re traficada ou sofrer danos como consequência da retaliação dos traficantes. Neste contexto, cremos que é importante recordar o n.º 1, do artigo 22.º da Directiva 2012/29/UE, em que, de entre os factores que podem suscitar uma avaliação da vítima para identificar necessidades específicas de protecção, está presente a retaliação.

Mas nem todos os diplomas internacionais acolhem esta perspectiva abrangente ao perigo no retorno. Caberá, em seguida, uma análise legislativa no sentido de perceber que tipo de protecção é disponibilizada às vítimas que possam vir a sofrer danos ao serem repatriadas.

2.4.2. A legislação relativa à permanência nos países de destino e retorno aos países de origem

a) A narrativa dos diplomas internacionais

Quanto à obrigação dos estados de oferecer protecção a vítimas de tráfico de seres humanos presentes no seu território, o Protocolo de Palermo, no seu art. 6.º, n.º5, enuncia “cada Estado Parte deverá esforçar-se por garantir a segurança física das vítimas de tráfico de pessoas *enquanto estas se encontrarem no seu território*”²³⁸, o que significa que, uma vez deportadas, as vítimas estarão não só fora da jurisdição do país de destino, mas também fora

²³⁷ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 483.

²³⁸ Itálicos nossos.

do âmbito de protecção de direitos humanos que decorre das obrigações estaduais iluminadas pelo TEDH²³⁹.

Relativamente à permanência das vítimas no território dos Estados, o art. 7.º, n.º1, emana uma nota de discricionariedade dizendo que “cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de adoptar medidas legislativas ou outras medidas adequadas que permitam às vítimas de tráfico de pessoas permanecerem no seu território, *se for caso disso*²⁴⁰, temporária ou permanentemente”. Quanto aos casos que exigem esta permanência, parece-nos ser aceitável avançar o argumento de um critério de averiguação do perigo que resultaria para a vítima no seu regresso para o país de origem.

É de notar que, comparativamente ao Protocolo, o TVPA de 2000 dos EUA já oferecia T-Visa, com o propósito específico de permitir às vítimas de casos graves de tráfico permanecerem no país no caso de não poderem regressar ao seu país de origem devido a dificuldades de segurança – contudo, mais uma vez se exigia a cooperação na investigação²⁴¹.

No próprio Protocolo já existe alguma base para uma preocupação com a segurança da vítima, visível nos artigos 8.º, n.º 1 e 2, ambos dizendo que é necessário nas situações de repatriação ter “devidamente em conta a segurança da pessoa”. O n.º 2 contém expressões que manifestam insensibilidade ou desconhecimento da complexidade da questão do retorno das vítimas ao país de origem, nele lê-se que o repatriamento da vítima deverá ser “*de preferência, voluntário*²⁴²”. Esta formulação abre espaço para situações de deportação forçada das vítimas, independentemente da vontade destas ou do perigo que possam sofrer no país de origem, e que poderá, em muitos casos, fazê-las voltar ao país de destino. O grau de sensibilidade da questão aumenta quando se expande a perspectiva para abranger o controlo migratório e o direito de cada estado de determinar quem entra e sai do seu território, ou seja, acaba por atingir, de certa forma, a soberania. Muitos estados mostram-se relutantes em proporcionar autorizações de residência às vítimas ou de regularizar a sua

²³⁹ “*The message to those states in whose territory the victims have been exploited seems to be: send the victims away from your territory so that you do not have to be concerned with their safety and with their human rights.*” VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 784.

²⁴⁰ Itálicos nossos.

²⁴¹ NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law...*, 2012, p. 44.

²⁴² Itálicos nossos. “While such return, ‘shall preferably be voluntary’, states are not obligated to keep it so. Therefore, the rights afforded to trafficked persons within the Protocol remain dependent on existing domestic law/policies or the provisions made by bilateral or multilateral agreements signed by states.” MAY IKEORA, *Bilateral Cooperation...*, p. 75.

situação de imigrantes ilegais, receando que essas medidas possam constituir um *pull factor* de mais migração²⁴³.

Por outro lado, se analisarmos a letra do Protocolo não da perspectiva do país de destino mas do país de origem, encontraremos formulações que indicam uma narrativa diferente. O art. 8.º, n.º 1, oferece-nos o seguinte “O Estado Parte do qual a vítima de tráfico de pessoas é nacional ou no qual esta tinha direito de residência permanente no momento da sua entrada no território do Estado Parte de acolhimento, *deverá facilitar e aceitar*, tendo devidamente em conta a segurança dessa pessoa, o seu regresso *sem demora indevida ou injustificada*”. cremos que na tradução para português a letra da lei perde alguma imperatividade, uma vez que na versão inglesa do Protocolo esta é bastante evidente no verbo “shall²⁴⁴” no lugar da formulação portuguesa “deverá”. Existe, portanto, uma imperatividade decorrente do Protocolo que impõe aos países de origem a obrigação de aceitarem, e sem demora, o regresso das vítimas de tráfico.

Vistos os dois lados, de país de destino e país de origem, a narrativa que traça o Protocolo parece clara: os países de destino não têm a obrigação de acolher e os de destino têm a obrigação de receber. cremos que a falta de um critério legal que diferencie situações em que haja um perigo concreto no retorno, daquelas em que este é preferido pela vítima, ofereceria uma dimensão humanista de que a lei parece carecer nesta dimensão.

Mesmo com o panorama globalista da migração em mente, e com os Estados adamantes em manter o controlo das suas políticas migratórias, proporcionar assistência a vítimas de tráfico não seria incentivo suficiente para um *pull factor*. As dinâmicas complexas em que ocorrem o tráfico levariam à distinção clara das vítimas que necessitam ou não de repatriamento e assistência, e da mesma maneira que há vítimas que não querem regressar pelo receio de represálias, há também aquelas que anseiam por um regresso. Neste sentido, revela-se de renovada importância a questão da identificação bem-sucedida. E claro, há vítimas que não são vítimas, mas lá chegaremos.

b) Breve exposição do regime de afastamento do território nacional

²⁴³ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 785.

²⁴⁴ “The State Party of which the victim of trafficking in persons is a national or in which the person had the right of permanent residence at the time of entry into the territory of the receiving State Party *shall* facilitate and accept, with due regard for the safety of that person, the return of that person without undue or unreasonable delay”, Art. 8.º, n.º 1, Protocolo de Palermo.

O afastamento de estrangeiros do território nacional é regulado pelas disposições do art. 134.º e seguintes da Lei n.º 23/2007. Nas nossas considerações sobre a importância da identificação como critério de sucesso da reintegração social, fizemos um alerta para as consequências que uma falha pode ter²⁴⁵. É momento de analisar o regime do afastamento no sentido de descortinar de que forma são tomadas as decisões que podem culminar na colocação em perigo de uma vítima.

No artigo 134.º encontramos os fundamentos da decisão de afastamento coercivo ou de expulsão. Do nosso interesse nesta sede será, principalmente, a alínea a) do n.º 1, referindo-se a quem entre ou permaneça ilegalmente no território português, pois será este o caso da maioria das vítimas de tráfico. No n.º 3 do mesmo artigo podemos verificar que existe um regime mais benéfico a ser aplicado nestas situações, sendo este reservado aos refugiados quando resulte de lei ou convenção internacional a que o Estado esteja obrigado²⁴⁶. Quanto aos limites da expulsão do artigo 135.º, não encontramos nas situações descritas algum critério referente a um perigo para a pessoa.

Contudo, numa disposição posterior, o art. 143.º, encontramos uma salvaguarda ao abrigo da CEDH. No n.º 1 é determinado que o afastamento coercivo e a expulsão não podem ser efectuados para qualquer país onde o cidadão estrangeiro possa ser perseguido pelos motivos que, nos termos da lei, justificam a concessão do direito de asilo ou onde o cidadão estrangeiro possa sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante na acepção do art. 3.º da CEDH. Esta garantia poderá ser beneficiada pelos interessados que invoquem um receio de perseguição e apresentarem a respectiva prova no prazo que lhes vier a ser concedido, nos termos do n.º 2.

Aqui verifica-se da parte do nosso ordenamento uma aplicação da protecção oferecida pelos Direitos Humanos, o que poderá ser útil nos casos de tráfico de seres humanos, uma vez que são precisamente estes direitos que muitas vezes estão em causa. Esta salvaguarda, felizmente, pouco necessária será para as vítimas de tráfico dentro do nosso ordenamento, uma vez que, como já referimos, o nosso regime de protecção é vasto e eficaz. Contudo, o reconhecimento de uma solução assente nos Direitos Humanos poderá ser útil

²⁴⁵ *Supra*

²⁴⁶ Parece existir uma má formulação do artigo, uma vez que a alínea i) do n.º1 repete exactamente a letra do n.º3, da mesma forma que a alínea h) repete a letra do n.º2.

no caso de outros ordenamentos que não dispõem de um regime de protecção tão eficaz como o nosso, como em seguida iremos ver²⁴⁷.

Relativamente à competência decisória nesta matéria, nos termos do art. 140.º, a decisão de afastamento coercivo pode ser determinada pelo director nacional do SEF, com faculdade de delegação, enquanto que a decisão judicial de expulsão é determinada por autoridade judicial competente – sendo que esta reveste natureza de pena acessória. A competência para mandar instaurar processos de afastamento coercivo e para ordenar o prosseguimento dos autos, determinando, nomeadamente o seu envio para o tribunal competente, cabe igualmente ao director nacional do SEF, com faculdade de delegação, nos termos do art. 141.º. O art. 150.º permite a impugnação judicial da decisão de afastamento coercivo, sendo que esta terá efeito devolutivo perante os tribunais administrativos. Quanto à decisão judicial de expulsão, o art. 158.º oferece possibilidade de recurso, cabendo este para o Tribunal da Relação com efeito devolutivo.

c) Breve exposição sobre o direito de asilo

O asilo é um instituto de direito internacional. Consiste na protecção que o Estado concede no seu território, ou em outro local dependente de algum dos seus órgãos, a um indivíduo que a veio procurar. O direito de asilo encontra consagração no artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo-se que toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. Ao nível da nossa lei fundamental, o art. 33.º, n.º 8, da CRP, reconhece o direito de asilo político como direito, liberdade e garantia. Existe ainda a Lei n.º 27/2008, relativa à Concessão de Asilo e Protecção Subsidiária, cujas disposições decorrem do estabelecido na CRP e na Convenção de Genebra.

Caberá fazer algumas distinções importantes. Em primeiro lugar, o asilo será distinto da imigração, enquanto que aquele é motivado por uma procura de protecção, esta será a entrada num país estrangeiro para nele permanecer de forma duradoura, assente numa opção voluntária motivada por considerações variadas. Neste sentido, também se deverá distinguir entre imigrante e refugiado, enquanto aquele sai do país voluntariamente motivado por considerações variadas, este é forçado a emigrar.

²⁴⁷ *Infra* – 2.4.3. A discricionariedade nas autorizações de residência – análise comparativa de alguns ordenamentos.

Quanto ao estabelecimento do conceito de refugiado, este encontra-se já há muito na Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, com as alterações do Protocolo de Nova Iorque de 1967. Será quem receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar²⁴⁸.

No art. 33.º, n.º 1, da mesma Convenção, encontramos consagrado o princípio do *non refoulement*. Este princípio estabelece que nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. Podemos encontrar outra expressão deste princípio no art. 3.º da CEDH, que proíbe os tratamentos desumanos e degradantes e, como vimos no nosso próprio ordenamento, pode ser utilizada para impedir o regresso de um individuo ao país de origem com fundamento nestas condições. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra este princípio no seu art. 19.º, n.º 2, dizendo, em expressão próxima dos outros diplomas: ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

Este será um princípio importante para precaver situações de perigo no regresso, como mais à frente veremos²⁴⁹.

2.4.3. A discricionariedade nas autorizações de residência – análise comparativa de alguns ordenamentos

Como já notámos, em face do receio de represálias, foi criado um regime especial de concessão de autorização de residência²⁵⁰, que se manterá enquanto houver risco de a

²⁴⁸ Cf. Art. 1.º da Convenção de Genebra com as alterações efectuadas pelo art. 1.º do Protocolo de Nova Iorque.

²⁴⁹ *Infra* – 2.4.4.2. A proposta dos direitos humanos

²⁵⁰ Será um título de residência o documento emitido de acordo com as regras e o modelo uniforme em vigor na União Europeia ao nacional de Estado terceiro com autorização de residência, Cf. art. 3.º, al. x), Lei n.º 23/2007. As autorizações de residência, por sua vez, dividem-se em: autorizações de residência permanentes; e autorizações de residência temporárias, Cf. art.º 74, n.º1, al. a) e b).

vítima, os seus familiares ou pessoas que com ela mantenham relações próximas serem objecto de ameaças ou ofensas praticadas pelos agentes do tráfico, com o objetivo de proporcionar condições de segurança à vítima e de garantir o seu contributo probatório no processo penal.

A nível europeu esta protecção é conferida pela Directiva 2004/81/EC²⁵¹ que se refere à emissão de termos de residência a vítimas de tráfico de países terceiros, e a Directiva 2004/38/EC que se refere ao direito dos cidadãos da UE de circularem e residirem livremente no território dos Estados-Membros²⁵². Infelizmente, esta protecção mostra-se condicionada, na medida em que, em vários países, a concessão de autorização de residência está dependente da disponibilidade da vítima a cooperar com as autoridades para a persecução do crime de tráfico, e não apenas validada por serem vítimas de um acto específico – um erro que foi prontamente corrigido na nossa legislação.

Manifestam-se outros impedimentos específicos a nível das transposições feitas pelos Estados signatários da Directiva 2004/81/EC. No caso de Espanha e da Áustria²⁵³, que decidiram que a sua legislação pré-existente estava à altura das exigências da Directiva, não sendo necessário um esforço de transposição, não existem previsões estatutárias do período de reflexão a que se refere o art. 6.º, e quanto à última existe também insucesso em responder às exigências do art. 8.º, n.º 2, relativo à emissão de autorizações de residência²⁵⁴. Já a Lituânia²⁵⁵ não oferece esclarecimento quanto à duração do período de reflexão²⁵⁶.

Quanto à Bulgária²⁵⁷, Bélgica e Polónia²⁵⁸, não existe qualquer obstáculo legal à expulsão de uma vítima durante o período de reflexão, não obedecendo por isso à proibição de afastamento durante este período que refere o art. 6.º, n.º 2. No caso específico da Bélgica, as vítimas não recebem nenhuma autorização de residência durante o período de reflexão, mas uma ordem para sair do país 45 dias após esse período, não existindo qualquer obstáculo ao afastamento durante estes dias²⁵⁹.

²⁵¹ Para uma descrição aprofundada de todos os problemas relacionados com a implementação desta Directiva, G. NOLL/M. GUNNEFLO, *Directive 2004/81 Victims of Trafficking Synthesis Report*, 2007.

²⁵² Existe ainda o complemento da Directiva 2012/29/EU, que veio substituir a Decisão-Quadro 2001/220/JHA, para estabelecer padrões de direitos, suporte e protecção de vítimas de crimes.

²⁵³ Ambos os países fazem parte do *Tier 1* segundo o *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 45 e 46.

²⁵⁴ G. NOLL/M. GUNNEFLO, *Directive...*, p. 14.

²⁵⁵ *Tier 1* segundo o *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 45 e 46.

²⁵⁶ G. NOLL/M. GUNNEFLO, *Directive...*, p. 17.

²⁵⁷ *Tier 2 Watchlist* segundo o *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 45 e 46.

²⁵⁸ Ambas *Tier 1* segundo o *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 45 e 46.

²⁵⁹ G. NOLL/M. GUNNEFLO, *Directive...*, p. 17.

No que diz respeito à emissão de autorizações de residência, a Bélgica, a Bulgária e a República Checa²⁶⁰ apresentam um maior número de exigências para esta emissão do que a Directiva sugere. Na Bélgica é exigido à vítima que prove a sua identidade através de passaporte ou outro documento de identificação e na República Checa as exigências são semelhantes²⁶¹ - o que nos parecem exigências absurdas, uma vez que qualquer breve pesquisa dentro da literatura do tráfico de seres humanos chama a atenção para o facto de que em imensos casos as vítimas têm os seus documentos retirados ou destruídos pelos traficantes, prevendo-se até esta hipótese no nosso próprio tipo legal de crime.

Por sua vez, a legislação espanhola prescreve que para receber uma autorização de residência, a vítima terá obrigatoriamente que cooperar com as autoridades, tendo-se desenvolvido ainda práticas administrativas que exigem documentos de identificação²⁶².

Isto levanta graves problemas. As condições mostram-se demasiado estritas, o que torna a concessão de autorização de residência pouco utilizada no caso de cidadãos de países terceiros, e no geral um incentivo fraco para indivíduos em situações de vulnerabilidade – que muitas vezes precisam de recuperar de experiências traumáticas antes de decidirem cooperar – pelo que critérios menos estritos para adquirir a autorização de residência contribuiriam bastante para assistir a vítima na sua recuperação, servindo ao mesmo tempo de incentivo para a cooperação na investigação do tráfico²⁶³.

O artigo 13º, n.º 1, da Convenção estabelece um período de reflexão de 30 dias – oferecendo resposta à necessidade de recuperação de experiências traumáticas -, se este for lido em conjunto com a Directiva, não se correrá o risco de um Estado-Membro impor um período de reflexão menor. Em relação ao cessar deste período, e das implicações que pode ter – uma vez que a obrigação de apoio dos Estados-Membros se torna discricionária depois do período de reflexão – o artigo 14º da Convenção impõe uma

²⁶⁰ Tier 1 segundo o *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 45 e 46.

²⁶¹ Mais grave – e absurdo – mostra-se o caso da Bulgária “*The criteria for the issuance of the residence permit in Bulgaria are problematic in a number of ways. The applicable provision requires the victim to submit: 1) an application; 2) a document to prove that the fee of 250 euros for the issue of the residence permit is paid; 3) a photocopy of the passport with the photo, personal data, the entrance visa and the entrance stamp (as previously mentioned, it is not apparent how an illegal entry onto the Bulgarian territory will be judged); 4) Evidence to prove accommodation (as previously mentioned, it is not apparent if the shelter that should be provided by the authorities would be considered ‘accommodation’ within the meaning of the applicable provision); 5) a document issued by the competent authorities authorising the special protection status i.e. the prosecutorial act.*” G. NOLL/M. GUNNEFLO, *Directive...*, p. 18.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ “The Commission stresses the fact that some member states are already providing unconditional residence permits to all victims or to some of them, due to their personal circumstances and vulnerability.” ELISAVATE SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Directive 2011/36/EU...”, p. 476.

obrigação de emissão de uma autorização de residência renovável, se bem que também este é limitado no tempo.

A discricionariedade, que deveria servir para a melhor adaptação dos estados às suas obrigações, acaba por servir como pretexto para as evitar. Como vimos, ainda há estados que não asseguram condições de permanência sem exigências desproporcionais. Para contornar estes entraves, as vítimas terão que ir para além dos ordenamentos. Como fizemos notar, o nosso regime de afastamento prevê uma salvaguarda baseada na protecção dos Direitos Humanos, em nosso ver, a resposta para a protecção de vítimas que correm perigo de retráfico no seu regresso poderá residir aí.

2.4.4. Da decisão de repatriar

2.4.4.1. A Jurisprudência do TEDH em matéria de repatriação das vítimas de tráfico de seres humanos

Para auxiliar a compreensão das circunstâncias destes casos, e das dificuldades que podem levantar, vejamos com que problemas se tem debatido a jurisprudência do TEDH.

No caso *V.F. v. France*²⁶⁴, podemos observar uma insinuação do padrão de retorno das vítimas ao país de destino, contudo, sob coacção. Neste caso, uma nacional da Nigéria alegava que ao ser deportada de França corria o risco de ser forçada a voltar à prostituição de que havia escapado e ainda sofrer represálias por isso, sendo que as autoridades nigerianas seriam incapazes de a proteger. Segundo esta vítima, as autoridades francesas teriam um dever de não deportar potenciais vítimas de tráfico.

O TEDH declarou o pedido inadmissível (manifestamente infundado). Declarou que, apesar de ter conhecimento da escala do tráfico de mulheres nigerianas em França e as dificuldades experienciadas por estas mulheres em se aproximarem das autoridades para receberem protecção, a informação prestada pela mulher nigeriana neste caso era insuficiente para provar que a polícia deveria ter tido conhecimento do seu estatuto de potencial vítima. Quanto ao risco de ser forçada a prostituir-se na Nigéria, o tribunal observou que apesar de a legislação nigeriana não ser perfeitamente eficaz a combater o tráfico e a prostituição²⁶⁵, havia feito progressos consideráveis e que por isso era provável que esta recebesse assistência na chegada ao país.

²⁶⁴ Acórdão TEDH, *V.F. v. France*, 29.11.2011 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

²⁶⁵ A Nigéria encontra-se no *tier 2 watch list* quanto ao cumprimento das normas mínimas do TVPA, Cf. *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 46.

Num caso semelhante, *F.A. v. the United Kingdom*²⁶⁶, uma nacional do Gana que havia sido traficada para o Reino Unido e forçada a prostituir-se, alegou que a sua deportação para o país de origem a colocaria em risco de ser traficada novamente. Declarou ainda que havia contraído SIDA como resultado directo do tráfico e a da sua exploração sexual, pelo que o estado teria uma obrigação positiva de a deixar permanecer no Reino Unido para aceder a tratamento médico. Também este pedido foi declarado inadmissível pelo TEDH.

No caso *L.R. v. the United Kingdom*²⁶⁷ a requerente – nacional da Albânia - alegou ter sido traficada da Itália para o Reino Unido por um outro nacional da Albânia que a forçou a prostituir-se num club nocturno, ficando com os rendimentos que aquela conseguia. Esta requerente – à semelhança da requerente nigeriana do caso *V.F. v. France* – temia que a sua remoção do Reino Unido a colocaria em risco de vida violando, pois, os artigos 2.º (direito à vida), 3.º (proibição de tratamento desumano ou degradante), 4.º (proibição de escravatura e trabalho forçado), e 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção. O Tribunal decidiu afastar o requerimento com base no artigo 37.º da Convenção, entendendo que a requerente e a sua filha já haviam recebido o estatuto de refugiado no Reino Unido e, portanto, já não havia risco de estas serem deportadas para a Albânia. O Tribunal tomou a mesma decisão no caso *O.G.O. v. the United Kingdom*²⁶⁸, em que uma requerente Nigeriana temia que a sua expulsão a levasse a ser traficada novamente.

Cremos que os dois últimos casos que trouxemos servem de fundamento para criticar as decisões tomadas pelo Tribunal nos dois primeiros casos. Quanto aos factos, os quatro casos são bastante semelhantes: temos requerentes vítimas de tráfico cujo receio é serem deportadas e vir a sofrer ou perigo de vida ou voltarem a ser traficadas; e, contudo, o Tribunal tomou decisões diferentes em relação a factos semelhantes. O elemento obviamente decisivo para a mudança de juízo do tribunal é o estatuto de refugiado que foi oferecido às requerentes. O que nos parece censurável é que nos dois primeiros casos o Tribunal se tenha mostrado insensível aos riscos que correriam as vítimas depois de serem deportadas, riscos esses conhecidos pela vitimologia do tráfico de seres humanos e, reconhecendo o próprio Tribunal que a legislação nigeriana não era eficaz no combate contra o tráfico. Analisando os quatro casos, e as decisões correspondentes, não ficou clara a preocupação do TEDH quanto ao regresso das vítimas aos seus países de origem. Pois se os dois primeiros casos

²⁶⁶ Acórdão TEDH, *F.A. v. the United Kingdom*, 10.09.2013 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

²⁶⁷ Acórdão TEDH, *L.R. v. the United Kingdom*, 14.06.2011 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

²⁶⁸ Acórdão TEDH, *O.G.O. v. the United Kingdom*, 18.02.2014 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

mostram a insensibilidade do Tribunal, os segundos não a afastam. Este apenas decidiu afastar os casos em razão do estatuto de refugiado, ou seja, não protegeu as vítimas, apenas reconheceu que já estavam protegidas.

O Tribunal poderia reconhecer que a ausência deste estatuto de refugiado colocaria em causa os direitos fundamentais dos requerentes, uma vez que era a ausência deste que permitiria a sua deportação e colocação em perigo. Da mesma forma que reconheceu em acórdãos anteriores a ausência de um quadro legal capaz de oferecer protecção, também aqui o Tribunal se deveria pronunciar por um incumprimento do Estado ao não conceder o estatuto que permitiria a protecção dos requerentes relativamente a um perigo.

Mesmo não existindo uma regularização do estatuto de refugiado ou do direito de asilo, como vimos, o princípio do *non-refoulement* encontra expressão tanto na CEDH como na CDFUE, pelo que não faltam ao Tribunal instrumentos para a aplicar e para garantir a segurança destes requerentes. Talvez a jurisprudência se devesse desenvolver no sentido de assegurar uma protecção às vítimas de tráfico de seres humanos, não permitindo que estas fossem repatriadas quando haja a verificação de um perigo concreto. Veremos esta proposta na doutrina em seguida.

2.4.4.2. A proposta dos direitos humanos

Da análise legislativa que se elaborou, podemos concluir que o Protocolo de Palermo aparenta considerar como solução padrão o regresso da vítima aos países de origem, por um lado, pela linguagem discricionária que utiliza em relação aos países de destino, e por outro, pelas obrigações de receber as vítimas que impõe aos países de origem²⁶⁹. Por outro lado, como acabámos de salientar, também o TEDH não parece ainda utilizar os instrumentos que lhe estão disponíveis para oferecer protecção em situações de perigo no retorno.

VLADISLAVA STOYANOVA sugere que, como nem a ONU nem o Conselho da Europa foram capazes de criar legislação que garantisse a permanência das vítimas no território dos países de destino, é necessário recorrer às obrigações dos Estados decorrentes dos direitos humanos, particularmente o princípio de *non-refoulement* - como já vimos na Convenção de Genebra, CEDH, CDFUE, e também desenvolvido pela jurisprudência do

²⁶⁹ “*The proper place of the trafficked migrants is supposedly at home*” VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 788.

TEDH -, que proíbe os estados de remover do seu território indivíduos para países onde corram perigo²⁷⁰. A Directiva 2011/36/UE refere no seu Considerando (10) que funciona sem prejuízo do princípio de *non-refoulement* de acordo com a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiados.

De não esquecer, para a efectiva aplicação deste princípio, e como consequência da sua expressão nos diplomas europeus, é que a União Europeia reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na CDFUE, assim como adere à CEDH, tal como se estabelece no art. 6.º do TUE.

No caso *Soering v. United Kingdom*²⁷¹, em que um nacional dos Estados Unidos da América foi detido no Reino Unido, e o primeiro apresentou um pedido de extradição, o TEDH decidiu que a extradição violaria o art 3.º da Convenção, uma vez que estaria sujeito a ser submetido a tortura, penas e tratamentos desumanos ou degradantes, começando um corpo jurisprudencial que impõe aos Estados a obrigação de não devolver indivíduos a países onde corram um risco real de serem sujeitos a estes tratamentos. Mais recentemente, no caso *Salah Sheekh v. the Netherlands*, o tribunal decidiu que a deportação de um nacional da Somália para uma “área relativamente segura” estaria em violação do art. 3.^o²⁷².

A protecção oferecida pelo art. 3.º divide-se em duas dimensões: a primeira concentrando-se em agentes não-estaduais e os tipos de dano que estes podem causar à vítima; a segunda centra-se num cenário em que o dano no país de origem não é infligido pelo estado nem por agentes não-estaduais, mas antes no insucesso do país de origem em proporcionar segurança e assistência à vítima²⁷³ – o que reflecte as obrigações de protecção da vítima ao nível do tráfico que temos vindo a apresentar na jurisprudência do TEDH.

Relativamente à primeira dimensão, existem dois agente não-estaduais que podem causar danos à vítima no país de origem: em primeiro lugar, os traficantes ou as próprias organizações de tráfico podem vir a retrafficá-la, bem como infligir outras formas de retaliação se, por exemplo, a vítima tiver cooperado com as autoridades, ou se não tiver ganho dinheiro suficiente para pagar a sua dívida aos traficantes; em segundo lugar, a comunidade ou a própria família da vítima no seu país de origem podem-lhe infligir danos

²⁷⁰ *Ibidem*. A observação da violação deste princípio pelos Estados que optam em deportar é também assinalada em NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law...*, p. 44.

²⁷¹ Acórdão TEDH, *Soering. v. the United Kingdom*, 07.07.1989 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

²⁷² Acórdão TEDH, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11.01.2007 (disponível em <http://www.echr.coe.int>).

²⁷³ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 789.

na forma de rejeição ou de estigmatização, principalmente em relação a vítimas de tráfico para fins de exploração sexual²⁷⁴.

Caberá, no entanto, avaliar se cada um destes perigos será enquadrável no art. 3.º e na sua protecção. VLADISLAVA STOYANOVA considera que não há dificuldades em incluir o perigo de ser re traficado no âmbito de protecção do artigo, uma vez que o tratamento a que são sujeitas as vítimas de tráfico atingem o patamar de desumano e degradante²⁷⁵. Apesar disto, as dificuldades a nível probatório são inegáveis. Seriam necessários indícios de que a vítima, de facto, sofreria este tratamento aquando do seu regresso, ou que, pelo menos, correria um sério risco disso.

Em face destas dificuldades probatórias, a Autora propõe uma série de circunstâncias que podem ser apresentadas pela vítima como critérios de identificação de uma situação de risco de ser re traficada: a vítima ainda não ter pago a sua dívida aos traficantes²⁷⁶, pelo que estes poderão tomar medidas para a encontrar; foi traficada não por um traficante singular mas por uma organização de tráfico, o que aumenta a probabilidade de ser encontrada ao regressar; os traficantes acreditam que a vítima detém informação incriminatória e que pode recorrer às autoridades no país de origem; a vítima é de uma etnicidade, minoria, idade ou área de residência específica do país que a coloca em maior risco de ser re traficada²⁷⁷.

Quanto à estigmatização sofrida pela vítima na forma de rejeição pela sua família e comunidade, cremos ser duvidoso equiparar este dano a um perigo enquadrável na protecção

²⁷⁴ *Idem*, p. 790.

²⁷⁵ “They are raped; forced to engage in sexual acts; bought and sold and treated as objects for profit; subjected to physical maltreatment; held in captivity”, *Idem*, p. 791.

²⁷⁶ A técnica utilizada pelos traficantes de colocarem as vítimas em situação de dívida para posteriormente as obrigarem a trabalhar para a pagar é apelidada de *debt bondage*, definida pelo TVPA, sec.103., (4), como: “(...) *the status or condition of a debtor arising from a pledge by the debtor of his or her personal services or of those of a person under his or her control as a security for debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied toward the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined*”. Esta *debt bondage*, por sua vez, pode ser simples ou fraudulenta. A *simple debt bondage* é definida como: “*an exploitative loan/labor arrangement for which the victim volunteers, and for which he is fully informed regarding the terms, in the absence of force, fraud, or coercion*”. A *fraudulent debt bondage*, por outro lado: “*differs from the simple arrangement in that at some point the victim is forced, defrauded, or coerced*”. Neste sentido, VERNON MURRAY/ SHERRY DINGMAN/ JULIA PORTER/ MARIA OTTE, “Victim Intervention Marketing: An Application of Social Activist Marketing in Opposition to Human Trafficking”, *Journal of Marketing Theory & Practice*, Vol. 23, Issue 3, 2015, p. 274. O termo foi reconhecido pela jurisprudência: “É característica do crime de tráfico de pessoas a prática da chamada *debt bondage*, em que 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”, Ac. TRP de 8 de Julho de 2015.

²⁷⁷ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 792.

do art. 3.º. Esta rejeição poderá materializar-se de várias formas, desde o isolamento social da pessoa, a ofensas à sua honra²⁷⁸, ou até a verdadeiras ofensas à integridade física, contudo, não podemos considerar que estas, por si só, atinjam o patamar de tratamentos desumanos ou degradantes. Mantendo a linha de avaliação destes critérios à luz de cada caso concreto, a nossa opinião poderá ser abalada quando considerarmos esta rejeição pela família e comunidade ao lado de impossibilidade ou relutância do país de origem em proporcionar estruturas de suporte para as vítimas repatriadas, na forma de alojamento, assistência médica, serviços reabilitativos, educação e formação²⁷⁹.

Acompanhamos a proposta da Autora de que o princípio do *non-refoulement* poderá ser a solução para as lacunas dos diferentes ordenamentos no que respeita à protecção das vítimas de tráfico do perigo no seu regresso ao país de origem. O âmbito de protecção do artigo 3.º da CEDH, juntamente com a tradição jurisprudencial do TEDH, e as diferentes expressões do princípio em vários diplomas, formam uma estrutura que poderá funcionar como última rede de protecção para caírem os que temem o regresso.

2.4.4.3. As circunstâncias reais da repatriação

Após a decisão de repatriamento, e do sucesso no retorno da vítima ao seu país de origem, esta será confrontada com a resposta pós-interventiva – posterior ao processo penal. Nesta tentar-se-á proporcionar a vítima com condições de recuperação da sua experiência de tráfico. Esta será a fase de reintegração *stricto sensu*, um processo de recuperação que procura restabelecer a inclusão socioeconómica após a experiência do tráfico, através da oferta de uma série de medidas assistenciais – abrigo, oportunidades de desenvolvimento pessoal, social e económico, psicoterapia²⁸⁰; diferente da reintegração *lato sensu* que alberga as diferentes fases debaixo de um objectivo político-criminal, como foi deixado claro desde o início do nosso estudo.

Apesar de aparentar ser uma medida de propósitos nobres e boas intenções, existem vários erros que, infelizmente, contaminam a fase de reintegração. Um dos erros mais persistentes nas tentativas de reintegração, é a discrepância entre os objectivos idealizados

²⁷⁸ Quanto a possíveis difamações ou injúrias, apesar de estas ainda estarem tipificadas no nosso CP – nos seus artigos 180.º e 181.º, respectivamente - parece-nos que o valor do bem jurídico por elas protegido se tem vindo a diluir.

²⁷⁹ VLADISLAVA STOYANOVA, “Complementary protection for victims of human trafficking...”, p. 793.

²⁸⁰ REBECCA SURTEES, *Monitoring Anti-Trafficking Re/Integration Programmes: A Manual*, Vienna: Nexus Institute, 2010, p. 24.

por esta – que passam por uma trajectória linear da exploração até ao regresso à segurança - e o que é a experiência real das vítimas, passando esta não só pelas suas circunstâncias socioeconómicas e culturais, mas também a sua dinâmica psicossocial²⁸¹.

A implementação destes processos internacionalmente é guiada por ferramentas internacionais baseadas no Protocolo de Palermo e o *United-States Trafficking in Persons Report*, que enfatizam a importância de uma resposta centrada na vítima. A fórmula dos “Três P’s” (Persecução, Protecção e Prevenção²⁸²), que informava a resposta ao tráfico, expandiu-se para incorporar os “Três R’s” (Resgate, Reabilitação e Reintegração²⁸³) que operam – mas não só - numa dimensão pós-interventiva²⁸⁴.

Existem dois aspectos principais na resposta pós-interventiva: a repatriação das vítimas ou testemunhas para o seu país de origem; e os processos de reabilitação e reintegração nos países de origem²⁸⁵. O facto de estes processos operarem no país de origem, e de ser necessário assegurar a repatriação efectivamente, reforça, a nosso ver, o argumento da necessidade de uma resposta penal e garantista ao tráfico, em vez de uma resposta administrativa que não olha a finalidades e desconsidera os vários aspectos importantes para a reintegração das vítimas.

Aqui continua presente a problemática das autorizações de residência, em que é possível levantar a questão se os países de destino não teriam melhores condições e recursos para proporcionar a reabilitação e reintegração. Contudo, como vimos, é o próprio Protocolo de Palermo que reparte a responsabilidade entre os países de destino e de origem, impondo a cada um, obrigações no processo de repatriação. Deixámos também evidente que, muitas vezes, as opções e direitos da vítima estão limitadas pelo seu estatuto migratório e pelo regime fronteiriço dos países de destino.

Da legislação internacional, assim como do panorama político-migratório, decorre a lógica da repatriação que assume que as vítimas, não só desejam voltar ao seu país de

²⁸¹ “A major concern arising from this neatly delineated narrative of the return home relates to the way in which the responsibility of countries of destination, in particular, is conceived as border-bound, whereby the return of women home is a symbolic and figurative relinquishing of any further duty towards victims of trafficking. A second and related concern is over the individualized focus on making women ‘better’, based on assumptions and understandings of what women are lacking, whereby preventing re-trafficking is understood primarily to require the education, counselling and guidance of women.” MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home ...”, p. 161.

²⁸² Prosecution, Protection and Prevention.

²⁸³ Rescue, Rehabilitation and Reintegration.

²⁸⁴ MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home...” p. 162.

²⁸⁵ *Idem*, p. 163.

origem, mas que precisam de lá voltar para começarem a sua reabilitação e recuperação. Contudo esta repatriação não se baseia num reconhecimento dos verdadeiros desejos das vítimas, pois a opção de as vítimas não voltarem ao país de origem e permanecerem no país de destino é rapidamente descartada pelas autoridades e legisladores²⁸⁶.

Esta opção por parte das vítimas não é descabida, tendo em conta as situações de vulnerabilidade, e até mesmo perigo, em que estas se podem encontrar quando retornam aos seus países de origem, pois estes podem ter a obrigação de facilitar o retorno, mas nada os impede de as deter²⁸⁷. As circunstâncias acabam por forçar muitas vítimas a voltar para o país destino após o processo de repatriação²⁸⁸.

A reintegração serve um propósito diferente da repatriação, implicando que as vítimas de tráfico necessitam de assistência quando regressam às suas comunidades, no entanto, a escassa pesquisa revela que também este processo de suporte exclui a vontade das vítimas e ignora a complexidade da sua realidade no contexto político, social e económico²⁸⁹. A reintegração em si, apesar da sua preocupação se prender com o bom funcionamento da vítima na sociedade onde será reintegrada, continua a ter um foco individualizado no “melhoramento” desta, como que mantendo uma componente da reabilitação.

A reabilitação passa por um processo de suporte que é muitas vezes levado a cabo por abrigos – muito utilizados na Europa e no Leste da Ásia, podem ser integrados em programas estaduais, geridos por organizações não-governamentais ou até mesmo pela OIM – sendo estes uma espécie de degrau antecedente na direcção da reintegração, que as vítimas têm a possibilidade de utilizar logo quando sejam repatriadas, ou mesmo após uma estadia com a sua família, como algumas preferem²⁹⁰. Nestes abrigos adquirem competências de trabalho, assim como acompanhamento psicológico e grupos de suporte.

A assistência psicológica, como nota o *Trafficking in Persons Report* do *U.S. Department of State*, mostra-se imprescindível para a reintegração das vítimas, uma vez que ajudará a atenuar os danos feitos pela experiência do tráfico que fortemente contribuem para

²⁸⁶ *Idem*, p. 164 e 166.

²⁸⁷ *Idem*, p. 167.

²⁸⁸ “*I mean you return people home to Burma, I mean 99 per cent come back – (laughing) you can stand on the bridge and watch! They don’t even go home they just go across and come back, even the ones who have been officially repatriated.*” Este é um testemunho de uma directora de uma Organização Não-Governamental na Tailândia, responsável por lidar com a repatriação no tráfico de seres humanos, vários testemunhos semelhantes relativos à relutância das vítimas em serem repatriadas, e a sua preferência pela estadia no país de destino podem ser consultadas em *Idem*, p. 167 e 168.

²⁸⁹ *Idem*, p. 174.

²⁹⁰ *Idem*, p. 176.

a revitimização – pelo que as vítimas terão que trabalhar nos seus desafios psicológicos para evitarem serem re traficadas e poderem seguir com as suas vidas²⁹¹. Os programas mostram que a vitimização se mostra uma extensão ou sintoma dos problemas sociais das vítimas – que acabam por sofrer as consequências da estigmatização – para além disso, as vítimas não parecem interessadas nestes programas, que são identificados por alguns participantes como um falhanço por parte dos estados em desenvolver programas que respondam às verdadeiras necessidades das vítimas²⁹². Aqui, os detalhes de que tipo de suporte terão as vítimas acesso, revelam-se condicionados pelos entendimentos dominantes de vitimização e vítimas “ideais” que persistem ao longo de toda a resposta ao tráfico²⁹³.

O próprio processo de reintegração vê-se afectado por estereótipos, idealizando-se a mulher recuperada como aquela que permanece no seu país de origem e que não “reincide” numa profissão ligada ao sexo²⁹⁴. Esta imagem a que aspiram os programas de reintegração, mais uma vez, conflitua com a vontade de muitas mulheres que preferem continuar a trabalhar na indústria do sexo e a ganhar dinheiro num país de destino, do que voltar ao seu país de origem para viverem em condições degradantes sem possibilidade de melhorarem as suas condições de vida e da sua família²⁹⁵.

²⁹¹ DAVID HODGE, “Assisting Victims of Human Trafficking: Strategies to Facilitate Identification, Exit from Trafficking, and the Restoration of Wellness”, *Social Work*, Vol. 59, Issue 2, 2014, p. 115. Existem indicadores de que um dos métodos mais eficazes para o tratamento das vítimas de tráfico é a terapia centrada no cliente, sobre ela, as obras do seu criador, CARL ROGERS, *Client Centred Therapy*, London: Little, Brown Book Group, 2013; e CARL ROGERS, *On Becoming a Person: A therapist's view of psychotherapy*, London: Constable, 1997.

²⁹² MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home...”, p. 181.

²⁹³ Este entendimento mostra-se de extrema relevância quando conjugado com o problema da identificação das vítimas e a compreensão da vitimização secundária, *Idem*, p. 183. Também neste sentido BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/CONCEIÇÃO GOMES/MADALENA DUARTE “Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação” in: *Revista crítica de Ciências Sociais*, 87, Dezembro 2009, p. 87.

²⁹⁴ “There are two critical aspects of success here: that women no longer work in the sex industry and that they remain at home. There is a considerable body of literature that notes the emphasis by state and non-state agencies on preventing trafficked women’s ‘recidivism’ to sex work.” MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home...”, p. 187.

²⁹⁵ “Some women accepted prostitution as an avenue to earn Money. When I observed how horrible it is to sleep with everyone regardless of age and how they look, they said, ‘Yes, that’s awful, but not as horrible as the situation in my country. I would rather continue to do sex work here, than go back’.” Testemunho de um membro de uma Organização Não-Governamental in: *Idem*, p. 188. “Acresce a esta situação que, em vários países, o tratamento das mulheres vítimas de tráfico, quer no âmbito da previsão normativa, quer da sua aplicação, está frequentemente condicionado por concepções moralistas, sobretudo porque as mulheres prostituídas carregam um forte estigma social, vendo os seus direitos civis e humanos frequentemente violados.” BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/CONCEIÇÃO GOMES/MADALENA DUARTE “Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação...”, p. 91.

A prática mostra que poucas mulheres seguem o “progresso ideal” de vítima a actor social reintegrado com sucesso, o facto de as próprias vítimas evitarem as estratégias e programas de suporte são prova da inadequação destes sistemas, indicando também como as autoridades e legisladores falharam em reconhecer a verdadeira realidade do tráfico e atender à sua complexidade, preocupando-se com as necessidades que as vítimas deveriam ter, em vez daquelas que realmente têm²⁹⁶.

Estes indicadores mostram-nos que o que seria a fase final do objectivo político-criminal de reintegração por nós proposto, se mostra bastante comprometida e que, em parte, o problema se prende com o local e a natureza dos programas de reabilitação. Suspeitamos também que o facto de várias vítimas evitarem ou recusarem estes programas se prende com o facto de não se identificarem como vítimas e, talvez, como veremos em seguida, não o sejam - desta forma, não precisando de ser reintegradas.

²⁹⁶ MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home...”, p. 190.

PARTE II – O CONSENTIMENTO COMO BASE DE SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TIPOLOGIA VITIMOLÓGICA

1. A base dogmática da proposta

1.1. Paradigma actual do bem jurídico²⁹⁷ e a intervenção penal como *ultima ratio*

O paradigma do direito penal das ordens jurídicas democráticas, traduz-se num princípio político-criminal fundamental: todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal²⁹⁸. ROXIN entende corresponderem aos bens jurídicos “todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”²⁹⁹. Corresponderão, pois, às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana, aquelas que garantem à pessoa a necessária distanciação e diferença e aquela “reserva de solidão frente às totalidades sistemáticas”³⁰⁰.

FIGUEIREDO DIAS, oferecendo uma perspectiva assente no direito constitucional, identifica como bens jurídico-penais apenas aqueles valores dotados de dignidade constitucional: “um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico penal”³⁰¹. Notando que a ordem jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e critério regulativo da actividade punitiva do Estado, conclui que os bens jurídico-penais se consideram “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”³⁰².

²⁹⁷ Para uma exposição sobre a sua origem histórica, BERND SCHUNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”, *RBCC*, Ano 13, Vol. 52, 2005, p. 12 e ss.

²⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 145, N.º3998, 2016, p. 251.

²⁹⁹ ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 23, n.º1, 2013, p. 12.

³⁰⁰ COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime”, *RPCC*, Ano 2, Fascículo 2, 1992, 181.

³⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 120. No mesmo sentido, EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, A. 4, 1994, p. 151.

³⁰² FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico»...”, p. 253.

Pode-se concordar com KLAUS TIEDEMANN quando este afirma que o direito constitucional influi e conforma a política criminal, notando ainda que a dogmática penal, apesar de ser principalmente determinada pela doutrina e jurisprudência, tem um certo âmbito das suas questões fundamentais abertas à influência directa da ordem constitucional e, portanto, vinculadas com a política criminal³⁰³.

O bem jurídico-penal assume um papel sistemático-interpretativo – ordenando os tipos legais de crime e oferecendo uma compreensão teleológica do seu alcance – assim como uma dimensão crítico-liberal, como condição capaz de limitar a intervenção do legislador na esfera jurídica do cidadão³⁰⁴. Os tipos de crime deverão estar em conformidade com o princípio de que não há crime sem ofensa a bens jurídicos, devendo ser considerados fora do tipo incriminador os comportamentos não ofensivos do bem³⁰⁵.

No entanto, o conceito de bem jurídico sofre de incertezas relativas à sua definição³⁰⁶ – consequência de uma progressiva desmaterialização – atirando o seu potencial crítico-liberal para uma profunda crise de argumentação legitimadora³⁰⁷. EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI alertam que o legislador não encontra neste modelo “nenhum vínculo para a escolha dos objectos ou das relações aos quais deva conceder a dignidade de bens jurídicos”, relembrando a experiência italiana sob o fascismo em que as normas incriminadoras podiam ser construídas segundo uma forma liberal da ofensa a bens jurídicos e, no entanto, terem conteúdos mais iliberais: elevando-se à dignidade de bens jurídicos valores duvidáveis para o bom funcionamento da sociedade³⁰⁸.

BERND SCHUNEMANN, apesar das críticas apontadas à teoria do bem jurídico, não se deixa dissuadir dela, chegando a criticar o Tribunal Constitucional alemão apontando-lhe como falha não reconhecer a limitação do direito penal por meio do princípio da protecção de bens jurídicos³⁰⁹.

³⁰³ KLAUS TIEDEMANN, “Constitucion y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, A. 11, N.º 33, 1991, p. 148.

³⁰⁴ FARIA COSTA, “Sobre o objecto do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 142, N.º 3978, 2013, p. 158.

³⁰⁵ EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos...”, p. 153.

³⁰⁶ Sobre estas críticas ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 23, n.º1, 2013, p. 13 e ss. Responde o autor, “(...) à objeção de que a função de crítica legislativa cumprida pelo bem jurídico tem um elevado grau de indeterminação deve contrapor-se que os princípios jurídicos supremos não se deixam apreender numa definição apta à subsunção, mas antes apontam um critério orientador que deve ser concretizado na matéria jurídica.”, p. 19 e 20.

³⁰⁷ FARIA COSTA, “Sobre o objecto do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 142, N.º 3978, 2013, p. 159.

³⁰⁸ EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos...”, p. 154 e 155.

³⁰⁹ BERND SCHUNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos...”, p. 14.

Para além do apoio da doutrina, é a própria constituição que reforça a defesa da teoria do bem jurídico, sendo os princípios desta que lhe oferecem fundamento e guiam a sua aplicação. A teoria do bem jurídico como padrão crítico da incriminação, socorre-se do princípio da proporcionalidade (com as suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) enquanto princípio fundamental de um Estado de Direito³¹⁰. Desta forma, uma norma penal que não tutele bens jurídicos pode ser inconstitucional, pois concretiza uma intervenção inadequada, excessiva e, por isso desproporcionadamente limitadora da liberdade do cidadão³¹¹.

A legitimação da intervenção do Estado ocorrerá em correspondência com o princípio da ofensividade – *nullum crimen sine iniuria*. Para se invocar a intervenção estadual, terá de existir, pelo menos, um perigo de lesão de um bem jurídico, consubstanciando-se esta lesão num incumprimento da jurídico-normativa intencionalidade do bem como consequência de uma acção humana responsável³¹².

A ideia de uma intervenção penal obediente ao princípio constitucional da proporcionalidade cristaliza-se nos princípios de dignidade e carência de tutela penal³¹³. Vejamos como funcionam sobre uma compreensão teleológico-funcional do crime³¹⁴. A dignidade penal será a “expressão de um *juízo qualificado de intolerabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”, sendo o seu juízo privilegiado por dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos.³¹⁵

³¹⁰ ROXIN, “O conceito de bem jurídico...”, p. 38.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 161 e ss.

³¹³ COSTA ANDRADE faz notar o dissenso doutrinal quanto à definição destes conceitos: “A indefinição e a insegurança são ainda maiores do lado da *dignidade* e da *carência de tutela penal*. (...) Dificilmente, (...) conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desencontro de opiniões. Tudo é questionado e controvertido nesta Babel em que se tornou a doutrina da dignidade penal e da necessidade de tutela penal. E onde, falando todos do mesmo, raros são os que falam da mesma coisa. Não havendo, por isso consenso estabilizado em relação a praticamente nenhum dos aspectos mais decisivos: que termos e conceitos privilegiar; com que compreensão, extensão e relações recíprocas; e, sobretudo, com que estatuto e função dogmáticas.”, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal»...”, p. 175.

³¹⁴ O racionalismo teleológico-funcional procura reconciliar a dogmática com a política criminal, fazendo penetrar as decisões de valor político-criminal no sistema de direito penal, ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1972, p. 33.

³¹⁵ COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal»...”, p. 184.

É de notar, porém, que a dignidade penal de uma conduta não corresponde, necessariamente, à criminalização. À legitimação negativa, associada à dignidade penal, complementa-se a legitimação positiva, associada às decisões em matéria de técnica de tutela – entrando aqui o princípio da carência de tutela penal³¹⁶. Esta analisa-se segundo um duplo juízo: um juízo de necessidade, por ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal; um juízo de idoneidade do direito penal para assegurar a tutela, fazendo-o sem prejuízos desmesurados em relação a outros bens jurídicos³¹⁷.

Caso subsistam dúvidas quanto à legitimidade das normas penais, ROXIN sugere como ferramenta para atingir soluções concretas o “esquema de três degraus da protecção de bens jurídicos” de MANFRED HEINRICH, em que se atenderá, quanto à norma concreta: ao que deve ser protegido, a quem deve proteger-se e contra o quê deve ser protegido³¹⁸.

Recorde-se a base constitucional que sustenta, e limita, a intervenção penal, manifesta no artigo 18.º, n.º2, da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Existe um limite intransponível ao poder discricionário do legislador de tutelar os bens com a pena: “não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios ou de direitos de liberdade garantidos pela Constituição”³¹⁹.

Pela racionalidade que as informa, e que servem, a dignidade penal e a carência de tutela penal são hoje categorias tidas “como arquétipo para o legislador, como fórmula concentrada do conjunto de princípios rectores em matéria de política criminal, jurídico-constitucionalmente sancionados”³²⁰. Apesar do seu estatuto de grande importância dogmática, estas categorias não têm uma fixação na topografia da construção do crime, habitando numa dimensão transcendental da dogmática penal, podendo manifestar-se em domínios como a doutrina da medida da pena e até mesmo o processo penal³²¹.

Relativamente à dignidade e necessidade penal, GOMES CANOTILHO, afirma que as decisões sobre o que estes constituem “devem ter em conta os contornos jurídico-

³¹⁶ *Idem*, p. 186.

³¹⁷ *Idem*, p. 186. No mesmo sentido, EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos...”, p. 172.

³¹⁸ ROXIN, “O conceito de bem jurídico...”, p. 20.

³¹⁹ EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos...”, p. 164.

³²⁰ VOLK *apud* COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal»...”, 187.

³²¹ COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal»...”, p. 195.

dogmáticos da doutrina de direito penal e da dogmática jus-criminalista”, mas relembra que “num Estado de direito democrático (...) a selecção normativa (...) pertencerá ao legislador democrático nos quadros da Constituição (...)”³²².

Apesar da força que a constituição oferece à legitimação da intervenção penal, até a lei fundamental se vê vulnerável perante o avanço do tempo. Uma vertente negativa dos efeitos da globalização, traduz-se numa crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais, derivados de uma crise de efectividade do próprio Estado Democrático de Direito, enfraquecido no seu papel de promover e assegurar estes mesmos direitos³²³.

MARIA JOÃO ANTUNES nota como, muitas vezes, a demanda subjectiva de segurança por parte da sociedade é devida mais à “pressão mediática” do que à própria realidade³²⁴. Esta tendência tem arrastado o direito penal de tutela de bens jurídicos para um direito penal de protecção das vítimas; assim como o direito penal do facto para um “direito penal dos autores”³²⁵.

Quando a intervenção penal ocorre fora do âmbito da legitimação, ou seja, quando o estado criminaliza e pune condutas que poderiam ser tuteladas de forma menos gravosas, estamos perante um problema de constitucionalidade e de funcionamento do direito penal.

No caso particular do crime de tráfico de pessoas, actualmente este é configurado como um crime contra a liberdade pessoal de decisão e de acção, sendo o bem jurídico em causa esta mesma liberdade pessoal³²⁶. Desde 2007³²⁷ que o enfoque da perseguição penal do tráfico se concentra nesta liberdade pessoal. Contudo, como faz ver ANABELA RODRIGUES, “com esta incriminação não se trata de proteger a liberdade como valor transcendente, mas sim como valor “existencial”, no sentido de liberdade co-natural à vida da pessoa em sociedade”³²⁸. PEDRO VAZ PATTO vai mais longe, dizendo que o que está

³²² GOMES CANOTILHO, “Justiça Constitucional e Justiça Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.º 58, 2006, p. 342.

³²³ INGO WOLFGANG SARLET, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, n.º47, 2004, p. 67 e 68.

³²⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Perigosidade – Intervenção estatal em expansão?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, V. 121, A. 24, 2016, p. 197.

³²⁵ *Idem*, p. 198.

³²⁶ Neste sentido, ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico...”, p. 579; PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 629.

³²⁷ Relativamente a formulação anterior, na altura art. 217.º do CP, renunciou-se o STJ no seguinte sentido quanto ao bem jurídico: “Neste crime protege-se, fundamentalmente, o direito de liberdade pessoal na área da sexualidade”, Ac. STJ de 1 de Março de 1990.

³²⁸ ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico...”, p. 581.

em causa é uma violação qualificada da liberdade pessoal, uma vez que afecta de modo particular a dignidade da pessoa humana, reduzindo-a a um objecto ou instrumento³²⁹.

De uma perspectiva de direito internacional, o tráfico de seres humanos pode violar todo um escopo de direitos humanos internacionais, incluindo o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa, proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante, proibição da escravatura, discriminação sexual, direito à privacidade e direito à saúde³³⁰. Nesta perspectiva, a herança dos vários bens jurídicos que se recolheram debaixo da configuração típica do tráfico não se perde, continuando a estar em causa mais bens jurídicos para além da liberdade pessoal.

1.2. Paternalismo Jurídico

LUÍS GRECO define moralismo jurídico-penal como “a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo”³³¹. Por outro lado, a tese do liberalismo jurídico-penal aponta para a irrelevância da imoralidade de um comportamento para justificar a decisão de incriminá-lo³³².

DWORKIN define o paternalismo como a interferência na liberdade de acção de uma pessoa que se justifica por razões referidas ao bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da própria pessoa coagida³³³. Este pode ser distinguido entre: paternalismo positivo, aquele que ocorre quando a intervenção procura promover o bem do sujeito protegido; e paternalismo negativo, manifestado quando o objectivo da intervenção não é promover o bem do sujeito, mas apenas impedir a causação de um dano³³⁴. JOEL FEINBERG, por sua vez, distingue dois modos de incidência do paternalismo jurídico quanto ao propósito de evitar um dano: para evitar um dano a terceiros – o chamado *harm*

³²⁹ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 182. A jurisprudência em sentido convergente: “O crime de tráfico de pessoas, p. e p. pelo art.º 160º do C. Penal, protege, para além da liberdade pessoal, a dignidade da pessoa humana”, Ac. TRP de 14 de Maio de 2014.

³³⁰ MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 342.

³³¹ LUÍS GRECO, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, A. 18, N.º 82, 2010, p. 172.

³³² JOEL FEINBERG, *Harm to Others*, New York/Oxford, 1984, p. 14 e ss.

³³³ DWORKIN, “Paternalism”, in: *Philosophy of Law*, org: FEINBERG, California: Dickenson, 1975, p. 175.

³³⁴ ÉRIKA CARVALHO/GISELE CARVALHO, “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013, p. 63.

to others principle; e para evitar que o indivíduo cause um dano a si mesmo – o chamado *harm to self principle*³³⁵.

Para DWORKIN, embora a prevenção de lesões a terceiros possa, por vezes, constituir garantias suficientes para interferir na liberdade de um sujeito, o bem próprio deste nunca é razão suficiente para intervir na sua liberdade³³⁶. Manifesta-se no mesmo sentido o pensamento de JOHN STUART MILL ao afirmar que o único fim legítimo que autoriza os homens, individual ou colectivamente, a limitar coercivamente um membro de uma comunidade civilizada é o de evitar que este cause danos a terceiros; por outro lado, o bem-estar do indivíduo, físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite a sua liberdade de acção³³⁷.

Apesar destas considerações, há que observar distinções entre graus e intensidades de paternalismo, de acordo com o sujeito ao qual são aplicadas as medidas. Fala-se de paternalismo débil ou leve (*soft paternalism*) quando se trata de evitar uma conduta essencialmente involuntária do sujeito em questão, isto é, de proteger pessoas contra as suas próprias atitudes não autónomas³³⁸. O paternalismo duro ou forte (*hard paternalism*), por outro lado, pressupõe que as medidas com o fim de beneficiar ou de evitar o dano que uma pessoa possa causar a si mesma se justifiquem, mesmo que esta pratique as suas acções de forma perfeitamente informada, voluntária e autónoma³³⁹.

É possível ainda fazer uma distinção entre: paternalismo directo ou puro, que se verifica quando a limitação da liberdade individual é exercida sobre o próprio sujeito protegido; e paternalismo indirecto ou impuro, que se verifica quando a medida coerciva se dirige a terceiros, embora o seu propósito seja o bem-estar do indivíduo que motiva a intervenção paternalista³⁴⁰.

1.3. Dogmática e orientações político-criminais do consentimento

No consentimento entram em colisão interesses em si mesmos dignos de tutela penal: de um lado, o interesse jurídico-penal na preservação de bens jurídicos; do outro lado,

³³⁵ JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, in: *The moral limits of criminal law*, vol III, New York: Oxford University Press, 1986, p. 22 e ss.

³³⁶ DWORKIN, “Paternalism...”, p. 176.

³³⁷ JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1978, p. 34 e ss.

³³⁸ ÉRIKA CARVALHO/GISELE CARVALHO, “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas...”, p. 65.

³³⁹ *Idem*, p. 66.

³⁴⁰ DWORKIN, “Paternalism...”, p. 176.

o interesse de preservação da auto-realização do titular do bem jurídico lesado, da sua autonomia pessoal³⁴¹ e vontade – uma vez que o consentimento é expressão dessa mesma autonomia e liberdade da pessoa³⁴².

Actualmente, a dogmática do consentimento assenta sob um paradigma dualista. Significa isto que o consentimento se pode assumir tanto como uma causa geral de justificação, como uma causa de exclusão da tipicidade do facto³⁴³. GEERDS distingue as duas figuras jurídicas respectivamente correspondentes a cada uma das situações, o consentimento e o acordo: “O consentimento apresenta-se como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão do ilícito, enquanto o acordo respeita a uma situação típica em que a vontade concordante exclui, no plano puramente fáctico, o elemento da factualidade típica de afronta a uma vontade de sentido contrário”³⁴⁴.

Quanto à discussão relativa à sua estrutura dogmática – se este será uma causa de justificação ou uma causa de exclusão da tipicidade – parece-nos que a resposta é clara segundo o esclarecimento de FARIA COSTA: “(...) tratando-se de uma prevalência da autodeterminação sobre o interesse da comunidade de homens e mulheres na protecção penal de bens jurídicos, reflecte de modo nítido a existência da natureza da justificação: a ideia de um interesse preponderante”³⁴⁵.

Duma perspectiva político-criminal, a doutrina do consentimento terá que ter como critério a “mediação de soluções ajustadas ao programa jurídico-penal do consentimento, como equilíbrio normativamente codificado das relações entre a autonomia e as exigências sistémico-sociais”³⁴⁶.

Na linha de que o consentimento só deve neutralizar a área de tutela na medida da sua autenticidade, rejeita-se o entendimento de que o âmbito deste deve ser alargado com o objectivo de reforço da tutela dos bens jurídicos, ou seja, a ideia de que o regime do consentimento será o que assegura uma mais eficaz protecção dos bens jurídicos³⁴⁷.

³⁴¹ “A autonomia pessoal é a pedra angular da compreensão do consentimento em direito penal”, INÊS GODINHO, “A Autonomia e a Vontade em Direito Penal: o consentimento como manifestação positiva da liberdade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, Vol. II, 2017, p. 629.

³⁴² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 472; FARIA COSTA, *Noções Fundamentais...*, p. 301.

³⁴³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 475 e para amplo desenvolvimento e COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, Capítulo I “O Paradigma Dualista de Geerds”.

³⁴⁴ GEERDS *apud* e COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, p. 142 e 143.

³⁴⁵ ³⁴⁵ FARIA COSTA, *Noções Fundamentais...*, p. 303.

³⁴⁶ COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, p. 312.

³⁴⁷ *Ibidem*.

O artigo 38.º, n.º1, do CP estabelece que o “consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”³⁴⁸. Assim, como pressupostos de eficácia do consentimento apresentam-se: o carácter pessoal e disponibilidade do bem jurídico lesado; a não contrariedade do facto consentido aos “bons costumes”; a capacidade de quem consente no sentido de avaliar o significado e o sentido da acção típica; a tradução desse consentimento numa “vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”, nos termos do artigo 38.º, n.º 2, do Código Penal³⁴⁹.

Quanto ao primeiro pressuposto de eficácia – o carácter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado – a sua maior problemática reside na avaliação do carácter “livremente disponível” do interesse a que o consentimento se refere. Unanimemente considerados indisponíveis pela doutrina são, desde logo, os bens jurídicos comunitários, a vida quanto a lesões provenientes de terceiros, assim como quaisquer outros direitos de personalidade elementares³⁵⁰.

Relativamente à não contrariedade do facto consentido aos “bons costumes”, deve-se esclarecer que esta não assume qualquer carácter moralista³⁵¹ - pois esse entendimento não é compatível com a função própria da intervenção penal no contexto social democrático, laico e pluralista – em vez, os critérios que exigem a validade deste pressuposto serão a gravidade e a irreversibilidade do facto consentido, o que fará com que nesses casos, apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valore a sua lesão mais altamente do que a auto-realização do seu titular³⁵².

A capacidade de quem consente não deve ser avaliada pelas normas jurídico-civis, antes, o critério passa pela capacidade de quem consente de avaliar o significado do consentimento e o sentido da acção típica³⁵³. Esclarece o art. 38.º, n.º 3, do CP: “O consentimento só é eficaz se prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o

³⁴⁸ Redacção da Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro.

³⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 472.

³⁵⁰ Neste sentido, *Idem*, p. 479 e 480.

³⁵¹ Em sentido divergente, “A cláusula dos bons costume é um dos pontos em que melhor se pode surpreender o resquício de ligação que ainda existe entre o direito (penal) e a moral”, FARIA COSTA, *Noções Fundamentais...*, p. 305.

³⁵² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 481.

³⁵³ *Idem*, p. 483.

*discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*³⁵⁴.

Relativamente aos critérios de autenticidade do acto de autodeterminação expressos no art., 38.º, n.º 2, é necessário, em primeiro lugar, que o consentimento seja esclarecido. No caso das ofensas corporais, por exemplo, isto poderá implicar a notícia sobre a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da ofensa³⁵⁵. Em seguida, será necessário para a eficácia do consentimento que este não sofra de qualquer vício de vontade.

Em relação aos pressupostos do consentimento, COSTA ANDRADE aponta como uma das consequências da sua rigidez, a falta de plasticidade que não deixa margem para que o instituto jurídico possa mudar de perfil consoante a área problemática que é chamado a superar³⁵⁶.

1.4. Conduta da vítima e teoria da imputação objectiva³⁵⁷

Para os crimes de resultado é necessária uma imputação do resultado à conduta do agente. O preenchimento integral do tipo de ilícito, não se basta com a produção de um resultado, é também necessário que este seja atribuído a uma acção. A teoria da imputação objectiva será concretizada por três graus: a categoria da causalidade, a acção será, pelo menos, causa do resultado; a causalidade jurídica sob a forma da teoria da adequação, em que uma acção será valorada como juridicamente relevante para a ilicitude apenas se, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer – portanto, segundo o que é geralmente previsível -, for idónea para produzir o resultado; a conexão do risco, o resultado será imputável à acção apenas quando esta tenha criado um risco proibido para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito e esse risco se tenha materializado no resultado típico – a imputação estará, portanto, dependente de um duplo factor: primeiro, que a conduta do agente tenha criado um risco não permitido ou tenha aumentado um risco existente; segundo, que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto³⁵⁸.

³⁵⁴ Itálicos nossos.

³⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 484.

³⁵⁶ “Uma exigência óbvia, mas que, a ser consequentemente assumida, não deixará de confrontar a doutrina do consentimento com os seus próprios limites. E com a sua invencível incapacidade para dar resposta a todas as expressões da vida que denotem uma qualquer comunicabilidade com o seu regime”, COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, p. 313.

³⁵⁷ Para uma breve síntese sobre a evolução histórica das concepções de imputação, BERND SCHUNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos...”, p. 10 e ss.

³⁵⁸ Sobre a imputação objectiva do resultado à acção, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 322 e ss. No mesmo sentido, sobre a conexão de risco, ROXIN *apud* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e*

Assim, nem todos os riscos serão tidos em conta para efeitos do tipo objectivo, terão estes que ser riscos não permitidos. Fora destes estarão, segundo FIGUEIREDO DIAS: as acções com que o agente diminui ou atenua um perigo que recai sobre o ofendido; acções que não ultrapassem o limite do risco juridicamente permitido; acções que se mantenham no âmbito do risco geral de vida; o resultado consequente de uma co-actuação da vítima ou de terceiro³⁵⁹. ROXIN propôs os seguintes critérios para determinar o juízo de imputação objectiva: a diminuição do risco; a criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; o incremento ou falta de aumento do risco permitido; a esfera de protecção da norma³⁶⁰.

Este último critério de esfera de protecção da norma, ou fim de protecção da norma, sugere um óbvio esforço interpretativo teleológico. A acepção deste critério traduz-se, por um lado no alcance que teria a “norma objectiva de cuidado” - para que a conexão de risco possa dizer-se estabelecida em termos de fundar a imputação do resultado à acção, é necessário que o perigo se concretize no resultado que corresponda ao fim de protecção da norma de cuidado³⁶¹; por outro no “alcance do tipo”³⁶² – não serão cobertos pela protecção da norma resultados cuja espécie esteja fora deste alcance³⁶³.

Segundo ROXIN, entrarão neste enquadramento três grupos de casos: colaboração na auto-colocação em risco dolosa; heterocolocação em perigo livremente aceite, em que alguém não se coloca dolosamente em perigo, mas com consciência do perigo; por último, imputação a um âmbito de responsabilidade alheio, ou seja, aqueles, resultados cujo impedimento cai na área da responsabilidade de outra pessoa³⁶⁴.

Vários autores, entre eles CANCIO MELIÁ, colocam o problema da intervenção da vítima na dimensão dogmática da teoria da imputação objectiva, afirmando estar aqui localizado o contexto sistemático adequado para o tratamento da questão³⁶⁵.

imputación objetiva en Derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001, p. 59.

³⁵⁹ Sobre a criação de um risco não permitido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 332 e ss.

³⁶⁰ ROXIN *apud* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 62.

³⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 339.

³⁶² CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 63.

³⁶³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 340.

³⁶⁴ ROXIN *apud* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 340.

³⁶⁵ O Autor refere que no tratamento desta questão ao nível da teoria da imputação objectiva se juntam as vozes de ROXIN, OTTO e JAKOBS, cada um deles aproximando-a de forma distinta, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 57.

Pode ser feita uma abordagem à questão tendo como lente o dever objectivo de cuidado. Neste contexto, a intervenção da vítima mostrar-se-á relevante sempre que esta afastar o dever objectivo de cuidado por força do consentimento, por razão do risco permitido, por desaparecimento da conexão com o fim da protecção, ou porque a vítima actuou sob o seu próprio risco³⁶⁶.

Vejamos as categorias acima apontadas por ROXIN nesta lente. Os casos de colaboração na auto-colocação em risco dolosa serão configurados pela posição central que ocupa a vítima num contexto perigoso, produzindo-se - de acordo com esta perspectiva-, por parte do agente, uma colaboração na auto-colocação em risco dolosa³⁶⁷. Já na heterocolocação em risco consentida, contrariamente aos anteriores, a posição central é ocupada por o agente, limitando-se a vítima a consentir na actividade perigosa, produzindo-se, desta forma, uma heterocolocação em risco consentida quando um sujeito “*se expone al riesgo emanante de outro siendo plenamente consciente del riesgo*”³⁶⁸. Farão parte da colaboração na auto-colocação em risco dolosa, por exemplo, os casos de corridas de motas ou de entrega de estupefacientes; quando aos casos de heterocolocação em risco consentida, enquadrar-se-á aqui, por exemplo, o copiloto.

Para ROXIN, há que fazer diferentes valorações para os casos da heterocolocação em perigo consentida e a colaboração na auto-colocação em risco dolosa: o facto que cria o risco no primeiro caso não é dirigido ou dominado pela vítima, estando esta mais indefesa frente ao risco do que no segundo caso – sendo, em virtude disto, não adequada do ponto de vista político-criminal a impunidade geral da heterocolocação em perigo³⁶⁹.

Contudo, segundo o Autor, haverá casos em que com a ajuda de determinados critérios se poderá concluir que a heterocolocação em risco equivale à auto-colocação em risco, devendo por isso ser igualmente impune: em primeiro lugar é necessário que a vítima

³⁶⁶ *Idem*, p. 141. Apesar desta abordagem, o Autor considera que talvez que peça demasiado à categoria do dever objectivo de cuidado ao tentar introduzir aqui a conduta da vítima. “*Pues se desnaturaliza este instrumento dogmático como determinación general de lo que está permitido o no com el intento de abarcar también la valoración del ámbito de responsabilidad de la víctima. Esta valoración siempre deberá introducir un escalón valorativo adicional – esto es, la relevancia de la conducta de la víctima -, ya que los supuestos que aquí interesan se caracterizan precisamente por el hecho de que el primer nivel de determinación de tipicidad de la conducta – se llame ‘deber objetivo de cuidado’ o en una aproximación a la teoría del tipo unitaria en delitos imprudentes y dolosos, ‘riesgo permitido’- queda superado: es decir, no cabe duda de que se infringe el cuidado objetivamente debido o que se supera el ‘riesgo permitido’. Hay algo más: un escalón valorativo que no es homogéneo com las funciones atribuidas habitualmente al ‘deber objetivo de cuidado’*”, p. 142.

³⁶⁷ *Idem*, p. 180.

³⁶⁸ ROXIN *apud* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 181.

³⁶⁹ ROXIN *apud* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 182.

tenha conhecimento do risco na mesma medida de quem realiza a auto-colocação em risco; em segundo lugar que o dano seja consequência do risco assumido, não de outro facto distinto; por último, quem seja colocado em risco deve ser igualmente responsável pelo dano como quem gera o risco³⁷⁰.

Há que diferenciar o consentimento neste contexto da intervenção conjunta de autor e vítima em actividades arriscadas, dos casos clássicos no plano objectivo de destruição ou lesão de um bem jurídico. A distinção produz-se pela relação psíquica do ofendido, o que sofreu o dano como consequência do resultado da lesão, enquanto nos casos de lesão do bem é precisamente a que se deseja, no contexto da intervenção conjunta, persegue-se o comportamento perigoso, mas confia-se que o resultado não case um dano³⁷¹.

Em virtude das limitações relativas à disponibilidade de bens jurídicos que podem ser objecto de consentimento – como o caso da vida que é indisponível – alguns autores começaram a procurar solução para a integração do consentimento na imputação objectiva através do chamado “consentimento no risco”, evitando a colisão com aquelas limitações³⁷². Consideram que a ampliação do âmbito do consentimento proposta nesta solução, merece uma distinção quanto ao elemento subjectivo do autor nos delitos dolosos e *imprudentes*³⁷³. Persistem também dúvidas quanto ao elemento que dá lugar à redução da gravidade do comportamento: o subjectivo (*imprudência* como modalidade de direcção da conduta); ou as características do comportamento (*imprudência* como conduta geradora de um risco menor)³⁷⁴.

A sistematização destas categorias encontra raízes na redescoberta da vítima pelo direito penal, que teve como uma das suas consequências a tentativa de encontrar nela, e no seu comportamento, várias categorias dogmáticas. Surge neste contexto o principio de autorresponsabilidade, segundo o qual a vítima responderá pelo seu próprio comportamento, na medida em que este possa ter sido a causa ou antecedente do facto que a afecte³⁷⁵. Dogmaticamente, este principio significa que a vítima deve tomar todas as precauções no caso concreto para evitar que o seu comportamento seja o que produz o delito; dito de outra

³⁷⁰ ROXIN *apud* CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 182.

³⁷¹ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 154.

³⁷² *Idem*, p. 157.

³⁷³ *Idem*, p. 158.

³⁷⁴ *Idem*, p. 159. Para considerações adicionais, p. 166 e ss.

³⁷⁵ JUAN BUSTO/ ELENA LARRAURI, *Victimología: presente y futuro – Hacia un Sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU, 1993, p. 24.

forma, quem não toma as precauções correspondentes à responsabilidade para com os seus bens jurídicos, não protege os seus bens jurídicos³⁷⁶. Coloca-se, desta forma, a hipótese de que a conduta da vítima pode adquirir relevância de algum modo na produção da lesão dos seus próprios bens-jurídicos, e, mais concretamente na valoração jurídico-penal do comportamento do agente³⁷⁷.

2. O consentimento como base de sistematização de uma tipologia vitimológica do tráfico de seres humanos

2.1. O consentimento como indicador de vitimização – fecham-se as portas da dogmática?

Apesar da irrelevância concedida ao consentimento no tráfico de seres humanos para efeitos de exclusão da ilicitude³⁷⁸, cremos que, ainda assim, existe uma relevância útil no consentimento prestado pelas vítimas de tráfico. Como aponta DAVID NELKEN, apesar da extensa literatura que existe relativamente ao tráfico de seres humanos, ainda nos faltam conhecimentos básicos quanto ao tipo de vítimas, actuais e potenciais, que nele estão envolvidas³⁷⁹.

Veremos que o exercício da prostituição é produto de contextos complexos e variados, conseqüentemente, valendo o mesmo para o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual. Aqui, o consentimento, mais precisamente a ausência deste em relação a certos factos, revelar-se-á importante como um indicador de uma possível vitimização, servindo desta forma para auxiliar a diferenciação entre as verdadeiras e as supostas vítimas.

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, sintetiza o problema da irrelevância do consentimento como um mecanismo de *labeling* no tráfico de seres humanos: “Inexistindo qualquer forma de violência ou fraude, para deslocamento da pessoa para o exterior, onde busca melhores condições financeiras e de trabalho, para exercer a prostituição, que já se

³⁷⁶ *Idem*, p. 25.

³⁷⁷ CANCIO MELIÁ, *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 12.

³⁷⁸ “O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto”, Art. 160.º, n.º8, CP; “*The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used*”, Art. 3.º, al. b), Protocolo de Palermo; “*The consent of a victim of ‘trafficking in human beings’ to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used*”, Art. 4.º, al. b), Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos.

³⁷⁹ DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 483.

exerce em seu país, onde nem é crime, nem é vítima de trabalhos em condições de escravidão no país de origem ou no de destino, a caracterização do fato como tráfico de pessoas para exploração sexual constitui-se em mero pretexto para a execução de política de controle de migração discriminatória, que abstrai qualquer comprovação de voluntariedade da “vítima”, que não quer nem regressar ao país de origem, e nem deixar a prostituição, que continuará a exercer, onde quer que esteja”³⁸⁰.

Nesta perspectiva, o exercício da prostituição, sem que haja alguma forma de violência, fraude ou outra forma de coação, em qualquer fase do deslocamento, no país de destino, no país de origem, ou no tráfico interno, não deve equivaler automaticamente à existência de uma vítima de tráfico de pessoas para exploração sexual³⁸¹.

Haverá diferentes casos em que a prostituição será uma verdadeira opção de subsistência, não só da pessoa que a exerce, mas também da sua família, por esta razão submetendo-se a condições degradantes do exercício da profissão, ultrapassando a exploração os limites da exploração sexual para abarcar as condições análogas às de trabalho escravo³⁸². O *UN Special Rapporteur on Violence Against Women* já reconheceu que a prostituição, acima de tudo, é uma “*income generating activity*”, havendo evidências de que os incentivos económicos nas regiões provenientes são a melhor forma de reduzir o tráfico e a migração com fins de trabalho sexual³⁸³.

Mas mesmo os rendimentos auferidos pela prostituição poderão ser diferenciados segundo um grau de necessidade, havendo num extremo a verdadeira subsistência – em que as vítimas estarão dependentes dos rendimentos da prostituição para a sua sobrevivência – e num outro a actividade lucrativa – em que a prostituição já não é exercida como uma mera forma de subsistência, mas como uma actividade geradora de altos rendimentos. A respeito desta diferenciação, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES relembra investigações de casos de tráfico em Portugal, verificando-se que, mesmo descontando a quota devida aos traficantes e exploradores, mulheres do leste da europa, num dia de prostituição, auferiam o equivalente a três meses de salário no seu país de origem³⁸⁴.

Para deixar assente a complexidade e variabilidade da vitimização no contexto da prostituição, ANGELO CONSTANTINOU ilustra diversos exemplos num estudo sobre os

³⁸⁰ PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas...”, p. 34.

³⁸¹ *Idem*, p. 36.

³⁸² *Idem*, p. 15

³⁸³ JACQUELINE BERMAN, “(Un)Popular Strangers...”, p. 44.

³⁸⁴ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Tráfico de Seres Humanos...”, p. 4.

diferentes cenários de exercício da prostituição, concluindo que a vulnerabilidade e potencial de risco ou dano para a prostituta é circunstancial, temporal e situacional, dependendo do grau em que os rendimentos são necessários³⁸⁵.

Aqui se começa a desfazer o *label* de que as vítimas de tráfico são ignorantes e indefesas, em vez de dotadas de autonomia e vontade.

No que toca ao tráfico de seres humanos, as circunstâncias são igualmente diversas: enquanto certos indivíduos são raptados; outros procuram livremente traficantes para superarem uma falta de opções de empregabilidade no seu país de origem e conseguirem superar as suas situações de desfavorecimento económico e social – a primeira situação é rara³⁸⁶. Quando estudamos o consentimento no tráfico de seres humanos, há que ter em conta que este assume formas tão diversas como as circunstâncias em que pode ser dado. Mesmo que haja um consentimento inicial, isto não significa que não haja posteriormente situações de exploração e coerção: “*Consent at one stage of the process does not thus mean that consent exists at every stage of the process*”³⁸⁷.

Ao nos debruçarmos sobre a questão do consentimento no tráfico, seria inevitável embater no debate da legalidade da prostituição. Esta atrai uma variedade de respostas legislativas quanto à sua licitude³⁸⁸. Um dos principais problemas que surgiu na elaboração do Protocolo de Palermo foi o consentimento, mais especificamente, se uma migrante adulta, não coagida, deveria ser incluída na definição de tráfico de seres humanos³⁸⁹.

Em virtude desta e outras questões, a definição de tráfico acabou por servir como uma espécie de campo de batalha entre os que consideravam que o trabalho sexual poderia ser uma escolha voluntária e aqueles que consideravam que a prostituição seria sempre forçada – colocando na definição o ónus de tomar uma posição quanto à prostituição³⁹⁰.

³⁸⁵ “(...) it is one thing to talk about Cambodian prostitutes who have been sold to a brothel keeper and fear for their lives while forced to have unprotected sex. It is another when dealing with elite prostitutes in California who consider their profession a lucrative business, Melbournian students who prefer to engage in prostitution because it is flexible and highly profitable and middle-class Canadian high school students who engage in it to obtain trendy merchandise.” ANGELO CONSTANTINOU, “Harming the very people whom the law is seeking to protect...”, p. 478.

³⁸⁶ MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 359.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ Sobre isto, CATHERINE MACKINNON, “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, *Harvard civil liberties law review*, 46(2), 2011, p. 272.

³⁸⁹ ANNE GALLAGHER, “Human rights and the new UN protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001, p. 984.

³⁹⁰ ARJAN BOS/ BILJANA MESHKOVSKA/ MELISSA SIEGEL/ SARAH STUTTERHEIM, “Female Sex Trafficking: Conceptual Issues, Current Debates, and Future Directions”, *Journal of Sex Research*, Vol. 52, Issue 4, 2015, p. 382.

Para uma melhor compreensão das distinções que se seguem, cabe alguma contextualização quanto às abordagens internacionais sobre a prostituição: existem abordagens abolicionistas^{391/392}, como as da *Coalition Against the Trafficking in Women*, que não reconhecem a distinção entre prostituição forçada e voluntária, entendendo que as mulheres nunca exercem a prostituição livremente, sendo sempre forçadas pelas circunstâncias³⁹³ – uma visão preponderante nos instrumentos internacionais sobre tráfico de mulheres no início do séc. XX; mais tarde, na segunda metade do séc. XX, surge uma abordagem transnacional de direitos humanos³⁹⁴, defendida, por exemplo, pela *Global Alliance Against Trafficking in Women*, segundo a qual o trabalho sexual no exterior está ligado a uma estratégia de sobrevivência ou de geração de lucro adotado pelas mulheres de forma voluntária e consciente^{395/396}.

Para a primeira posição, reconhecer a capacidade de consentir na prostituição no contexto do tráfico de seres humanos significaria realizar uma distinção entre vítimas merecedoras e não merecedoras³⁹⁷. Para a segunda posição, considerar o consentimento irrelevante equivale a infantilizar e retirar o poder às decisões de adultos e, mais especificamente, das mulheres que fazem estas escolhas³⁹⁸.

³⁹¹ “A marginalização do trabalho sexual leva ao aprofundamento das formas de exploração e alheamento da realidade social, que propicia lacunas na proteção das pessoas que se dedicam ao trabalho sexual, a partir de uma percepção moralista da prostituição, o que propicia o aumento dos lucros alimentada pelo tráfico de pessoas para prostituição forçada, e também pelo tráfico de pessoas para trabalho em condições análogas à de escravo.” PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas...”, p. 16.

³⁹² Também apelidada de *structural view*, DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 498

³⁹³ Sobre esta posição, e a sua crítica da oposta, MONICA O’CONNOR/ GRAINE HEALY, “The Links between Prostitution and Sex Trafficking: A Briefing Handbook”, Prepared for the Joint Project Coordinated by the Coalition Against Trafficking in Women (CATW) and the European Women’s Lobby (EWL) on Promoting Preventative Measures to Combat Trafficking in Human Beings for Sexual Exploitation: A Swedish and United States Governmental and Non-Governmental Organisation Partnership, 2006, p. 12.

³⁹⁴ Também apelidada de *agency view*, DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture...”, p. 498.

³⁹⁵ LUCIANA MAIBASHI GEBRIM/CRISTINA ZACKESKI, “O problema do consentimento no tráfico...”, p. 64.

³⁹⁶ “As duas organizações não governamentais têm propósitos claros na defesa dos direitos humanos das mulheres, e também, o perfil de ambas é de atuação transnacional. As divergências de enfoque das duas organizações refletem as características da Terceira Onda do Feminismo, que se iniciou por volta dos anos 1990 e se estende até aos dias atuais, na qual foram identificados diferentes ramos do feminismo no mundo, decorrente dos diferentes modelos de mulher construídos a partir de questões sociais, étnicas, de nacionalidade de religião, de classe etc.” PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas...”, p. 29.

³⁹⁷ JANICE RAYMOND, “The New UN Trafficking Protocol”, *Women’s Studies International Forum*, Vol. 25, N.º 5, 2002, p. 494.

³⁹⁸ ARJAN BOS/ BILJANA MESHKOVSKA/ MELISSA SIEGEL/ SARAH STUTTERHEIM, “Female Sex Trafficking...”, p. 383.

Quanto à decisão do legislador português de considerar todo o consentimento irrelevante para exclusão da ilicitude no tráfico de seres humanos cremos que, como em tantas outras vezes, foi mais papista que o papa, indo mais longe do que o legislador europeu e internacional que só excluem o consentimento quando qualquer um dos meios previstos no tipo haja sido utilizado.

A opção dos legisladores europeu e internacional não coloca em causa a funcionalidade teleológica do sistema penal, uma vez que a forma de exclusão do consentimento que tipifica não é diferente do que constitui a dogmática do consentimento. Meios como a coacção ou a ameaça já viciariam a vontade e impediriam a prestação de consentimento livre. A nossa única reserva a este respeito é, como já deixámos claro, a aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade, mas até quanto a esta podemos aceitar a formulação se o conceito adequado for utilizado.

Como procuraremos demonstrar em seguida, o legislador português ao excluir por completo o consentimento no contexto do tráfico de seres humanos, fecha às portas à racionalidade dogmática que informa o sistema penal. Se a ambição era melhorar a tutela, como tantas vezes o é hoje e, como tantas vezes acontece, o que se fez foi exactamente o contrário.

2.2. A inevitável ligação com o lenocínio

Criminaliza-se a conduta do lenocínio, no artigo 169.º, n.º 1, do CP, com o seguinte tipo legal: “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”³⁹⁹.

Neste crime, o bem jurídico que se procurou tutelar foi, segundo MOURAZ LOPES: “(...) uma determinada concepção de vida que se não compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição”⁴⁰⁰. Não é óbvio que seja este o objecto da tutela, assim como não é óbvio

³⁹⁹ Redacção da Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro.

⁴⁰⁰ “Trata-se essencialmente da punição de situações de proxenetismo, actividade manifestamente em expansão, eticamente censurável, mas de duvidosa possibilidade de criminalização”, MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual...*, p. 85. No mesmo sentido a jurisprudência muito recente: “Hodiernamente, o tipo de lenocínio simples tutela uma determinada concepção de vida inconciliável com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição” Ac. TRC de 28 de Fevereiro de 2018.

que seja necessária uma tutela, sendo esta uma das maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais: o bem jurídico do crime de lenocínio.

A conduta penalmente censurada é a facilitação – não exigindo o tipo qualquer forma de coacção, note-se – da prostituição⁴⁰¹, actividade esta que não sofre censura penal. Ou seja, censura-se facilitar algo que não é censurável. Não é necessário um esforço de aprofundamento da questão para que surjam as dúvidas quanto à constitucionalidade desta norma com o art. 18.º da CRP, assim como a sua compatibilidade com os princípios que guiam a intervenção penal. Afinal de contas, o que está em causa é, em primeiro lugar, o bem jurídico em si.

Perante o que parece uma óbvia extensão desproporcionada da intervenção penal, a jurisprudência constitucional⁴⁰² tem-se pronunciado obstinadamente pela compatibilização constitucional da criminalização do lenocínio. O Tribunal Constitucional sustenta a sua posição, e justifica a criminalização, referindo uma perspectiva cultural, histórica e sociológica que dita existir na prostituição um aproveitamento económico por terceiros através da exploração das necessidades económicas e sociais das pessoas que exercem a actividade, protegendo-se, assim, a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência⁴⁰³.

A doutrina não se conforma com esta posição, não se deixando ficar silenciosa. ANABELA RODRIGUES afirmava, já quanto ao artigo 170.º da versão anterior, que o artigo não protegia o bem jurídico proposto, devendo ser descriminalizado o crime de lenocínio⁴⁰⁴. FIGUEIREDO DIAS, igualmente, não concorda com a punição da conduta, afirmando que esta é um problema “social e de polícia”, não sendo função do direito penal a tutela da virtude ou da moral⁴⁰⁵. Em sentido divergente, PEDRO VAZ PATTO crê ser justificável a punição de quem explora o exercício da prostituição à luz do princípio da protecção da dignidade da pessoa humana⁴⁰⁶.

PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA, são da opinião que o legislador poderia ter uma de duas intenções com a criminalização: tutelar os casos de

⁴⁰¹ “A prostituição é o relacionamento sexual mediante um preço”, MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual...*, p. 91.

⁴⁰² Vejam-se os Acórdãos n.º144/04, 196/04, 303/04 e 170/06 do Tribunal Constitucional.

⁴⁰³ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual...*, p. 87.

⁴⁰⁴ ANABELA RODRIGUES, *Comentário...*, p. 518 e ss.

⁴⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 112 e 113.

⁴⁰⁶ PEDRO VAZ PATTO, “Direito Penal e Ética Sexual”, *Direito e Justiça*, Volume 15, Tomo 2, 2001, p. 138.

ataques às liberdades de quem é prostituído; ou quis efectivamente punir aqueles que promovendo a prostituição de outrem o fazem sem agressão daquelas liberdades, consagrando desta forma uma punição sem bem jurídico – sendo que em nenhum dos casos existe fundamento material bastante para a punição⁴⁰⁷. Os Autores consideram que a incriminação do lenocínio simples constitui uma manifestação de moralismo jurídico – não de paternalismo⁴⁰⁸ – afirmando que compete aos tribunais a desaplicação da norma por inconstitucionalidade e, propondo como alternativa da incriminação, um regime jurídico do exercício da prostituição⁴⁰⁹.

Apesar disto, os tribunais continuam a aplicar a norma e a assumir a sua constitucionalidade. Ainda muito recentemente a jurisprudência se pronunciou pela constitucionalidade da norma, num Acórdão do TRC de 28 de Fevereiro de 2018, afirmou-se claramente: “Não padece de inconstitucionalidade material a norma constante do artigo 169.º, n.º 1, do CP, na redacção conferida pela Lei n.º 59/2007, de 04-09”⁴¹⁰. A motivação do recurso foi, precisamente, a inconstitucionalidade da norma.

Ora, esta discussão em torno da constitucionalidade do lenocínio, e o seu culmino numa interpretação conforme à CRP, inevitavelmente nos leva a ponderar de que forma esta interpretação influenciaria o crime de tráfico de seres humanos. Com as distinções das condutas em mente⁴¹¹, assim como a inexistência de um bem jurídico que legitime a criminalização das condutas do 169.º, n.º 1, coloque-se a seguinte questão: poderão essas condutas continuar a ser enquadradas no tipo do tráfico de seres humanos quando a doutrina considera que não existe uma exploração ou um dano?

Parece-nos que a interpretação constitucionalmente conforme que a doutrina propõe - de considerar que os factos previstos no n.º 1 do 169.º não contêm a danosidade capaz de os elevar ao estatuto da dignidade penal e de legitimar a intervenção penal – leva a repensar

⁴⁰⁷ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA/ PEDRO MENDES LIMA, “O Crime de Lenocínio Entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos”, *RPCC*, Ano 22, n.º2, 2012, p. 210.

⁴⁰⁸ “Na medida em que, como se viu já, o tipo do artigo 169.º/1, prescinde da verificação de um dano e nem é divisível um perigo de dano jurídico-penalmente relevante – empiricamente sustentado – que permitisse tê-lo como um legítimo crime de perigo abstracto, então também naquela interpretação do acórdão a incriminação releva afinal não de um paternalismo em sentido próprio (susceptível de ser trazido à colação apenas quando estejam em causa danos “palpáveis”: físicos, psíquicos ou económico), mas verdadeiramente de um moralismo paternalista ou paternalismo moralista, que é na verdade uma forma de moralismo – trata-se de evitar à prostituta, indirectamente ainda, danos morais, isto é, que se resolvem em degradação sua nesse plano”, *Idem*, p. 243.

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 260.

⁴¹⁰ Ac. TRC de 28 de Fevereiro de 2018.

⁴¹¹ *Supra*

também a interpretação do artigo 160.º e as condutas que nele se inserem. Exploraremos esta questão em seguida, recorrendo a um método de análise casuística.

2.3. Uma tipologia ilustrada casuisticamente

Procuremos analisar o enquadramento de certas condutas mantendo em mente a sistematização dogmática anteriormente exposta assim como a informação relativa às circunstâncias das vítimas. Para diferenciar estas situações, sob o risco do comprometimento da autonomia pessoal, para um apuramento da resposta penal às especificidades de cada vítima, mas também da efectivação da tutela penal, parece-nos necessária uma tipologia das diferentes vítimas, com base assente no consentimento prestado por estas e nas diferentes situações em que este é prestado. Mais, para que esta tipologia seja apurada de forma eficaz, cremos ser necessário submetê-la a um adequado conceito de especial vulnerabilidade. Esta adequação do conceito deverá ser encontrada no equilíbrio entre a função do direito penal de protecção de bens jurídicos e a protecção das vítimas capaz de lhes oferecer condições para a sua reintegração social – que cremos existir no conceito oferecido pelo nosso CPP que avalia o grau da vitimização. Procuraremos submeter a nossa análise a ambas estas lentes.

Concentrar-nos-emos nas vítimas de tráfico para fins de exploração sexual. A presunção da exploração sexual na prostituição, em virtude de uma supressão da voluntariedade justificada por um abuso da posição de vulnerabilidade de quem optou por exercer a prostituição, leva a que a profissional do sexo que procurou melhores condições remuneratórias no exterior, seja confundida com a vítima de tráfico que foi coagida, enganada e explorada sexualmente⁴¹².

A questão será: como deveremos considerar o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual quando a vítima, maior de 18 anos e não submetida a qualquer forma de coacção, ameaça, fraude ou violência, consente livremente no exercício da prostituição?

Em primeiro lugar, há que esclarecer o que será entendido por exploração. PEDRO VAZ PATTO associa o conceito de exploração do tipo legal à coisificação da pessoa, ou seja, à violação qualificada da liberdade pessoal que se assume como bem jurídico tutelado⁴¹³, sendo a exploração a degradação da pessoa a meio ou instrumento para fins de

⁴¹² LUCIANA MAIBASHI GEBRIM/CRISTINA ZACKSESKI, “O problema do consentimento no tráfico...”, p. 50.

⁴¹³ Sobre isto, *supra*.

satisfação sexual ou económica de outrem⁴¹⁴. Ou seja, o que estará em causa é um dano ao exercício da liberdade pessoal da pessoa, uma vez que é este o principal bem jurídico a ser tutelado, conforme a inserção sistemática do tipo legal. Por outro lado, este não será o único bem jurídico tutelado, uma vez que o tráfico assume várias formas de exploração outras liberdades estarão em causa, nomeadamente a liberdade sexual. Neste contexto, a exploração consubstanciar-se-á na instrumentalização da pessoa para satisfazer fins dissonantes com a sua liberdade pessoal e sexual. Mas como vimos, o exercício da prostituição e a sua facilitação não consubstanciam um dano ou uma instrumentalização quando livre de violência e coacção, pelo que não se poderá considerar o mero exercício da prostituição ou a mera facilitação desse exercício como exploração.

Neste sentido, para ÉRIKA CARVALHO/GISELE CARVALHO a criminalização da conduta descrita figura como uma manifestação de paternalismo jurídico negativo (ao impedir a prostituta de causar um dano moral a si própria), forte (pois trata-se de sujeitos plenamente capazes e cientes da sua decisão) e indirecto (uma vez que a prostituição, em si mesma, não é crime, punindo-se tão-somente o comportamento do terceiro que a promove ou facilita), “cuja justificação não é possível, no marco de um Estado de Direito que se pretenda verdadeiramente democrático”⁴¹⁵. Portanto, para as Autoras, apontado este caso como um de paternalismo, consideram que este tipo de conduta não atinge o patamar de necessidade que configuraria uma carência de tutela penal.

Podemos ir mais longe, descrevendo a criminalização não como uma forma de paternalismo, mas sim como uma de moralismo, acompanhando a tese de PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA quando se referem ao crime de lenocínio como carecendo de um dano⁴¹⁶. Apesar da protecção distinta de bens jurídicos - que podemos verificar pela inserção sistemática de cada um dos tipos, estando o lenocínio inserido na secção dos crimes contra a liberdade sexual, e o tráfico de seres humanos no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal – cremos que ainda assim existe um exercício do bem jurídico que não se consubstancia num dano.

Apesar de encontrarmos fundamento na proposta das Autoras, e considerarmos que esta se pode adequar aos limites que ditam a intervenção penal, vemos uma necessidade de

⁴¹⁴ PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico...”, p. 182.

⁴¹⁵ ÉRIKA CARVALHO/GISELE CARVALHO, “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas...”, p. 72.

⁴¹⁶ *supra*

complexificar a questão. A pergunta a que respondem as Autoras parece-nos actuar num contexto restrito, é de relembrar que o tráfico de seres humanos é constituído por várias fases e, como já o fizemos notar, o consentimento pode existir numa fase – recrutamento, por exemplo – e ser inexistente noutra.

Considerem-se duas situações: uma em que uma mulher consente em ser deslocada para país estrangeiro sem conhecimento de que aí será explorada sexualmente ou laboralmente; outra em que uma mulher tem conhecimento de que será explorada e, apesar disso, consente no seu transporte e exploração. O que distingue estas duas condutas e, por sua vez, a prestação do consentimento, é o conhecimento da exploração. Este é mais um aspecto a ser tido em conta na diferenciação, a sua relevância para o consentimento é imprescindível uma vez que este tem que ser informado.

No contexto do tráfico para fins de exploração sexual, o consentimento mostra-se relevante para determinar que a vítima aceitou exercer a sua prostituição no país de destino – sem que houvesse violência, coacção, aliciamento ou fraude – procurando melhores condições remuneratórias para o exercício profissional que sempre realizou, principalmente em relação a países com melhores remunerações ou condições de trabalho do que os países subdesenvolvidos⁴¹⁷. O trabalho não ser o prometido é um dos esquemas mais comuns de tráfico, mas pode acontecer que este seja de facto o trabalho prometido, e para o qual foi prestado consentimento, com a particularidade de que as condições são diferentes das imaginadas e, para estas, nenhum consentimento foi prestado.

Continuemos a nossa ilustração dos diferentes casos. Imagine-se uma situação em que uma pessoa pede a um terceiro que a auxilie a imigrar ilegalmente com o intuito de noutro país exercer a prostituição. A hipótese parece-nos simples, a conduta do terceiro configura-se no auxílio à imigração ilegal em que, verdadeiramente, não existe uma vítima, mas antes um cliente.

Numa diferente situação, imagine-se que a pessoa pede a um terceiro A que a auxilie a imigrar ilegalmente com o intuito de noutro país exercer a prostituição, mas, com o conhecimento que o exercício desta será facilitada através da exploração de um terceiro B. Chegada ao país de destino, não é submetida a qualquer tratamento degradante ou regime análogo à escravidão, tem apenas que cumprir o horário estabelecido pelo seu explorador e fá-lo voluntariamente. Onde se enquadrarão estas condutas?

⁴¹⁷ PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas...”, p. 30.

À luz destas considerações, olhamos para o caso ilustrado como um de exercício voluntário da prostituição. A pessoa não se identifica como vítima, consentiu no exercício da prostituição, e da exploração desta, de forma voluntária e consciente. Aqui, há um exercício pleno da liberdade sexual sem imposições contrárias à vontade da pessoa que exerce a prostituição, independentemente da exploração económica que se insere tipicamente no lenocínio. Apesar disso, a conduta do terceiro A será inserida no tipo de tráfico de seres humanos, uma vez que este auxiliou a imigração da pessoa para esta ser explorada sexualmente, e o consentimento desta é irrelevante para efeitos de exclusão da ilicitude do facto. O mesmo se poderá dizer do terceiro B que recebe a pessoa com o intuito de a explorar sexualmente através da exploração da prostituição.

Agora, imagine-se a mesma situação, mas com a diferença de que a pessoa é submetida a tratamentos degradantes durante a sua exploração, incluindo agressões, impedimento de descanso, não pagamento de valores devidos, limitação da liberdade de locomoção⁴¹⁸. Será o mesmo caso de prostituição voluntária?

Aqui teremos um caso de prostituição voluntária em condições degradantes, em que a pessoa consente no exercício da prostituição, mas não nas condições onde tem que a exercer. Ou seja, contrariamente ao primeiro caso, não existe um exercício pleno da liberdade sexual ou pessoal, existindo imposições contrária à vontade da pessoa que exerce a prostituição. As condutas do terceiro A e do terceiro B continuam a configurar-se no tipo de tráfico de seres humanos.

Por fim, tenhamos em mente o caso mais dramático – mas que por isso não deixa de ser comum – a pessoa requer auxílio para imigrar ilegalmente para o estrangeiro e aí exercer a profissão de empregada numa discoteca, para sua surpresa, quando chega ao destino, os seus documentos são retirados por um terceiro que a força a prostituir-se e a explora, submetendo-a condições degradantes e controlando-a através de ameaças de violência física e perigo para a sua família.

Neste último caso a prostituição não é sequer voluntária, o consentimento foi obtido mediante fraude, a pessoa nunca se disponibilizou para exercer a profissão. As condições são degradantes e a prostituição é exercida mediante coacção, não sendo uma simples

⁴¹⁸ A respeito da limitação da liberdade de locomoção que pode acontecer no tráfico de seres humanos, ilustre-se com o exemplo do caso que deu lugar a um Acórdão do STJ: “duas menores cujos movimentos são controlados por um indivíduo, vivendo ambas sob a alçada e absoluta dependência dele, dependência esta que se consubstancia também na falta de liberdade de movimentos das menores, chegando muitas vezes tal indivíduo a fechá-las em casa, à chave”, Ac. STJ, 22 de Maio de 1996.

facilitação do exercício ou obtenção de parte dos lucros, a pessoa é vítima de ameaças e tem a sua liberdade negada. Não existe qualquer exercício da liberdade sexual ou pessoal. Quanto à conduta do terceiro A, será enquadrada no tipo do auxílio à imigração ilegal, este não tinha conhecimento de que a exploração iria ocorrer, nem a pessoa. Quando ao terceiro B, pratica condutas que se inserem claramente no crime de tráfico de seres humanos.

Ainda é possível realizar uma outra distinção quanto à vitimização. GEBRIM/ZACKSESKI propõem uma leitura do bem jurídico tutelado pelo delito que reconsidere as acções puníveis sob o tipo, excluindo certo tipo de profissional do sexo (a que não trabalha em condições degradantes, nem sob coacção) do âmbito material da sua tutela penal⁴¹⁹. As autoras começam por distinguir dois tipos de vítima, assentes em duas hipóteses de relutância na identificação: a pessoa “aliciada” não é realmente vítima, não se identifica com as situações de exploração ou com as representações das campanhas de prevenção; a falta de denúncia deve-se ao sucesso do processo de vitimização secundária, envolvendo não só o medo de represálias por parte dos traficantes, mas também o tratamento por parte das instâncias formais de controlo⁴²⁰.

A distinção assenta numa das forças que apontámos à definição de vulnerabilidade oferecida pelo art. 67-A do CPP: o grau de vitimização. Como notam as Autoras é possível distinguir dois tipos de vítimas consoante este grau de vitimização, havendo vítimas que nem sequer se consideram como vítimas⁴²¹, e outras que vêm a sua liberdade completamente condicionada pelos traficantes. Podemos ter em conta como característica definitiva do primeiro tipo de vítima, recorrendo a categorias dogmáticas, um maior domínio da vontade.

Aqui chegados, podemos começar a sistematizar a nossa tipologia vitimológica com base assente no consentimento prestado: a pessoa que consente em todas as fases do processo – consente em ser deslocada, consente em exercer a prostituição e consente nas condições em que a exerce; a pessoa que consente na deslocação, consente no exercício, mas não consente nas condições; a pessoa que consente na deslocação, mas não consente nem no

⁴¹⁹ PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas...”, p. 52.

⁴²⁰ *Idem*, p. 54.

⁴²¹ “*I didn't know I was a victim of anything except circumstance*”, testemunho de Caytlin Lawrence, vítima de tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2017, p. 31. No mesmo sentido, “*The UN Special Rapporteur on Violence against Women has identified four categories of experiences of women entering into trafficking, ranging from women having little to no information about their future work, to women who have some clear understanding of the purpose of the trip. In fact, women may often be aware of the terms of their travel and work when entering trafficking-like situations.*” MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking...”, p. 359.

exercício, nem nas condições; a pessoa que em nada consente. Através desta tipologia é possível identificar em que situações houve um pleno exercício da liberdade pessoal e sexual e, portanto, uma ausência de um dano, e em que situações o consentimento não se estendeu a toda a factualidade, existindo uma restrição das liberdades tuteladas que se consubstancia num dano.

O problema, como já sugerimos, reside na construção do tipo legal que compromete esta tipologia. Há que diferenciar o caso português dos diplomas internacionais. No que diz respeito ao Protocolo e à Directiva, o consentimento apenas é irrelevante quando se verifique uma utilização dos vários meios típicos, entre eles, o abuso da situação de vulnerabilidade. Ora, se o conceito de vulnerabilidade for assente numa verificação de um grau de vitimização, não haverá um comprometimento da tipologia e do exercício do consentimento, pois a exclusão do consentimento será coincidente com situações verdadeiramente restritivas da liberdade. Por outro lado, se o conceito for de demasiada ambiguidade e abrangência, a tipologia será comprometida – pense-se em considerar o contexto económico e social como um indicador de uma situação de vulnerabilidade.

Portanto, a nível internacional e europeu, as insuficiências da construção típica são resolúveis através da interpretação adequada do conceito de abuso de situação de vulnerabilidade. No caso português, o problema mostra-se mais difícil de resolver, pois a irrelevância do consentimento não está dependente da verificação de um dos meios típicos, é total, em caso algum este será relevante para exclusão da ilicitude. No âmbito desta construção não há forma de fazer um juízo sobre a existência de consentimento. Isto não quer dizer que a interpretação do conceito de vulnerabilidade não deva ser adequada, continuará a auxiliar na diferenciação de condutas, mas não servirá de auxílio à integridade da tipologia.

Quer isto dizer que se exclui um critério de diferenciação entre condutas verdadeiramente danosas e aquelas que constituem uma extensão desproporcional do poder punitivo estadual. Relembre-se as categorias dogmáticas apresentadas e a forma como estas actuam quanto à conduta do lenocínio e aplique-se o pensamento aos casos ilustrados e à tipologia que construímos.

Que bem jurídico sofre dano quando uma pessoa, maior e capaz, consente – sem qualquer ameaça, violência, fraude ou ardil – em ser transportada de um país subdesenvolvido, onde as suas condições económicas e sociais são precárias, para um país

desenvolvido onde pode exercer a prostituição facilitada por um terceiro? Há aqui um dano cuja gravidade o eleve ao patamar da dignidade penal e da necessidade de pena quando se trata de um comportamento livremente consentido? Num caso destes, existe uma verdadeira potenciação de um risco para efeitos da imputação objectiva? Não terá a vítima um completo domínio da vontade?

Estas perguntas têm respostas, muitas delas implicitamente oferecidas pela nossa exposição. Contudo, ao tipificar a irrelevância do consentimento da vítima, no n.º 8 do artigo 160.º, o legislador recusa-se a ouvir e a conhecer. Fecha as portas à racionalidade dogmática que informa o direito penal e que o auxilia na tarefa delicada de legislar neste território.

2.4. A relevância do consentimento na questão do repatriamento

Voltamos a nossa atenção para um problema já abordado, mas com uma perspectiva renovada: que vítimas devem ser repatriadas? Anteriormente alertámos para o perigo que uma decisão de repatriamento pode representar para uma vítima de tráfico de seres humanos, uma vez que estas sofrem de altos índices de vitimização secundária correndo o risco de serem retrafficadas após o seu repatriamento ou sofrerem fortes represálias.

Neste momento, tenhamos o consentimento em conta não como um elemento do tipo, mas como um critério de auxílio decisório nesta matéria. Faremos uso da nossa tipologia vitimológica com base assente no consentimento para diferenciar situações de perigo para a vítima no seu retorno para o país de origem, de outras em que o seu retorno não é comprometedor, não obstante os critérios já anteriormente explorados para auxiliar esta diferenciação⁴²².

Tenhamos como primeiro caso o seguinte tipo de vítima: a pessoa que consente em todas as fases do processo – deslocação, exercício da prostituição, condições de exercício. Ora uma vez que todas as decisões foram tomadas com o livre consentimento da pessoa, existindo uma manifestação total da sua vontade e exercício pleno da sua liberdade, nunca existiu um perigo que a coagisse nem um dano que se consubstanciasse. Por estas razões, não nos parece que haja qualquer perigo no retorno ao país de origem.

Como segundo caso, tenhamos o tipo de vítima que consente na deslocação, no exercício da prostituição, mas já não nas condições desse exercício. Aqui, como já anteriormente observámos, não existe uma manifestação total da vontade e exercício pleno

⁴²² Cfr. - *Supra*

da sua liberdade, apenas de forma parcial, e por isso, prejudicial. Consequentemente existe um dano. Para averiguar se existe um perigo de retorno terá que ser feita uma diferenciação no sentido de responder à seguinte questão: o perigo foi criado no país de origem ou apenas no país de destino? Pode ter sido o caso de a pessoa haver consentido em certas condições de prostituição no país de origem que depois não foram respeitadas no país de destino, sem o conhecimento do traficante encarregado do recrutamento ou transporte; ou pode ter sido o caso de o traficante no país de origem ter cometido uma fraude, prometendo certas condições que nunca teriam sido realizadas. Na segunda hipótese temos um perigo no país de origem, mas que, ainda assim, não nos parece justificar uma negação do repatriamento. A nosso ver, este só se verificará quando se estabeleça uma *debt bondage*, ou seja, um controlo mais apertado de um traficante sobre uma vítima que possa levar a que esta seja perseguida pelas suas dívidas. Mas também esta ligação de *debt bondage* terá que ser reconduzível ao país de origem, estabelecendo-se aí um perigo concreto. O que se disse para este tipo de vítima valerá igualmente para o tipo de vítima que consente somente na sua deslocação, mas já não no exercício e condições da prostituição.

Finalmente, no último tipo de vítima, aquela que em nada consente, nem mesmo na sua deslocação, cremos existir um perigo concreto para o seu repatriamento, sendo estas as mais vulneráveis a sofrer represálias e a serem retraficadas.

Desta maneira, cremos que a tipologia pode contribuir para auxiliar o juízo decisório sobre a repatriação, mais concretamente, na averiguação do perigo que esta pode representar para a vítima em causa.

Conclusão

A reintegração social das vítimas de tráfico de seres humanos como meta político-criminal mostra-se um contributo para o melhoramento de várias medidas de protecção, assim como um método viável para o apuramento da tutela. Oferece um espaço de conciliação de aspectos de uma *human rights approach* e uma *criminal law approach*, realizando objectivos de ambas simultaneamente, sendo ao mesmo tempo uma medida preventiva e protectiva. Quanto a estas abordagens, nenhuma poderá ser opção exclusiva, tendo ambas os seus méritos e insuficiências, podendo uma aplicação discriminatória de uma delas resultar numa problematização de questões que em si já são suficientemente complexas.

Em nosso ver, NEIL BOISTER conseguiu sintetizar as dificuldades legislativas e político-criminais do tráfico de seres humanos ao dizer o seguinte sobre a forma como se legisla quanto aos crimes transnacionais: “*When NGOs, individuals, states, and IGOs engage in policy-making to suppress emerging transnational crimes they act as transnational norm entrepreneurs, developing rules to protect a range of economic political, moral and emotional interests*”⁴²³. Neste sentido, já há muito se disse: “Ninguém pode servir a dois senhores; porque, ou há-de odiar um e amar o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro”⁴²⁴. Também neste contexto a reintegração social será útil, como critério através do qual se averigua a concretização dos interesses propostos por outras perspectivas.

De uma perspectiva jurídico-penal não se poderá dizer que este objectivo político-criminal substitui ou afecta de forma prejudicial a função do direito penal de protecção subsidiária de bens jurídicos. Pelo contrário, contribui para a realização desta protecção, tendo como um dos seus critérios a precisão das definições legais, e através do seu segundo critério da identificação, colocando ênfase na distinção das condutas para o seu correcto enquadramento nos diferentes tipos legais, aplicando-se-lhes a justa pena.

A este respeito, o conceito de aproveitamento de especial vulnerabilidade revelou carecer de uma definição precisa que lhe oferecesse utilidade e o colocasse dentro das margens do principio da legalidade. Após uma exploração por entre o labor interpretativo da doutrina e as várias expressões dos diplomas internacionais e ordenamentos diversos, cremos ter encontrado uma solução perto de casa, no nosso próprio CPP. A vulnerabilidade baseada

⁴²³ NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law...*, p. 11.

⁴²⁴ S. Mateus, 6:24.

no grau de vitimização mostra-se útil para a distinção de condutas, nomeadamente de casos mais duvidosos de auxílio à imigração ilegal, assim como para distinguir relações entre traficantes e vítima para efeitos das situações de impunidade. É capaz de se adequar à dinâmica complexa que envolve as situações de tráfico, assim como de obedecer à teleologia normativa de protecção.

Um critério que descobrimos como carecendo de desenvolvimento legislativo, mas que já mereceu reconhecimento jurisprudencial, e que se pode vir a mostrar útil em vários aspectos da tutela, nomeadamente, como indicador de um grau de vitimização, é o *debt bondage*. Reconhecer uma relação de dependência entre a vítima e o traficante derivada de uma dívida que àquela foi imposta mostra um grau de vitimização capaz de esclarecer questões ao nível da impunidade, do enquadramento da conduta e mesmo ao nível da decisão de repatriamento, mais concretamente, quanto ao perigo que esta pode ou não representar.

Não é de esquecer que as definições legislativas cristalizadas nos diferentes tipos legais de crime, são de extrema importância não só para a persecução dos crimes, mas também para a identificação das suas vítimas. No tipo, indicam-se as condutas lesivas e dessas condutas deriva-se quem as sofre.

A nível da identificação das vítimas, ficou clara a importância deste critério como porta de entrada para a protecção que a lei oferece. É aqui que poderá começar o cessar da vitimização ou o seu agravamento. Não nos pareceram faltar critérios suficientes para esclarecer distinções entre condutas as condutas que geralmente se confundem, principalmente no que toca às diferenças entre tráfico de seres humanos e auxílio à imigração ilegal. O problema parece residir, por um lado, na incapacidade/relutância das vítimas em se identificarem⁴²⁵, e por outro, na falta de preparação das autoridades para lidar com estas situações. A solução passará, como já se prevê em recomendações legislativas, pelo treino das autoridades. Este, eventualmente, traduzir-se-á no melhoramento das capacidades para identificar e enquadrar adequadamente as condutas, mas também no aperfeiçoamento da interacção entre as vítimas e as autoridades, sendo mais fácil para aquelas darem o passo em frente para se identificarem. Suspeitamos, também, que a resolução do problema da identificação levará ao aumento dos índices de condenações do crime de tráfico – que se dizem baixos -, como consequência do maior número de acusações.

⁴²⁵ Poderá ser uma incapacidade, nos casos em que as vítimas temem as ameaças dos traficantes, ou uma relutância, quando se prevê que a resposta das autoridades, derivada da estrutura deficitária de protecção do respectivo ordenamento, não oferecerá o tratamento devido às vítimas.

Quanto à impunidade das vítimas-agente que se sugere em vários diplomas internacionais, a principal dificuldade de implementação é a sua incompatibilidade com os princípios de promoção processual que informam o nosso direito processual penal, nomeadamente, o princípio da legalidade. Juntamos a nossa voz às sugestões de PEDRO CAEIRO, ajuizando que o problema de implementação só se resolverá com uma intervenção a nível substantivo. De entre as várias tentativas de enquadramento da falta de impunidade como uma violação de direitos humanos, não nos ficou claro que direito estaria realmente em causa. Cremos ainda que o estabelecimento desta impunidade merece algum desenvolvimento, nomeadamente quanto à diferenciação das vítimas com base no grau de vitimização, permitindo identificar quais agem como consequência da sua situação e quais colaboram com os traficantes. Em suma, reconhecemos a necessidade de não se acusar certas vítimas de tráfico pelas condutas que hajam praticado como consequência directa da sua situação, mas a implementação desta cláusula de impunidade precisará de um maior desenvolvimento para que seja eficaz e legitimada.

Quanto à decisão de repatriamento, existe uma necessidade de atender às implicações que esta pode ter para a vítima. Pode ser vontade desta não ser repatriada, assim como pode existir um verdadeiro perigo no seu repatriamento. Em ambos os casos, mesmo que a decisão se manifeste positivamente, a dinâmica complexa do tráfico colocará a pessoa novamente no país de destino, podendo ou não existir uma vontade sua nesse sentido. Apesar de o TEDH já haver mostrado indícios de uma preocupação com as condições de regresso na sua jurisprudência, ainda assim se mostrou tímido em decisões onde podia ter resolvido a problemática oferecendo critérios de averiguação desse perigo ou, pelo menos, decidir por uma violação dos direitos humanos quando se faça uma repatriação em face desse perigo.

Infelizmente, toda a narrativa da migração e, conseqüentemente, as questões do tráfico, mostram-se condicionados pelos interesses conflitantes naquele campo. Podemos encontrar sugestões deste conflito nas normas do Protocolo de Palermo que distribuem as obrigações estaduais relativamente ao retorno das vítimas ao seu país de origem, encontrando narrativas diferentes para estes e para os países de destino. No diploma, torna-se óbvia a vontade de enviar as vítimas de volta para os seus países a qualquer custo independentemente de quaisquer condições. O mesmo se diz a respeito da concessão de autorizações de residência e de como a discricionariedade permitiu que em vários ordenamentos estas fossem de difícil obtenção, apesar de serem de extrema necessidade.

Felizmente, existem mecanismos de protecção de que as vítimas podem fazer uso quando os ordenamentos falhem em considerar devidamente a sua repatriação, colocando-as em perigo de ser re traficadas. Acompanhamos a proposta de VLADISLAVA STOYANOVA de que o principio do *non-refoulement* poderá ser a solução para estas lacunas dos diferentes ordenamentos no que respeita à protecção das vítimas de tráfico do perigo no seu regresso ao país de origem. Parece-nos que o âmbito de protecção do artigo 3.º da CEDH, juntamente com a tradição jurisprudencial do TEDH, e as diferentes expressões do principio em vários diplomas, formam uma estrutura que poderá funcionar como última rede de protecção.

A fase pós-interventiva, que se realiza após o retorno ao país de origem – apesar de suspeitarmos que os países de destino teriam mais condições para conduzir esta fase -, é muitas vezes secundarizada, sendo-lhe oferecida pouca importância. Contudo, encontramos na fase de reintegração *stricto sensu* um momento crítico da reintegração *latu sensu*. Dela podem resultar: o sucesso da reintegração e o retorno da pessoa a uma vida livre de vitimizações consequentes do tráfico; o insucesso que poderá levar a sucessivas vitimizações que acabarão por culminar no re tráfico da vítima que fica presa ao ciclo de retorno. É claro que o insucesso não se poderá atribuir exclusivamente aos erros que esta última fase comete, a vitimização é um processo complexo dependente de múltiplas variáveis. Isto não significa que a reintegração nos países de origem e os programas que a compõem não mereçam um aperfeiçoamento, nomeadamente, traduzido num ajuste dos seus objectivos à realidade do tráfico e cultivando uma natureza de receptividade para com a determinação das próprias vítimas – pois também aqui se faz sentir o conflito de interesses que contamina vários aspectos do tráfico.

Algo que nos levou a questionar de forma mais assertiva a adequação da tutela do tráfico de seres humanos e a sua legitimação, foi pensar nesta questão ao lado da discussão em sobre o bem jurídico do lenocínio. Ficou claro no nosso estudo que não existe um bem jurídico que sofra um dano nesta conduta, representando a sua criminalização uma intervenção desproporcional do direito penal. Contudo, como salientámos, existe uma inevitável ligação entre o lenocínio e o tráfico de seres humanos – sendo a exploração sexual a finalidade mais frequente. Considerando a conduta de lenocínio como legal, em virtude da inconstitucionalidade da norma, surgem novas questões quanto ao conceito de exploração

sexual dentro do tráfico, o que nos levou a repensar se certas condutas não estariam também a estender-se para além da legitimidade da intervenção.

A chave pareceu-nos residir no consentimento. Para descortinar a realidade complexa das circunstâncias do tráfico, optámos por elaborar uma tipologia vitimológica assente no consentimento prestado pelas vítimas, servindo esta para auxiliar a distinção de várias condutas e graus de vitimização diferentes. A diversidade de manifestações que o consentimento pode ter dentro das várias fases do processo de tráfico, oferece esclarecimentos quanto a situações duvidosas relativamente à intervenção da tutela. Procurámos demonstrar que certo tipo de condutas não atingem o patamar de dignidade penal e da necessidade de tutela através da pena. Recorrendo ao pensamento dogmático que informa os limites da intervenção do *ius puniendi*, assentes em bases jurídico-constitucionais, cremos ter encontrado excessos no tipo legal de tráfico de seres humanos.

O problema não se prende tanto com as condutas tipificadas, mas sim com a irrelevância do consentimento para efeitos de exclusão da ilicitude, pois, como verificámos através da sistematização da tipologia através da casuística, o consentimento é um elemento diferenciador de condutas que podem ou não ser lesivas, assim como um iluminador da realidade do tráfico, permitindo desta forma um apuramento da teleologia da norma e da sua tutela. Afirmamos, com a racionalidade do sistema do nosso lado, que o legislador fechou as portas à dogmática ao optar por tornar o consentimento irrelevante. Poderá ser conveniente do ponto de vista do combate ao tráfico, afinal de contas a complexidade da realidade leva à dificuldade probatória, e clamam-se baixas condenações em face das estimativas altas de prática do crime. Contudo, desta opção resultarão incriminações ilegítimas assim como vitimizações desnecessárias, ao serviço de interesses diferentes daqueles que se querem ver protegidos através do direito penal.

Em nosso ver, o tráfico de seres humanos e a sua tutela, sofrem a influência negativa do mediatismo que se cria em volta de vários crimes, clamando-se por mais punição com uma ideia distorcida de protecção em mente. Estas vozes chegaram ao processo legislativo, influenciando-o de forma prejudicial para os interesses que se deviam defender e satisfazendo aqueles que podem ser duvidosos. Isto resultará num alargamento desproporcional da tutela.

Bibliografia

- ALICE BOSMA/ CONNY RIJKEN, “Key challenges in the combat of human trafficking: Evaluating the EU Trafficking Strategy and EU Trafficking Directive” in: *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 3, 2016

- AMY FARREL/ JACK MCDEVITT/ STEPHANIE FAHY, “Where Are All The Victims? Understanding the Determinants of Official Identification of Human Trafficking Incidents”, *Criminology and Public Policy*, 9, 2010

- ANABELA FILIPE, “Investigação Criminal face ao Tráfico de Seres Humanos – (in)definições, dificuldades e desafios”, *Investigação Criminal*, n.º 1, 2011

- ANABELA RODRIGUES “A Incriminação do Tráfico de Pessoas no Contexto da Política Criminal Contemporânea”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010

- ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial – Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999

- ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial – Tomo II*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999

- ANABELA RODRIGUES, “O crime de tráfico de seres humanos à luz do princípio da legalidade – a diretiva 2011/36/EU e a alteração do artigo 160.º n.º1, do código penal português pela Lei n.º 60, de 23 de Agosto de 2013”, Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

-ANABELA RODRIGUES, “O Papel dos Sistemas Legais e a Sua Harmonização Para a Erradicação Das Redes De Tráfico De Pessoas”, in: *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

- ANABELA RODRIGUES “O Papel dos Sistemas Legais e a Sua Harmonização Para a Erradicação Das Redes De Tráfico De Pessoas”, in: *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

- ANABELA RODRIGUES, “Reinserção Social – Para uma Definição do Conceito”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, Julho-Dezembro, 1982

- ANDREAS SCHLOENHARDT/ REBEKKAH MARKEY-TOWLER, “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons – Principles, Promises, and Perspectives”, *Groningen Journal of International Law*, Vol. 4, N.1, 2016

- ANETTE BRUNOVSKIS/ REBECCA SURTEES, *Out of sight? Approaches and challenges in the identification of trafficked persons*, Oslo: Allkopi AS, 2012

- ANGELO CONSTANTINOU, “Harming the very people whom the law is seeking to protect? The nexus between international, European Union and domestic law on human trafficking and undercover police operations”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 8 (4), 2017

- ANNE GALLAGHER, “Human rights and the new UN protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001

- ARJAN BOS/ BILJANA MESHKOVSKA/ MELISSA SIEGEL/ SARAH STUTTERHEIM, “Female Sex Trafficking: Conceptual Issues, Current Debates, and Future Directions”, *Journal of Sex Research*, Vol. 52, Issue 4, 2015

- BERND SCHUNEMANN, “O direito penal é a *ultima ratio* da protecção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”, *RBCC*, Ano 13, Vol. 52, 2005

- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regularización y la emancipación*, Bogotá: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia/ ISLA, 1998

- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/ CONCEIÇÃO GOMES/ MADALENA DUARTE, “Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação” in: *Revista crítica de Ciências Sociais*, 87, Dezembro, 2009

-CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001

-CANCIO MELIÁ, *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998

- CARL ROGERS, *Client Centred Therapy*, London: Little, Brown Book Group, 2013

- CARL ROGERS, *On Becoming a Person: A therapist's view of psychotherapy*, London: Constable, 1997

- CATHERINE MACKINNON, “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, *Harvard civil rights-civil liberties law review*, 46(2), 2011

- CÉLINE NIEUWENHUYS/ ANTOINE PÉCOUD, “Human Trafficking, Information Campaigns, and Strategies of Migration Control”, *American Behavioral Scientist*, n.º 50, 2007

- CHRISTINE RAINO, “Criminalizing Buyers Under Child Sex-Trafficking Laws as a Critical Protection for Child Victims”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 52, Issue 1, 2017

- CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

- CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Pessoas tratadas como não pessoas e o desafio que representam para a justiça penal: os problemas específicos suscitados pelas vítimas de tráfico de seres humanos”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime”, *RPCC*, Ano 2, Fascículo 2, 1992

- COSTA ANDRADE, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra: Separata do Volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980

- COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

- CUNHA RODRIGUES, “Os Senhores do Crime”, *RPCC*, n.º 9, 1995

- EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “O Crime de Tráfico de Pessoas (Por uma interpretação robusta ante a redundância legislativa)”, in: *Revista do CEJ*, n.º 2, 2º semestre, 2013

- EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à Luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, *JULGAR on line*, 2009

- DAVID HODGE, “Assisting Victims of Human Trafficking: Strategies to Facilitate Identification, Exit from Trafficking, and the Restoration of Wellness”, *Social Work*, Vol. 59, Issue 2, 2014

- DAVID NELKEN, “Human Trafficking and Legal Culture”, *Israel Law Review*, 43, 2010

- DWORKIN, “Paternalism”, in: *Philosophy of Law*, org: FEINBERG, California: Dickenson, 1975

- ELIES VAN SLIEDREGT, “International Criminal Law”, in: *The Oxford Handbook of Criminal Law*, org: MARKUS D. DUBBER/ TATJANA HORNLE, Oxford: Oxford University Press, 2016

- ELISAVET SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Directive 2011/36/EU on Combating Trafficking in Human Beings – Fundamental Choices and Problems of Implementation”, in: *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, 2016

- EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, “Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, A. 4, 1994

- ÉRIKA CARVALHO/GISELE CARVALHO, “Direito Penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013

- FARIA COSTA, “A globalização e o tráfico de seres humanos (o pêndulo trágico da história e o direito penal)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136, n.º 3944, 2007

- FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015
- FARIA COSTA, “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, RBCC, N.º 34, 2001
- FARIA COSTA, “Sobre o objecto do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 142, N.º 3978, 2013
- FERNANDO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010
- FIGUEIREDO DIAS, *A perspectiva interaccionista na teoria do comportamento delincente*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1981
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 145, N.º3998, 2016
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da, *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- GARFINKEL, “Conditions of Successful Degradation Ceremonies” in: *American Journal of Sociology*, Vol. 61, nº5, Março de 1956
- GOMES CANOTILHO, “Justiça Constitucional e Justiça Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N.º 58, 2006

- GREGOR NOLL/ M. GUNNEFLO, *Directive 2004/81 Victims of Trafficking Synthesis Report*, 2007

- GREGOR NOLL, “The Laws of Undocumented Migration”, *European Journal of Migration and Law*, 12(2), 2010

- GROMEK-BROC, Katarzyna, “EU directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”, *Nova et Vetera* 20(64), 2011

- MARIA JOÃO GUIA, “O Novo Estatuto da Vítima em Portugal: Sujeito ou Enfeite do Processo Penal Português?”, in: *Conpedi Law Review*, Vol. 2, n.º 1, Janeiro-Junho, 2016

- GUNTHER JAKOBS, *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

- HOWARD BECKER, *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008

- INÊS GODINHO, “A Autonomia e a Vontade em Direito Penal: o consentimento como manifestação positiva da liberdade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, Vol. II, 2017

- INGO WOLFGANG SARLET, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2004

- JACQUELINE BERMAN, “(Un)Popular Strangers and Crises (Un)Bounded: Discourses of Sex-Trafficking, the European Political Community and the Panicked State of Modern States”, *European Journal of International Relations*, N.º 9, 2003

- JANICE RAYMOND, “The New UN Trafficking Protocol”, *Women’s Studies International Forum*, Vol. 25, N.º 5, 2002

- JO GOODEY, “Data on Human Trafficking: Challenges and Policy Context”, in: *Human Trafficking: Exploring the International Nature Concerns and Complexities*, org: JOHN WINTERDYCK/ BENJAMIN PERRIN/ PHILIP REICHEL, Boca Raton: CRC Press, 2012

- JOANNE VAN DER LEUN, “Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Being – Addressing the dark figure”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- JOEL FEINBERG, *Harm to Others*, in: *The moral limits of criminal law*, vol III, New York: Oxford University Press, 1986

- JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, in: *The moral limits of criminal law*, vol III, New York: Oxford University Press, 1986

-JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1978

- JOHANNA SCHONHOFER, “Political determinants of efforts to protect victims of human trafficking”, *Law and Social Change*, Vol. 67, Issue 2, 2017

- JUAN BUSTO/ ELENA LARRAURI, *Victimología: presente y futuro – Hacia un Sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU, 1993

- KATARZYNA GROMEK-BROC, “EU directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting victims: Will it be effective?”. *Nova et Vetera* 20(64), 2011

- KAY WARREN, “The Ilusiveness of Counting ‘Victims’ and the Concreteness of Ranking Countries: trafficking in persons from Colombia to Japan”, in: *Sex, Drugs and Body Counta*, org: P. ANDREAS/ K. M. GREENHILL, Itacha: Cornell University Press, 2010

- KLAUS TIEDEMANN, “Constitucion y Derecho Penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, A. 11, N.º 33, 1991

- LUCIANA MAIBASHI GEBRIM/CRISTINA ZACKSESKI, “O problema do consentimento no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 119, ano 24, 2016

- LUÍS GRECO, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, A. 18, N.º 82, 2010

- MAGGY LEE, “Trafficking and Transnational Organised Crime”, in: *Trafficking and Global Crime Control*, London: Sage, 2011

- MARIA ERIKSSON, “The Prevention of Human Trafficking – Regulating Domestic Criminal Legislation through the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 82, Issue 3, 2013

- MARISA HELENA D’ARBO ALVES DE FREITAS, “Imigração, discriminação e o papel do Estado”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013

- MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2016

- MARIA JOÃO ANTUNES, “Perigosidade – Intervenção estatal em expansão?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, V. 121, A. 24, 2016

- MARIA JOÃO GUIA, “European Migration and Human Trafficking Measures: How the European border and coast guard agency (Frontex) is enhancing the protection of vulnerable victims of human trafficking”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- MARIA LÚCIA PINTO LEAL, “O papel dos Estados na protecção da vítima de tráfico de pessoas”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013

- MARIE SEGRAVE/SANJA MILIVOJEVIC/SHARON PICKERING, “Repatriation: Returning Women Home”, in: *Sex Trafficking: International Context and Response*, Cullompton. Willan, 2009

- MARIJA JOVANOVIC, “The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A Quest for Rationale and Practical Guidance”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, Vol 1., N.º 1, 2017

-MAY IKEORA, *Bilateral Cooperation and Human Trafficking – Eradicating Modern Slavery between the United Kingdom and Nigeria*”, Springer International Publishing, Cham, 2018

- MAY-LEN SKILBREI, “Barriers to Prosecution of Human Trafficking: Identifying General Challenges from a Specific Case”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- MAY-LEN SKILBREI, “Taking Trafficking to Court”, *Women & Criminal Justice*, Vol. 1, N.º 1, 2010

- MOHAMED Y. MATTAR, “Comparative Models of Reporting Mechanisms on the Status of Trafficking in Human Beings”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 2008

- MONICA O’CONNOR/ GRAINE HEALY, “The Links between Prostitution and Sex Trafficking: A Briefing Handbook”, Prepared for the Joint Project Coordinated by the Coalition Against Trafficking in Women (CATW) and the European Women’s Lobby (EWL) on Promoting Preventative Measures to Combat Trafficking in Human Beings for Sexual Exploitation: A Swedish and United States Governmental and Non-Governmental Organisation Partnership, 2006

- MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

- NADEJDA BESPALOVA/ JULIET MORGAN/ JOHN COVERDALE, “A Pathway to Freedom: An Evaluation of Screening Tools for the Identification of Trafficking Victims”, *Academic Psychiatry*, 40 (1), 2016

- NEIL BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012

- PATRICIA FARALDO CABANA, “Dónde Están Las Víctimas de la Trata de Personas? – Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata España”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, “Tráfico de Pessoas: exploração sexual versus trabalho escravo”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e*

trabalho sexual escravo, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013

- PAULO DE SOUSA MENDES, “Tráfico de Pessoas”, *Revista do CEJ*, n.º8, 1º semestre, 2008

- PEDRO CAEIRO, “Some victims are better than others: sentido, natureza, âmbito e projecções normativas da im(p)unidade das vítimas de tráfico de pessoas”, *Livro de Atas: Conferência Internacional “18 de Outubro – Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

- PEDRO SOARES DE ALBERGARIA/ PEDRO MENDES LIMA, “O Crime de Lenocínio Entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos”, *RPCC*, Ano 22, n.º2, 2012

- PEDRO VAZ PATTO, “Direito Penal e Ética Sexual”, *Direito e Justiça*, Volume 15, Tomo 2, 2001

- PEDRO VAZ PATTO, “O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto – Análise de algumas questões”, in: *Revista do CEJ*, n.º8, 1º semestre, 2008

- PILAR CRUZ ZÚÑIGA, “Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el estado y las instituciones internacionales”, in: *Tráfico de Pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*, org: PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES, São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013

- PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015

- REBECCA SURTEES, *Monitoring Anti-Trafficking Re/Integration Programmes: A Manual*, Vienna: Nexus Institute, 2010

- ROGER O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015

- ROXIN, "O conceito de bem jurídico como padrão crítico da normal penal", *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 23, n.º1, 2013

- ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1972

- VERNON MURRAY/ SHERRY DINGMAN/ JULIA PORTER/ MARIA OTTE, "Victim Intervention Marketing: An Application of Social Activist Marketing in Opposition to Human Trafficking", *Journal of Marketing Theory & Practice*, Vol. 23, Issue 3, 2015

- VLADISLAVA STOYANOVA, "Complementary protection for victims of human trafficking under the European Convention on Human Rights", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 2, 2011

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão TC n.º 170/06

Acórdão TC n.º 196/04

Acórdão TC n.º 144/04

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão STJ de 3 de Março de 1999 (98P1338)

Acórdão STJ de 15 de Outubro de 1997 (97P1316)

Acórdão STJ, 22 de Maio de 1996 (048652)

Acórdão STJ de 1 de Março de 1990 (040608)

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão TRC de 28 de Fevereiro de 2018 (6/13.0 ZRCBR.C1)

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão TRE de 20 de Janeiro de 2015 (150/12.0JAFAR.E1)

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão TRL de 4 de Fevereiro de 2016 (150/14.6JBLSB-A.L1-9)

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão TRP de 8 de Julho de 2015 (1480/07.9PCSNT.G1.P1)

Acórdão TRP de 14 de Maio de 2014 (6/08.1ZRPRT.P1)

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

Acórdão TEDH, *Chowdury and Others v. Greece*, 30.03.2017

Acórdão TEDH, *O.G.O. v. the United Kingdom*, 18.02.2014

Acórdão TEDH, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 07.01.2010

Acórdão TEDH, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11.01.2007

Acórdão TEDH, *Soering. v. the United Kingdom*, 07.07.1989